



DIREITOS HUMANOS

E INTEGRAÇÃO

LATINO-AMERICANA

Organizadores

| Alfredo Culleton | Antonio Maués |
| Giuseppe Tosi | Maria Luiza Alencar |
| Paulo Weyl |

[ntr]mentes
EDITORIAL

CONSÓRCIO LATINO-AMERICANO DE
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

**DIREITOS HUMANOS E
INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANA**

Esta obra é uma iniciativa do Consórcio Latino-Americano
de Pós-Graduação em Direitos Humanos.

Apoio



FORDFOUNDATION

Na Linha de Frente das Mudanças Sociais

DIREITOS HUMANOS E INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANA

Organizadores

Alfredo Culleton
Antonio Maués
Giuseppe Tosi
Maria Luiza Alencar
Paulo Weyl

[ntr]mentes
EDITORIAL

2011

© dos autores, 2011

Textos em português editados segundo a norma do Acordo Ortográfico
da Língua Portuguesa de 2009.

D598 Direitos humanos e integração Latino-Americana / organizadores:
Alfredo Culleton ... [et al]. – Porto Alegre: Entrementes
Editorial, 2011.
310 p.

ISBN 978-85-60084-02-9

1.Direitos humanos. 2.Direitos humanos – América Latina.
3.Direitos fundamentais. 4.Direitos fundamentais – Integração
latino-americana. 5.Cidadania – América Latina. I.Culleton, Alfredo.

CDU 342.7
342.7(7/8=6)

Catálogo na publicação:
Bibliotecária Carla Maria Goulart de Moraes – CRB 10/1252

Produção da pré-impresão
Entrementes Editorial

Editoração
José Luiz Dias da Silva

Revisão
Renato Deitos

Capa
Isabel Carballo

[ntr]mentes
EDITORIAL

entrementeseditorial@uol.com.br

Fone: 51.3737 0163

SUMÁRIO

UNA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES PARA UNA ORGANIZACIÓN DE INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL	11
LA CARTA COMO INSTRUMENTO DE “FEDERALIZACIÓN” <i>Aida Torres Pérez</i>	
LAS IDENTIDADES ÉTNICAS Y CULTURALES COMO BASE DE LOS DERECHOS Y LA INTEGRACIÓN DEMOCRÁTICA PLURINACIONAL	27
<i>Alberto Filippi</i>	
(DES)IGUALDAD DE GÉNERO Y POLÍTICAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA PARA MUJERES EN LOS PODERES LEGISLATIVOS DE AMÉRICA LATINA	41
<i>Alejandra Pascual</i>	
OS DIREITOS DO OUTRO E A JUSTIÇA DAS VÍTIMAS	55
UMA APROXIMAÇÃO CRÍTICA À BIOPOLÍTICA MODERNA <i>Castor M. M. Bartolomé Ruiz</i>	
REPRESENTACIONES SOCIALES DE LA DICTADURA, LA DEMOCRACIA Y LA MEMORIA	83
EL CASO ARGENTINO <i>Eduardo Andrés Vizer</i>	
PASSAGENS DO DIREITO: NOTA SOBRE A CIRCULAÇÃO DE IDEIAS JURÍDICAS	93
<i>Eduardo R. Rabenhorst</i>	
LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO: EL CAMINO HACIA UNA LECTURA SOCIAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS	107
<i>Elizabeth Salmón</i>	
DERECHOS HUMANOS E INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA	133
<i>Felipe Michelini</i>	
LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EN UN CONTEXTO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA	139
<i>Itziar Gómez Fernández</i>	
SEGURANÇA PÚBLICA, VIOLÊNCIA, CONTROLE SOCIAL E DIREITOS HUMANOS	157
<i>João Ricardo W. Dornelles</i>	
CONSTITUCIONALISMO INTERAMERICANO: ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS DINÁMICAS DE CREACIÓN E INTERNALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	163
<i>Jorge Contesse Singh</i>	

TENDENCIAS CONTEMPORANEAS DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA <i>José Aylwin</i>	179
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA REVISITANDO A NOÇÃO DE SEMIPERIFERIA <i>Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa</i>	197
LA DEUDA EXTERNA COMO VIOLATORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS – UNA VISIÓN Y PROPUESTAS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO <i>Miguel Ángel Espeche Gil</i>	209
DERECHO A LA CONSULTA, MEGAPROYECTOS Y CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL EN MÉXICO. CLAVES PARA ESCAPAR EL USO SELECTIVO DEL DERECHO PENAL, LA IMPOSICIÓN DEL MODELO DE DESARROLLO Y EL SECUESTRO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES <i>Miguel Rábago Dorbecker</i>	217
ABORDAJE INTERDISCIPLINARIO DE LA VIOLENCIA FAMILIAR <i>Oscar Vázquez</i>	237
LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN BRASIL Y EN ESPAÑA Y LA NECESIDAD DE INTEGRACIÓN DEL DIÁLOGO JUDICIAL <i>Paula Arruda</i>	251
CIUDADANÍA Y GÉNERO REPRESENTACIONES Y CONCEPTUALIZACIONES EN EL PENSAMIENTO MODERNO Y CONTEMPORÁNEO <i>Yanira Zúñiga Añazco</i>	277
DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO CONTRA LA MUJER EN BRASIL: LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO MARIA DA PENHA <i>Ana Maria D'Ávila Lopes & Martonio Mont'Alverne Barreto Lima</i>	297

APRESENTAÇÃO

*Cultivo una rosa blanca,
En julio como en enero,
Para el amigo sincero
Que me da su mano franca.
Y para el cruel que me arranca
El corazón con que vivo,
Cardo ni ortiga cultivo:
Cultivo la rosa blanca.*
José Martí

Os nossos tempos podem nos convidar a substituir aquela *rosa branca* do poema de José Martí por *dignidade humana* ou *verdade*. Algo pequeno a ser cultivado com seriedade, afeto e paciência para *o amigo sincero* e para o *cruel*, para todos os homens e mulheres. Algo simples e delicado sem o qual a vida não faz sentido. Algumas flores se dão naturalmente, especialmente nos trópicos, e mesmo nas regiões mais impróprias encontramos flores, mas é a *rosa*, à diferença de outras flores, que remete ao cultivo, ao cuidado, ao delicado que chama e seduz, não sem espinhos e fragilidade. O que é o desenvolvimento dos países, a sua capacidade de consumo, os seus PIBs ou os seus ganhos, se não houver aquela dignidade integral, pessoal e social, que os direitos humanos encarnam? A nossa luta é uma luta delicada e intransigente, utópica e frágil, para todos, é essa a mensagem do grande poeta cubano da segunda metade do século XIX.

A América Latina encontra a sua identidade nos seus poetas, de Rubén Darío e Martí a Neruda e João Cabral de Melo Neto, e na sua luta pela dignidade e por direitos inalienáveis construídos historicamente, de Las Casas a Canudos, de Bolívar a Pérez Esquivel, e um longo elenco de lutas ganhas e perdidas, avanços e retrocessos, que foi forjando a nossa identidade, que há tempos se apresenta como esperança de uma sociedade justa. A construção dessa sociedade exige a integração

cada vez maior dos países da região, a qual, embora tenha necessários fundamentos econômicos, deve se basear principalmente no respeito aos direitos humanos.

Ideias como essas levaram à criação, em 2008, do Consórcio Latino-Americano de Pós-Graduação em Direitos Humanos. A partir de uma reunião de organização convocada pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal do Pará, com o decisivo apoio da Fundação Ford, treze universidades de seis países firmaram um convênio que objetiva promover a cooperação científica no campo do ensino e da pesquisa em direitos humanos. Atualmente, o Consórcio é formado pelas seguintes universidades: Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Austral de Chile, Universidad de Buenos Aires, Universidad Diego Portales (Chile), Universidad Externado de Colombia, Universidad Iberoamericana (México), Universidad Nacional de La Plata (Argentina), Universidad Nacional de Lanús (Argentina), Universidade de Brasília (Brasil), Universidade de Fortaleza (Brasil), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil) e Universidade Federal da Paraíba (Brasil), além da Universidade Federal do Pará (Brasil), que responde pela Secretaria do Consórcio.

Apesar do pouco tempo de vida, o Consórcio já desenvolve várias atividades para alcançar seus objetivos. Dentre essas ações, destaca-se a organização de reuniões acadêmicas para apresentação e debate das pesquisas realizadas por seus participantes, o que inclui o I Seminário Internacional, realizado em Belém, na Universidade Federal do Pará, em agosto de 2008; a I Reunião de Trabalho, realizada em Lima, na Pontificia Universidad Católica del Perú, em junho de 2009; a II Reunião de Trabalho, realizada em São Leopoldo, na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, em agosto de 2010; o II Seminário Internacional, realizando em João Pessoa, na Universidade Federal da Paraíba, em dezembro de 2010, em conjunto com o VI Seminário de Direitos Humanos daquela Universidade; e a III Reunião de Trabalho, realizada em Valdivia, na Universidad Austral de Chile, em maio de 2011. Outra importante ação do Consórcio foi o lançamento, em dezembro de 2010, de sua revista eletrônica, intitulada *Hendu – Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, palavra que no idioma guarani significa escutar, ouvir, entender.

O presente livro reúne alguns dos textos apresentados na II Reunião de Trabalho e no II Seminário Internacional do Consórcio Latino-Americano, realizados em 2010, no qual também participaram convidados de outras instituições. Nele, a leitora e o leitor encontrarão reflexões sobre os cinco eixos temáticos em torno dos quais se estruturam as atividades do Consórcio: Direitos Econômicos, Sociais

e Culturais; Diversidade Étnica e Direitos Humanos; Gênero e Direitos Humanos; Filosofia e Direitos Humanos; Sistemas Internos e Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. O conjunto da obra evidencia a qualidade e a diversidade do pensamento que é produzido na e para a América Latina com o objetivo de construir uma identidade baseada nos direitos humanos e fazer de sua promoção o próprio caminho da integração regional.

Alfredo Culleton – Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Antonio Maués – Universidade Federal do Pará

Giuseppe Tosi – Universidade Federal da Paraíba

Maria Luiza Alencar – Universidade Federal da Paraíba

Paulo Weyl – Universidade Federal do Pará

**UNA CARTA DE DERECHOS
FUNDAMENTALES PARA UNA ORGANIZACIÓN
DE INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL
LA CARTA COMO INSTRUMENTO DE “FEDERALIZACIÓN”**

Aida Torres Pérez¹

1. Introducción

El proyecto de integración europea se planteó en un origen como un proyecto de integración económica en sectores específicos. La finalidad última de la integración en una Europa devastada por la Segunda Guerra Mundial, no obstante, era claramente contribuir a la estabilidad y la paz. Las Comunidades Europeas fueron fundadas, respectivamente, por el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (1951), el Tratado de la Comunidad Económica Europea (1957) y el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (1957). Los Tratados constitutivos han sido reformados en diversas ocasiones. Cada reforma ha supuesto un paso más hacia una mayor integración política. El mayor giro hacia la integración política se produjo sobre todo con el Tratado de Maastricht (1992) que es en puridad el que establece la Unión Europea (UE). Con la última reforma, la del denominado Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, la UE se ha dotado de una Carta de Derechos Fundamentales (Carta) con fuerza jurídica obligatoria.

El objeto de este trabajo es mostrar que una organización inicialmente de integración económica se ha llegado a dotar de una declaración de derechos vinculante, y en qué medida esa declaración de derechos vincula también a los Estados miembros. No es fácil establecer paralelismos con los procesos de integración económica en América Latina en esta materia. De todos modos, la creación de un Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos en el MERCOSUR demuestra que no puede descartarse que la integración económica vaya acompañada de una progresiva integración en materia de derechos humanos, tendiendo en cuenta además la existencia de la Convención Interamericana de Derechos humanos como principal instrumento de protección a nivel internacional-regional.

Una de las principales novedades del Tratado de Lisboa ha sido dotar a la Carta de derechos fundamentales del mismo valor jurídico que los Tratados. La Carta fue elaborada en el año 2000, pero hasta ahora no había existido suficiente acuerdo político para atribuirle fuerza jurídica vinculante. En primer lugar, nos referiremos brevemente a cuál ha sido el proceso de elaboración de la Carta y a la regulación por parte del Tratado de Lisboa. A continuación, el estudio de la Carta se realizará desde

¹ Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

la perspectiva de la relación entre los ordenamientos estatales y el europeo. Una de las cuestiones más controvertidas sobre la Carta ha sido, y es, la referida a su ámbito de aplicación a los Estados miembros: ¿en qué medida los derechos reconocidos en la Carta vinculan no sólo a las instituciones europeas, sino también a las autoridades estatales? Esta es una cuestión crucial porque se refiere al ámbito de poder e influencia de la UE en una materia tan sensible como son los derechos fundamentales, y al ámbito de autonomía que conservan los Estados en el desarrollo de políticas públicas sobre derechos fundamentales.

2. De la protección jurisprudencial de los derechos fundamentales a la elaboración de la Carta

2.1. La protección jurisprudencial

El punto de partida en el relato sobre los derechos fundamentales en la UE es el silencio de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. Los Tratados constitutivos no incluyeron ninguna declaración de derechos. Ese silencio se explica por diversas razones². Entre ellas, podemos señalar que el objetivo inicial de la integración era eminentemente económico y que paralelamente se había firmado en 1950 el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en el seno del Consejo de Europa. Por lo tanto, la protección de los derechos humanos se confiaba al aparato institucional establecido por el CEDH. Además, existía el temor de que un catálogo de derechos pudiera ser la ocasión para un incremento de los poderes de la UE, vis-à-vis los Estados miembros³.

Fue el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) el que, caso por caso y haciendo gala de un gran activismo, fue reconociendo derechos fundamentales como parte del ordenamiento europeo⁴. Una vez que el TJUE proclamó la primacía del derecho europeo sobre el derecho interno, el déficit de protección a nivel de la UE se hizo evidente: los derechos fundamentales reconocidos por las constituciones nacionales no podían limitar la actuación de las instituciones comunitarias, y a su vez no existía ninguna declaración de derechos en la UE⁵. Se inicia entonces la conocida línea jurisprudencial a través de la cual el TJUE incorporará derechos fundamentales en el

² TORRES PÉREZ, A., “La dimensión estructural de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 67, 2003.

³ TORRES PÉREZ, A., “La dimensión estructural de la Carta...”, op. cit., p. 256-258; WEILER, J. H. H., “Eurocracy and Distrust: Some Questions concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Rights within the Legal Order of the European Communities”, *Washington Law Review*, núm. 61, 1986, p. 1112.

⁴ Para la evolución de la protección de derechos fundamentales en la UE ver SAIZ ARNAIZ, A., “El Tribunal de Justicia, los Tribunales Constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea: entre el (potencial) conflicto y la (deseable) armonización. De los principios no escritos al catálogo constitucional, de la autoridad judicial a la normativa”, en CARTABIA, M., DE WITTE, B., & PÉREZ TREMPES, P. (eds.), *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

⁵ Con la denominada “rebelión” de los tribunales constitucionales alemán e italiano, la cuestión de la protección de derechos en el ordenamiento comunitario no pudo ser obviada por más tiempo. Ver SAIZ ARNAIZ, A., “El Tribunal de Justicia...”, op. cit.

ordenamiento europeo⁶. El TJUE recurrió a los principios generales del derecho para justificar su actividad creadora y argumentó que los derechos fundamentales formaban parte del ordenamiento europeo como principios generales (no escritos). Para su interpretación, se remitió a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y al Convenio Europeo de Derechos Humanos, del que son parte todos los Estados miembros de la UE. El recurso a estas “fuentes de inspiración” constituyó una forma de legitimar su activismo.

El TJUE no sólo aplicó estos derechos a las instituciones europeas, sino que extendió su ámbito de aplicación a las autoridades estatales. Ahora bien, los derechos fundamentales de la UE no vinculan a las autoridades estatales en cualquier situación, sino sólo cuando actúen en el ámbito de aplicación del derecho de la UE. En la práctica, la línea de división entre lo que está dentro del ámbito de aplicación del derecho europeo y lo que cae fuera es difusa. En general, se considera que Estados actúan dentro del ámbito de aplicación del derecho europeo cuando aplican Reglamentos o implementan Directivas (*Wachauf*, C-5/88, *Booker Aquaculture*, C-20/00), pero también cuando introducen excepciones a las libertades comunitarias de circulación de personas, capitales, bienes y servicios, de acuerdo con las previsiones de los Tratados (*ERT*, C-260/89) o los supuestos previstos por la jurisprudencia (*Familia-press*, C-368/95)⁷.

Como resultado, los derechos fundamentales de la UE, de acuerdo con la interpretación que de los mismos realice el TJUE, se proyectan sobre la acción de los Estados en la definición de políticas públicas relacionadas con los derechos humanos en un ámbito cada vez mayor. Por ejemplo, el TJUE se ha pronunciado sobre la compatibilidad de medidas de “discriminación positiva” adoptadas por los Estados para promover la igualdad de hombres y mujeres en el acceso y promoción en la función pública. En determinadas ocasiones, el TJUE ha considerado que esas medidas eran contrarias al principio de igualdad⁸.

En este contexto, es útil la comparación con la evolución de la *Bill of Rights* en los Estados Unidos, aunque los contextos histórico-políticos sean distintos⁹. Como es bien sabido, la Constitución de 1787 no incluyó ningún catálogo de derechos. Fue en 1791, y como consecuencia de la presión anti-federalista que se reformó la Constitución para introducir las diez primeras enmiendas, conocidas como la *Bill of Rights*. Tal y como la Corte Suprema declaró en *Barron v. Baltimore*, la *Bill of Rights* sólo era de aplicación a las instituciones federales, pero no a los Estados. Esta situación se mantuvo hasta después de la Guerra Civil y la introducción de nuevas

⁶ Ver por todos, TRIDIMAS, T., *The General Principles of EC Law*, Oxford University Press, London, 2006, pp. 299-341; SAIZ ARNAIZ, A., “El Tribunal de Justicia...”, op. cit.

⁷ EECKHOUT, P., “The EU Charter of fundamental Rights and the federal question”, 39 *Common Market Law Review*, num. 39, 2002, pp. 945-954; KNOOK, A., “The Court, the Charter, and the vertical division of powers in the European Union”, *Common Market Law Review*, num. 42, 2005, pp. 368-371.

⁸ *Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, C-450/93; *Katarina Abrahamsson and Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist*, C-407/98.

⁹ TORRES PÉREZ, A., “La dimension estructural de la Carta...”, op. cit.; KNOOK, A., “The Court, the Charter...”, op. cit., pp. 374-379.

enmiendas. En concreto, la enmienda XIV fue utilizada por la Corte Suprema para justificar la extensión de los derechos de la *Bill of Rights* a los Estados. Este fue un proceso que se desarrolló jurisprudencialmente a lo largo de décadas, rodeado de gran polémica doctrinal, y que se conoce como el “incorporation process”.

Los derechos fundamentales de la UE han experimentado un proceso de “incorporación parcial” o limitada, en el sentido de que se aplican a los Estados, pero no en cualquier situación, sino sólo cuando actúen en el ámbito de aplicación del derecho europeo.

2.2. La elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE

Desde la perspectiva de los Tratados, ¿que repercusión tuvo la jurisprudencia del TJUE referida a la protección de derechos? El Tratado de Maastricht (1992) incorporó una cláusula consagrando la jurisprudencia del TJUE: “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como principios generales del derecho”¹⁰. Así, no se mencionaba cuáles eran los derechos protegidos, sino que el Tratado de Maastricht se limitó a reconocer que formaban parte del derecho europeo como principios generales.

Fue el Consejo Europeo de Colonia (1999) el que tomó la decisión de elaborar una declaración escrita de derechos para la UE. El principal objetivo de la elaboración de una declaración escrita era hacer los derechos fundamentales más visibles para los ciudadanos, con el deseo de reforzar la legitimidad política del proceso de integración. Una declaración escrita aportaría mayor seguridad jurídica en la identificación de los derechos protegidos, a la vez que podría contribuir a la construcción de una identidad común al expresar los valores compartidos por los ciudadanos europeos. Además, una declaración de derechos obligatoria pondría de manifiesto el compromiso de la UE con la protección de derechos, tanto hacia el interior como el exterior. En particular, en vistas a la futura ampliación, la UE dispondría de un documento escrito en el que se proclamarían todos los derechos que debían ser respetados en el contexto de la UE.

Para la elaboración de la Carta, se utilizó un método novedoso con el que se pretendía contribuir a la legitimidad del producto final¹¹. Se convocó una Convención formada por representantes de los Estados miembros, del Parlamento europeo, de los parlamentos nacionales y de la Comisión. Por consiguiente, su composición se caracterizó por la diversidad y representatividad (3/4 partes de los miembros eran parlamentarios).

Durante el proceso de elaboración, tres fueron las cuestiones más controvertidas: en primer lugar, si la Carta debía tener carácter vinculante. Esta era una cuestión que correspondía decidir al Consejo Europeo, pero en todo caso se decidió elaborar

¹⁰ Antiguo artículo E.2, que deviene artículo 6.2 tras la revisión de Ámsterdam (1997).

¹¹ DE BURCA, G., “The Drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights”, *European Law Review*, núm. 26, 2001.

el texto de la Carta “como si” fuera a adquirir fuerza jurídica obligatoria. En segundo lugar, en qué medida la Carta podía significar un aumento de los poderes de la UE. En tercer lugar, la definición del ámbito de aplicación de la Carta a la actuación de las autoridades estatales. Los debates durante el proceso de elaboración reflejaban el temor a que la Carta tuviera un efecto “federalizador”, en el sentido de reforzar los poderes y la influencia de la UE en materia de derechos fundamentales vis-à-vis los Estados miembros.

Una vez redactada la Carta, debía decidirse sobre su inclusión en la reforma de los Tratados que se llevó a cabo en Niza (2000). No obstante, no existió el suficiente acuerdo político para integrar la Carta en el texto de los Tratados, de modo que fue objeto de una proclamación política por parte de las tres instituciones europeas: el Consejo, la Comisión y el Parlamento.

Entre las razones que explican la negativa a reconocer fuerza jurídica obligatoria a la Carta pueden indicarse el temor a la expansión de los poderes de la UE y al potencial efecto centralizador¹². Así fue en el caso de la *Bill of Rights* en los Estados Unidos, que sin duda ha tenido un efecto centralizador en favor de la Federación. En particular, la Carta topó con la oposición del Reino Unido, cuyo escepticismo se puso en evidencia sobre todo en relación con el capítulo de la Carta referido a derechos sociales. Por otra parte, en algunos países existía también cierto temor a una disminución de los niveles de protección de los derechos reconocidos constitucionalmente.

Al final, la Carta adquirió la naturaleza de una declaración política, pero que reflejaba el compromiso de las instituciones con los derechos proclamados. Además, en su mayor parte, reconocía derechos vinculantes sobre la base de la jurisprudencia del TJUE. También se incluyeron derechos que ya estaban reconocidos por los Tratados o incluso por normas de derecho derivado.

A la vez, se incluyeron derechos contenidos en convenios adoptados en el seno del Consejo de Europa, y por lo tanto no vinculantes directamente para la UE, como el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) o la Carta Social Europea. En ocasiones, la Carta expande expresamente el contenido de derechos reconocidos previamente por el CEDH o la jurisprudencia del TJUE para adaptarlos a la realidad actual. Por ejemplo, el artículo 3 de la Carta, que protege el derecho a la integridad de la persona, incluye derechos vinculados a la medicina y la biología, como la “prohibición de prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de personas” o la “prohibición de la clonación reproductora de seres humanos”. La mayor novedad de la Carta consiste en la inclusión en el Título IV de un conjunto de derechos sociales, aunque las reiteradas remisiones al Derecho de la Unión y a la legislación y prácticas nacionales restan eficacia a su reconocimiento como derechos fundamentales¹³.

¹² TORRES PÉREZ, A., “La dimensión estructural de la Carta...”, op. cit.

¹³ El Protocolo núm. 30 del Tratado de Lisboa excluye expresamente que el Título IV de la Carta cree nuevos derechos en Polonia y Reino Unido.

2.3. El reconocimiento de fuerza jurídica obligatoria a la Carta: el Tratado de Lisboa

La denominada “Constitución europea” incluyó la Carta en la Parte II de su texto. En la medida en que la aspiración era elaborar un texto constitucional, debía contener una declaración de derechos. El “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa” fue firmado por los jefes de Estado y de Gobierno el 29 de octubre de 2009, pero fracasó durante el proceso de ratificación después de los referenda negativos en Francia y Holanda (2005). La denominación de este Tratado ponía de manifiesto su naturaleza esquizofrénica: ¿Tratado o Constitución?

En cualquier caso, después de que se truncara el proceso de ratificación, se decidió abandonar las pretensiones constitucionales y acometer la reforma de los Tratados de acuerdo con la clásica aproximación incremental a la integración. Pero y entonces, ¿qué hacer con la Carta?

El Consejo Europeo de Bruselas de junio de 2007 decidió convocar una conferencia intergubernamental para la reforma de los Tratados, declarando expresamente que los nuevos Tratados no tendrían carácter constitucional. Además, se acordó que la Carta no debía incluirse en el texto de los Tratados, sino que a través de una cláusula de remisión se le conferiría fuerza jurídica vinculante.

De acuerdo con el mandato del Consejo Europeo, el Tratado de Lisboa no incorpora el texto de la Carta, sino que se remite a la misma atribuyéndole “el mismo valor jurídico que los Tratados”. Así, la entrada de la Carta en el escenario del derecho originario no se produce por la puerta grande, sino por remisión del artículo 6.1 TUE, en línea con el esfuerzo de “desconstitucionalización” de la reforma de los Tratados después del fracaso del proyecto constitucional. En concreto, el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea establece:

La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

El primer párrafo reconoce a la Carta el mismo valor jurídico que los Tratados. El redactado resulta algo cargante, con una doble referencia temporal a la Carta que sólo puede entenderse conociendo la evolución histórica de la misma. La Carta de 7 de diciembre de 2000 es la que fue proclamada en Niza. En 2004, la Convención constitucional que elaboró la Constitución europea introdujo algunas modificaciones en el texto de la misma y cambió la numeración. En 2007, el texto fue sometido a una revisión terminológica (para eliminar las referencias a la Constitución) y se volvió a la

numeración original. El 12 de diciembre de 2007, un día antes de la firma del Tratado de Lisboa, la Carta fue proclamada nuevamente por las instituciones europeas.

El segundo párrafo responde al temor de que la Carta sea utilizada para incrementar los poderes de la UE en materia de derechos. Esta cláusula, con fórmulas muy parecidas, se reitera en diversas ocasiones, como el artículo 51.2 de la Carta, o la “Declaración relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”¹⁴, lo que pone de manifiesto la obsesión por parte de los Estados miembros por evitar la expansión de los poderes de la UE¹⁵.

El tercer párrafo remite a las disposiciones generales del título VII de la Carta, que son conocidas también como “cláusulas horizontales”. Estas disposiciones incluyen una serie de preceptos referidos a la interpretación y aplicación de la Carta, y en concreto intentan dar respuesta a cuestiones referidas a la relación entre ordenamientos: el ámbito de aplicación de la Carta a los Estados, los poderes de la UE en materia de derechos, o los conflictos entre niveles de protección.

Como hemos mencionado con anterioridad, los debates durante el proceso de elaboración de la Carta y después durante su revisión en el seno de la Convención constitucional son muestra de las reticencias provocadas por la Carta desde la perspectiva de la autonomía de los Estados. Existía el temor de que la Carta, de manera paralela a la evolución de la *Bill of Rights* en los Estados Unidos, fuera utilizada como instrumento de “federalización”, de modo que impulsara un aumento del poder e influencia de la UE sobre los Estados miembros, tanto del TJUE en la interpretación y control del respeto de los derechos por parte de los Estados, como de las instituciones europeas en la regulación de estos derechos. Estas reticencias han quedado reflejadas en las denominadas cláusulas horizontales, que desde su aprobación generaron un amplio debate¹⁶.

Finalmente, el apartado tercero declara el valor interpretativo de las “explicaciones a que se hace referencia en la Carta”. Se trata de las explicaciones a cada uno de los artículos de la Carta elaboradas por el órgano que presidía la Convención redactora de la Carta (Praesidium) y después actualizadas por la Convención constitucional. Estas explicaciones fundamentalmente indican las fuentes de cada uno de los derechos reconocidos en la Carta y ofrecen guías para su interpretación. De este modo, se pretende delimitar la actividad interpretativa de la Carta exigiendo el respeto de la

¹⁴ Que es la primera de las “Declaraciones relativas a disposiciones de los Tratados”, anejas al acta final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007.

¹⁵ KNOOK, A., “The Court, the Charter...”, op. cit., pp. 383-393; EECKHOUT, P., “The EU Charter of Fundamental Rights...”, op. cit., pp. 979-991; TORRES PÉREZ, A., “¿Incrementa la Carta los poderes de la UE para la regulación de derechos fundamentales”, en OLESTI RAYO, A., (ed.), *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas*, Institut d’Estudis Autonòmics, Barcelona, 2011.

¹⁶ ALONSO GARCÍA, R., “The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *European Law Journal*, núm. 4, 2002; BERING LIISBERG, J., “Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?”, *Jean Monnet Working Paper 4/01*; BESSELINK, L. F. M., “The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 1, 2001; RUBIO LLORENTE, F., “Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002.

voluntad expresada por los autores en las mencionadas explicaciones. En el Preámbulo de la Carta, expresamente se establece que los tribunales de la UE y los Estados miembros interpretarán la Carta de acuerdo con estas explicaciones. Lo mismo se reitera en el artículo 52.7 de la Carta.

3. La aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales a los Estados miembros

3.1. El artículo 51.1 de la Carta

Como hemos señalado con anterioridad, el TJUE extendió la aplicación de los derechos fundamentales de la UE a los Estados miembros, pero no en cualquier situación, sino cuando estos actúen en el ámbito de aplicación del derecho europeo. La delimitación de lo que sea el ámbito de aplicación del derecho europeo es borrosa, pero a la vez es esencial para determinar en qué casos las autoridades estatales están vinculadas por los derechos fundamentales de la UE. Como se ha indicado, esta fue una de las cuestiones más debatidas durante el proceso de elaboración de la Carta, y también en su revisión por la Convención constitucional. Al final, se trata de una cuestión fundamental referida al ámbito de autonomía de los Estados para la interpretación y desarrollo de políticas públicas sobre derechos fundamentales y al ámbito de influencia y poder de la UE.

La Carta se ocupa de la regulación de su propio ámbito de aplicación en las denominadas cláusulas horizontales, en concreto en el artículo 51.1. Este artículo fue objeto de sucesivas reformulaciones, tanto en el seno de la Convención redactora, como de la Convención constitucional¹⁷. El artículo 51.1 establece:

Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros *únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión*. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión (cursiva propia).

El artículo 51.1 confirma la “incorporación” jurisprudencial de los derechos fundamentales de la UE a los Estados miembros. Como hemos indicado, la jurisprudencia del TJUE había establecido que los derechos fundamentales de la UE vinculan a los Estados en dos tipos de situaciones: a) cuando aplican Reglamentos o implementan Directivas (*Wachauf*, C-5/88, *Booker Aquaculture*, C-20/00), y b) cuando introducen restricciones a las libertades comunitarias, de acuerdo con cláusulas de derogación explícitas previstas en los Tratados (*ERT*, C-260/89) o justificadas por “exigencias imperativas de interés general” admitidas por el TJUE (*Familiapress*, C-368/95), incluyendo la protección de derechos fundamentales (*Schmidberger*, C-112/2000)¹⁸.

¹⁷ EECKHOUT, P., “The EU Charter of Fundamental Rights...”, op. cit., pp. 954-957.

¹⁸ EECKHOUT, P., “The EU Charter of Fundamental Rights...”, op. cit., pp. 945-954; KNOOK, A., “The Court, the Charter...”, op. cit., 368-371.

La controversia se centra en el alcance de esta incorporación. Por un lado, la literalidad del precepto indica una voluntad restrictiva, tanto por el uso del adverbio “únicamente” como por la referencia a “cuando apliquen”, que es más restrictivo que “cuando actúen en el ámbito de aplicación”. En este sentido, se ha argumentado que debe interpretarse que el segundo grupo de actos estatales -medidas restrictivas de las libertades de circulación-, queda excluido del ámbito de aplicación de la Carta¹⁹. Según esta posición, una vez constatado que la restricción es compatible con el derecho de la UE, ya sea sobre la base de las cláusulas de derogación previstas por los Tratados²⁰, o en los supuestos admitidos jurisprudencialmente, estas medidas estatales no deberían someterse a control bajo el parámetro de los derechos fundamentales de la UE. Corresponderá a los tribunales internos garantizar que se respeten los derechos previstos en las respectivas constituciones.

Por otro lado, si se consultan las *Explicaciones sobre la Carta* a este artículo, no sólo no se hace explícita esa voluntad restrictiva, sino que contienen una remisión a la jurisprudencia del TJUE²¹. Lo que es más, se incluye una referencia expresa a la sentencia *ERT*, C-260/89, que es el primer caso en el que el TJUE declaró que los actos estatales restrictivos de las libertades de circulación quedaban vinculados por los derechos fundamentales de la UE.

Además, puede argumentarse que cuando los Estados aprueban medidas restrictivas de las libertades de circulación, aplican derecho de la UE, ya sea las cláusulas previstas en los Tratados, o las excepciones admitidas jurisprudencialmente. Por lo tanto, podría llegar a sostenerse que esta categoría se incluye en la letra del artículo 51.1 de la Carta²².

Al final, como se mostrará a continuación, sobre la base de la jurisprudencia del TJUE, existen razones para pensar que el reconocimiento de fuerza obligatoria a la Carta podría reforzar la tendencia expansiva de su ámbito de aplicación a los Estados miembros.

¹⁹ JACOBS, F., “Human Rights in the EU: The role of the Court of Justice”, *European Law Review*, num. 26, 2001.

²⁰ Artículos 36, 45, 52 TFUE.

²¹ *Explicaciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales* (2007/C 303/02), artículo 51: “En lo que a los Estados miembros se refiere, de la jurisprudencia del Tribunal de justicia se desprende inequívocamente que la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión sólo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (*Wachauf*, C-5/88, *ERT* C-309/96). Recientemente, el Tribunal de justicia ha confirmado esta jurisprudencia en los siguientes términos: ‘Debe recordarse, además, que las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria [...]’ (sentencia de 13 de abril de 2000, C-292/97). Por supuesto, esta norma tal como se consagra en la presente Carta, se aplica tanto a las autoridades centrales como a las instancias regionales o locales, así como a los organismos públicos cuando aplican el Derecho de la Unión”.

²² EECKHOUT, P., “The EU Charter of Fundamental Rights...”, op. cit., p. 978.

3.2. *La tendencia jurisprudencial a la expansión del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales*

La tendencia expansiva del ámbito de aplicación de los derechos en la jurisprudencia del TJUE se ha puesto de manifiesto en relación con el principio de no discriminación por razón de nacionalidad.

El artículo 18 TFUE²³ establece: “*En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de nacionalidad*” (cursiva propia). Por lo tanto, el artículo 18 TFUE circunscribe la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad al “ámbito de aplicación de los Tratados”. En otras palabras, es necesario delimitar el ámbito de aplicación de los Tratados para poder exigir el respeto de la no discriminación por razón de nacionalidad a los Estados miembros. El problema reside en cómo delimitarlo.

Para el TJUE, la conexión de los actos de los poderes públicos estatales con alguna de las libertades de circulación ha sido suficiente para exigir el respeto de la no discriminación por razón de nacionalidad²⁴. Como resultado, en la práctica, el TJUE ha aplicado la no discriminación por razón de nacionalidad a la actuación de las autoridades estatales en casos escasamente conectados con el ámbito de los Tratados, en los que los Estados no actúan estrictamente en aplicación del derecho europeo, sino en el ejercicio de competencias propias²⁵.

El caso de *Bickel y Franz*²⁶ resulta muy ilustrativo en este sentido. El sr. Bickel era un camionero austriaco y el sr. Franz un turista alemán, ambos acusados de la comisión de sendos delitos mientras se encontraban en la provincia de Bolzano (Italia). En esta provincia, de acuerdo con la normativa interna, se reconoce el derecho a los residentes a utilizar el alemán en los procesos judiciales. Ambos solicitan poder utilizar el alemán en los procesos seguidos contra ellos.

La cuestión que se suscita ante el tribunal interno es si la normativa que reconoce el derecho a la utilización del alemán debe considerarse dentro del ámbito de aplicación de los Tratados, de modo que debe respetarse la prohibición de no discriminación por razón de nacionalidad. Para resolver esta duda, el tribunal interno elevó una cuestión prejudicial ante el TJUE. La duda del tribunal interno puede desdoblarse en dos cuestiones: ¿es aplicable la prohibición de no discriminación por razón de nacionalidad (art. 18 TFUE, ex art. 12 TCE, ex art. 6 TCE) al caso concreto? Si es aplicable, ¿la denegación del derecho a utilizar el alemán a los nacionales de otros Estados miembros vulnera tal prohibición?

En relación con la primera cuestión, el TJUE argumenta que el derecho de circular y residir libremente en otro Estado miembro que reconoce el artículo 20 TFUE (entonces art. 8a TCE) a los ciudadanos de la UE se refuerza si se reconoce a los

²³ Con anterioridad artículo 12 TCE, y antes artículo 6 TCE.

²⁴ Ver UGARTEMENDÍA, J.I. & SARMIENTO, D., “Los derechos fundamentales que acompañan al ciudadano europeo en el ejercicio de las libertades de circulación”, en ALBERDI BIDAGUREN, J. & GOIZUETA VERTIZ, J., *Algunos retos de la inmigración en el siglo XXI*, Marcial Pons, Barcelona, 2008, pp. 117-136.

²⁵ Ver los casos comentados por EECKHOUT, P., “The EU Charter of Fundamental Rights...”, pp. 959-962.

²⁶ *Bickel & Franz*, C-274/96.

ciudadanos la posibilidad de utilizar una determinada lengua en su relación con las autoridades judiciales de otro Estado en condiciones de igualdad con los nacionales de ese Estado²⁷.

El TJUE reconoce que la legislación penal y procesal penal, así como la normativa sobre la lengua que puede ser utilizada en los procesos judiciales, son materias de competencia estatal. Pero afirma que incluso en esos ámbitos el derecho europeo establece límites al poder del Estado²⁸.

Al final, concluye que, en la medida en que la normativa interna puede poner en cuestión el derecho de los nacionales de un Estado miembro a un trato igual en el ejercicio del derecho a circular y residir libremente en otro Estado miembro, las normas nacionales sobre la lengua utilizada en los procesos penales deben cumplir con el artículo 18 TFUE (entonces art. 6 TCE)²⁹.

La argumentación del TJUE resulta en cierta medida tautológica, pero en todo caso considera que la conexión con la libertad de circulación es suficiente para aplicar el derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad, aunque se trate de un ámbito de competencia estatal.

Una vez decidido que la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad es aplicable al caso, el TJUE debía responder a la pregunta sobre la compatibilidad de la normativa interna y el artículo 18 TFUE. El Gobierno italiano alegaba que no existía discriminación por razón de nacionalidad porque el derecho a la utilización del alemán se reconocía a todos los residentes de la provincia de Bolzano miembros de la comunidad germano-parlante, y no sólo a los nacionales italianos. Además, tal normativa obedecía al objetivo proteger la identidad cultural de la minoría germana que habita en esa zona.

No obstante, el TJUE consideró que los nacionales italianos estaban en una situación de ventaja en comparación con los nacionales de otros Estados miembros. De todos modos, no acaba de quedar claro por qué, más allá del hecho de que, en general, los residentes en la provincia de Bolzano son italianos³⁰. Pero al final el requisito que da acceso al derecho de utilizar el alemán es la residencia y no la nacionalidad. El TJUE, sin desarrollar apenas su argumentación, consideró que en este caso no se podía considerar justificado el requisito de residencia³¹.

²⁷ *Id.*, para. 16.

²⁸ *Id.*, para. 17.

²⁹ *Id.*, para. 18: “De ello resulta que, en la medida en que puede afectar al derecho a la igualdad de trato de los nacionales de los Estados miembros que ejercen su derecho a circular y residir en un Estado miembro, una normativa nacional relativa a la lengua de procedimiento aplicable ante los órganos jurisdiccionales penales de dicho Estado debe respetar el artículo 6 del Tratado”.

³⁰ *Id.*, para. 25: “...la mayor parte de los nacionales italianos de lengua alemana pueden exigir que el alemán sea utilizado a lo largo de todo el procedimiento en la provincia de Bolzano, por el hecho de que satisfacen el criterio de residencia previsto por la normativa controvertida, mientras que la mayor parte de los nacionales de lengua alemana de los demás Estados miembros, por no satisfacer dicho criterio, no pueden invocar el derecho conferido por dicha normativa”.

³¹ *Id.*, para. 27: “Semejante requisito de residencia, sólo podría estar justificado si se basara en consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de las personas afectadas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de enero de 1998, Schönning-Kougebetopoulou, C-15/96, Rec. p. I-47, apartado 21)”.

Al final, debe hacerse hincapié que con esta decisión el TJUE crea una situación de “discriminación inversa”, en la que como consecuencia de la aplicación del derecho de la UE, los nacionales de otros Estados miembros reciben un mejor trato que los nacionales del propio Estado. En este sentido, por ejemplo, un nacional italiano de Calabria, germano-parlante, que se desplace a Bolzano para esquiar durante sus vacaciones, no podrá reclamar el derecho a utilizar el alemán ante las autoridades judiciales, mientras que, después de *Bickel & Franz*, ese derecho debe reconocerse a todos los nacionales de otros Estados que se desplacen a Bolzano, en aplicación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad.

En definitiva, este caso demuestra la fuerza expansiva del derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad. El mero hecho de circular se considera suficiente para la aplicación de ese derecho. Entonces, podemos plantearnos lo siguiente: si el ejercicio de la libertad de circulación es suficiente para aplicar el derecho a la no discriminación, incluso en ámbitos de competencia estatal, ¿por qué no el resto de derechos reconocidos en la Carta?

De acuerdo con lo argumentado por el Abogado General Jacobs, en *Konstantinidis*, C-168/91, la plena garantía de la libertad de circulación requiere que los ciudadanos europeos tengan reconocidos los mismos derechos en todo el territorio de la UE. Cualquier nacional de un Estado miembro que ejerza una actividad económica en otro Estado miembro, en virtud del derecho de la UE, debería poder invocar la protección de sus derechos fundamentales. Así, los derechos fundamentales de la UE deberían acompañar a los ciudadanos europeos en ejercicio de las libertades de circulación³². Ahora bien, esta interpretación no fue acogida por el TJUE con carácter general.

Trasladando el argumento de Jacobs al momento actual, ello implicaría que los ciudadanos “en movimiento” deberían poder alegar los derechos reconocidos en la Carta en cualquiera de los Estados miembros, independientemente del ámbito de actuación de las autoridades estatales. Eeckhout ha indicado diversos argumentos en favor de esa interpretación, principalmente que los derechos contenidos en la Carta deben considerarse de igual importancia que el derecho de no discriminación por razón de nacionalidad; y la necesidad de dar contenido al concepto de ciudadanía europea a través de un conjunto común de derechos reconocidos en la Carta³³.

De todos modos, pasar del derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad a todos los derechos de la Carta supone en cierta medida realizar un salto argumentativo. No es lo mismo exigir que, en aplicación del principio de no discriminación, los Estados den el mismo trato a los nacionales de otros Estados miembros que a los propios nacionales, que directamente exigir el respeto de todos los derechos

³² Refiriéndose al nacional comunitario en ejercicio de las libertades de circulación, Jacobs sostenía que: “wherever he goes to earn his living in the EU, he will be treated in accordance with a common code of fundamental values...In other words, he is entitled to say ‘civis europeus sum’ and to invoke that status in order to oppose any violation of his fundamental freedoms”, Opinión del Abogado General Jacobs, *Konstantinidis*, C-168/91, par. 46.

³³ EECKHOUT, P., “The EU Charter of Fundamental Rights...”, op. cit., pp. 970-971.

de la Carta en ámbitos en los que, recordemos, la conexión con el derecho europeo se limita al ejercicio de una libertad de circulación.

Además, si se aceptara que el “ciudadano en movimiento” (*moving citizen*) debe gozar de todos los derechos de la Carta, se plantearía otra cuestión: ¿por qué sólo los ciudadanos “en movimiento” pueden exigir los derechos de la Carta ante las autoridades estatales de manera generalizada y no el resto de ciudadanos europeos, que nunca se desplazaron a otro Estado? En otras palabras, admitida la extensión de los derechos de la Carta al “moving citizen”, cada vez sería más difícil negar a los ciudadanos del propio Estado la protección que se otorga a ciudadanos de otros Estados miembros que ejercen sus libertades de circulación.

Como hemos visto, la aplicación de los derechos fundamentales de la UE sólo a los ciudadanos que ejercen las libertades de circulación puede generar situaciones de discriminación inversa, en las que los nacionales de otros países reciben un mejor trato que los nacionales del propio país como consecuencia de la aplicación del derecho europeo. En general, el TJUE ha considerado que corresponde a los Estados miembros decidir como tratar las situaciones de discriminación inversa³⁴. La tendencia podría ser entonces la extensión de los derechos fundamentales de la UE a situaciones puramente internas en aplicación de principios constitucionales de no discriminación. Se trataría de una expansión no impuesta por la UE, sino por la constitución nacional, para evitar que se otorgue mejor trato a los nacionales de otros Estados miembros. Entonces, ¿por qué no simplemente extender la aplicación de los derechos de la Carta a todos los individuos, independientemente del ámbito de aplicación del derecho de la UE? De este modo, se operaría una “incorporación total” de los derechos fundamentales de la UE a los Estados miembros.

En este contexto, debe destacarse una reciente sentencia del TJUE, *Ruiz Zambrano*³⁵, que ha reconocido el derecho de residencia desconectado del ejercicio de libertades de circulación. El artículo 20.2.a) TFUE reconoce a los ciudadanos de la Unión el derecho de “circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”. Los hechos del caso, brevemente, se referían a un nacional colombiano que vivía en Bélgica sin haber obtenido los correspondientes permisos de residencia y de trabajo. Mientras se encontraba en Bélgica, tuvo dos hijos que adquirieron la nacionalidad belga. La cuestión que se planteaba es si del derecho de residencia de sus hijos, como ciudadanos europeos, se derivaba un derecho de residencia para el padre, en un contexto en el que no estaban implicadas libertades de circulación. En casos anteriores, como en *Carpenter*³⁶ o *Zhu y Chen*³⁷, el ejercicio de las libertades de circulación comunitarias³⁸ por parte de ciudadanos europeos (el marido y la hija, respectivamente), fue el vínculo,

³⁴ SARMIENTO, D., “Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución española”, www.danielsarmiento.es/pdf/discriminaciones_inversas.pdf

³⁵ *Ruiz Zambrano*, C-34/09.

³⁶ *Mary Carpenter*, C-60/00.

³⁷ *Zhu y Chen*, C-200/02.

³⁸ Prestación de servicios en *Carpenter* (ex art. 49 TCE) y circulación de personas en *Zhu y Chen* (ex art. 18).

aunque tenue, con el ordenamiento europeo que justificó el reconocimiento del derecho de residencia a nacionales de países terceros.

El caso de *Ruiz Zambrano* fue precedido de una sugerente opinión de la Abogada General Sharpston. Como no podemos entrar a fondo en el análisis de la misma, nos limitaremos a la propuesta de Sharpston sobre la definición del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales de la UE, que es el tema analizado en este trabajo. Ante las dificultades para determinar el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales de la UE, el recurso a vínculos ficticios con el derecho de la UE, y los problemas de discriminación inversa, Sharpston propuso que los derechos fundamentales de la UE se aplicaran en todos aquellos ámbitos en los que la UE tuviera competencias, ya fueran exclusivas o compartidas, incluso si todavía no habían sido ejercidas³⁹.

A la vez, no recomendaba la adopción de esta interpretación en el caso concreto. Reconocía que la misma significaría la introducción de un elemento claramente federal en el sistema legal y político de la UE, y que por lo tanto requería de una mayor evolución jurisprudencial, así como una decisión a nivel político por parte de los Estados miembros⁴⁰.

De todos modos, tal concepción del ámbito de aplicación de los derechos tampoco daría una solución inmediata en casos en los que se entrecruzan competencias estatales y europeas cuando la competencia europea sea tangencial; o el recurso espurio a las libertades de circulación, como en *Bickel & Franz*, donde no existía competencia europea más allá de la regulación de la libertad de circulación. Además, tampoco resolvería los casos de discriminación inversa que podrían seguirse produciendo en los ámbitos de poder residual de los Estados.

En su resolución del caso, el TJUE evitó pronunciarse sobre el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales con carácter general, aunque la cuestión elevada por el tribunal interno incluía los artículos 21, 24 y 34 de la Carta. Por otro lado, reconoció que el derecho de residencia de los ciudadanos europeos del artículo 20 TFUE no estaba conectado necesariamente a la libertad de circulación, dando un paso más en la extensión de los derechos derivados del ordenamiento europeo vis-à-vis los Estados miembros.

En primer lugar, el TJUE afirmó que el artículo 20 TFUE confiere el estatuto de ciudadano a todos los nacionales de los Estados miembros. A la vez, reconocía que corresponde a los Estados determinar los requisitos para la adquisición de la nacionalidad. En la medida en que dos de los hijos del sr. Ruiz Zambrano habían adquirido la nacionalidad belga, les correspondían también los derechos asociados al estatuto de ciudadanos europeos.

³⁹ Opinión de la Abogada General Sharpston en *Ruiz Zambrano*, C-34/09, par. 163: “The clearest rule would be one that made the availability of EU fundamental rights protection dependent...on *the existence and scope of a material EU competence*. To put the point another way: the rule would be that, provided that the EU had competence (whether exclusive or shared) in a particular area of law, EU fundamental rights should protect the citizen of the EU *even if such competence has not yet been exercised*.”

⁴⁰ *Id.* para. 171.

Entre esos derechos se encuentra el “derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros” (art. 20.2.a TFUE). A continuación argumenta que “el artículo 20 TFUE se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión”⁴¹, y que “la negativa a conceder un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el que residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a concederle un permiso de trabajo, tienen tal efecto”⁴². Por lo tanto, la efectividad del derecho de residencia de hijos menores de edad que no pueden mantenerse por sí mismos implica que debe reconocerse el derecho de residencia (y el permiso de trabajo) al padre, nacional de un Estado tercero.

En resumen, el TJUE interpreta que del derecho de residencia (art. 20 TFUE) de los ciudadanos europeos se deriva un derecho de residencia para los padres nacionales de terceros Estados, si ello es necesario para garantizar el disfrute efectivo del derecho de residencia de los ciudadanos europeos⁴³. De este modo, el TJUE desconecta el disfrute del derecho de residencia del ejercicio de libertades de circulación, en un caso en el que ni los hijos ni los padres se desplazaron a otros Estados de la UE, e impone a los Estados miembros el reconocimiento del derecho de residencia a nacionales de terceros Estados (independientemente de las políticas públicas internas sobre permisos de residencia y de trabajo). Por lo tanto, es una decisión que contribuye a la conformación del estatuto de ciudadano europeo, aunque no “circule”. Pese a que el TJUE evitó mencionar a la Carta, el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros se reconoce también en el artículo 45 de la misma.

Al final, la delimitación del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales de la UE se remite a una cuestión más general sobre el ámbito de autonomía de los Estados para la definición de los derechos fundamentales y el desarrollo de políticas públicas vinculadas a los mismos. En la medida en que los derechos fundamentales son también reflejo de una determinada comunidad política, que los Estados todavía gozan de mayores credenciales democráticas que la UE, y que existe un “desacuerdo razonable” sobre su interpretación, existen razones para salvaguardar un ámbito de autonomía para los Estados.

⁴¹ *Ruiz Zambrano*, C-34/09, para. 42.

⁴² *Id.* para. 43.

⁴³ *Id.* para. 46: “El artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro, por un lado, deniegue a un nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, deniegue a dicho nacional de un Estado tercero un permiso de trabajo, en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión.”

4. Reflexiones finales

Con la ratificación del Tratado de Lisboa, la UE -una organización supranacional originariamente de integración económica-se ha dotado de una Carta de derechos fundamentales vinculante. Una de las cuestiones más relevantes que plantea la Carta desde la perspectiva de la relación entre el ordenamiento europeo y los estatales es la referida a su ámbito de aplicación. El TJUE no sólo ha aplicado los derechos fundamentales de la UE a las instituciones europeas, sino también a los Estados cuando actúen en el ámbito de aplicación del derecho europeo, que es una fórmula vaga y flexible. A lo largo del tiempo, el TJUE ha tendido a extender el ámbito de aplicación de los derechos de la UE a situaciones escasamente conectadas con el derecho europeo. Especialmente, el recurso a las libertades de circulación se ha utilizado para justificar la extensión del derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad a ámbitos de competencia estatal. También la conexión con las libertades de circulación ha justificado la extensión del derecho de residencia a nacionales de terceros Estados. En *Ruiz Zambrano*, se ha dado un paso más al reconocer un derecho de residencia desconectado de libertades de circulación.

El análisis de la jurisprudencia del TJUE, muestra que existen motivos para pensar que una Carta vinculante puede contribuir a impulsar la extensión del ámbito de aplicación de los derechos de la UE a los Estados miembros. En este sentido, la Carta podría tener un efecto “federalizador”, al fortalecer a la UE frente a los Estados miembros en materia de derechos.

Al final, ante este escenario, podemos formular la cuestión desde un punto de vista normativo: ¿debería restringirse el ámbito de aplicación de los derechos de la UE vis-à-vis los Estados miembros, o debería favorecerse su expansión? No pretendemos resolverla en estas últimas líneas. Al final, se trata de una cuestión conectada al poder para la interpretación de los derechos fundamentales. ¿Ese poder debe corresponder al TJUE y a la UE en su conjunto, o deben los Estados preservar su autonomía? Sin duda, no se trata de optar entre unos u otros, sino que será necesario encontrar un equilibrio entre la uniformidad supranacional y la diversidad estatal. Desde la perspectiva de la construcción de la ciudadanía europea hay razones para favorecer la interpretación al nivel supranacional. Además, en los casos examinados los individuos consiguieron una mejor protección por parte del TJUE, que por parte de los ordenamientos estatales. Por otro lado, existen razones de orden democrático para reclamar un ámbito de autonomía para los Estados en el desarrollo de políticas públicas en materia de derechos humanos. Además, el constitucionalismo estatal puede también actuar como contra-límite ante el riesgo potencial de una restricción de los derechos en favor de la eficacia del derecho europeo. Recordemos en este sentido el papel de los tribunales constitucionales alemán e italiano en el impulso de la protección de derechos a nivel supranacional. Al final, un sistema en el que tribunales nacionales y supranacionales participan en la interpretación de derechos y se controlan mutuamente puede favorecer una mejor protección del individuo⁴⁴.

⁴⁴ TORRES PÉREZ, A., *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, OUP, Oxford, 2009, pp. 86-89.

LAS IDENTIDADES ÉTNICAS Y CULTURALES COMO BASE DE LOS DERECHOS Y LA INTEGRACIÓN DEMOCRÁTICA PLURINACIONAL

Alberto Filippi¹

I. Es necesario recordar que la construcción histórica de los derechos, en las sociedades de la América Ibérica y del Caribe, ha tenido una serie de peculiaridades que distinguen –profundamente y con relevantes consecuencias para los siglos futuros – nuestros procesos coloniales, respecto al inglés en Norteamérica o el de las potencias imperialistas europeas en África y Asia durante el siglo XIX y comienzos del XX. Algunas de esas peculiaridades de las sociedades Ibéricas del pasado resultan ser esenciales, para entender desde *donde* venimos, y para analizar cual es la situación *actual* de quienes son los *sujetos*, de los derechos humanos (así como el origen de los que se denominan “nuevos” derechos de segunda y tercera generación) en la perspectiva de la integración. No hay surgimiento de derechos sin la necesidad de concebirllos, muchas veces como si fueran utopías –“utopías jurídicas” podríamos decir- y luchar por ellos; son una respuesta a nuestras exigencias de justicia y libertad en el contradictorio camino que, lenta y tenazmente, nos ha llevado a ejercer formas más avanzadas de igualdad y democracia.

Digo esto porque es muy urgente que hagamos una reflexión para comprender las relaciones que se han ido configurando entre el “Derecho” y sus formas históricas, concretas de realización y lograr reconstruir las evoluciones y regresiones que desde los siglos pasados han caracterizado la lucha por los derechos y la negación de los mismos por parte de quienes han ejercido la explotación económica y política. Refle-

¹ Ha estudiado Derecho en la Universidad Central, es Doctor en filosofía por la Universidad de Roma La Sapienza y Doctor honoris causa en Ciencia Política por la Universidad Ricardo Palma de Lima. Desde 1980 hasta el año pasado ha sido profesor titular de Historia e Instituciones de las Américas e Instituciones Europeas Comparadas en la Universidad de Camerino adonde dirigió el Istituto di Studi Storico-giuridici, filosofici e politici y fundó y dirigió hasta 2005 el Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas. Es profesor visitante en Universidades y Centros de Investigación de Europa y América, y en Argentina en el Centro de Estudios Avanzados de la Universidad de Córdoba, en la Universidad de Buenos Aires y en el Instituto del Servicio Exterior de la Nación.

Sus investigaciones, sobre múltiples aspectos de las relaciones históricas entre pensamiento político europeo y americano, están vertidas en numerosos artículos publicados en Europa y América así como en distintas obras: *Teoria e storia del sottosviluppo latinoamericano*, Jovene editor, Roma-Napoles (2 vols.), 1980; *Bolívar y Europa, en las crónicas, el pensamiento político y la historiografía, siglo XIX y XX*, Ediciones de la Presidencia de la República de Venezuela, Caracas-Barcelona, (3 vols.) 1986, 1992, 1995; *Ideologías e Instituciones en la Independencia Hispanoamericana*, Alianza Editorial, Buenos Aires 1988; *Dalle Indias all'America Latina. Saggi sulle istituzioni politiche euroamericane*, Collana dell'Istituto di Studi Storico-giuridici filosofici e politici, Università di Camerino, Camerino 1999; *Il mito del Che. Storia e ideologia dell'utopia guevariana*, Einaudi, Turin 2007; *De Mariátegui a Bobbio. Ensayos sobre socialismo y democracia*, Editorial Minerva, Lima 2008 y la “Introducción Histórica” a los *Principios Generales del Derecho Latinoamericano*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009.

xiones estas que hago con especial referencia al hecho de que estamos avanzando, en cada uno de nuestros países, hacia la integración regional, especialmente de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) que integra a doce repúblicas y cuyo Tratado constitutivo se firmó el 23 de mayo de 2008.

Insisto: es necesario comprender que la construcción histórica de los derechos está determinada por luchas, por contradicciones y, al mismo tiempo, marcada por conquistas que no son irreversibles, y que plantean el enorme problema de lograr la participación política en la toma de conciencia de las identidades iberoamericanas, que son indígenas, que son neoafricanas, que son neoeuropeas, que son fruto de los mestizajes culturales, lingüísticos y religiosos. Y que son la clave, y la única base real, para la construcción social de un futuro cultural y político de tolerancia, donde la diversidad étnica y la igualdad jurídica puedan convivir y potenciarse en los próximos siglos.

Además, considero que una tarea importante ligada a este VI Seminario Internacional de derechos humanos de la Universidad de Paraiba -y aquí aprovecho la oportunidad para agradecer públicamente a Giuseppe Tosi y María Luiza de Alencar y a la secretaria de la Comisión organizadora, Eliene Antunes- es divulgar también en otras universidades del Consorcio Latinoamericano de post graduación en Derechos Humanos, y en los liceos y otras instituciones de enseñanza nuestras reflexiones sobre este enorme, descuidado, y hasta exorcizado problema que es “de dónde venimos jurídicamente” y hacia dónde vamos. Porque las relaciones permanentes y vinculantes entre “Derecho-Poder y Libertad” son fundamentales para entender los procesos de emancipación y liberación.

Por cierto, quiero hacer una referencia al filósofo italiano Norberto Bobbio –al cual en esta Universidad de Paraiba le dedicamos el V Seminario en el año 2009- quien sobre esta relación “derecho-poder-libertad” ha desarrollado muchas de sus reflexiones, explicándonos que solamente el control hegemónico del derecho sobre el poder puede garantizar la libertad y la igualdad de los individuos y las sociedades.

“La historia del pensamiento político –explicaba Bobbio- puede ser representada como una historia de los cambiantes intentos, según las circunstancias y las épocas, de redefinir de la mejor manera posible la relación entre la necesidad del poder y las aspiraciones a la libertad. Toda la historia política puede interpretarse como una lucha continua entre quienes se proponen conquistar o no perder la libertad”. Y añadía Bobbio: “Si, en la relación entre dos sujetos, poder y libertad son el uno la negación del otro, en el mismo sujeto poder y libertad y no-poder vienen a coincidir. Quien adquiere la libertad, también adquiere poder. Quien pierde poder, pierde también libertad. Toda lucha por la libertad es también lucha por el poder. Toda lucha por el poder es también lucha por la libertad. Cada uno tiene tanto mas poder cuanto mas libertad”.²

Relación “poder”, “derecho” y “libertad” que respecto a la historia iberoamericana se ha manifestado por lo menos en *tres grandes etapas* que explican las transfor-

² Norberto Bobbio, Voz “Democrazia”, en Ángel d’Orsi compilador, *Alla ricerca della politica, voci per un Dizionario*, Bollati Boringhieri, Turin 1995.

maciones que han sufrido quienes han sido los sujetos históricos de tales derechos: desde los pueblos originarios hasta los africanos en América, pasando por las diversas variaciones étnicas de los mestizos y relativos entrecruzamientos con criollos y neo-europeos en los últimos decenios. Quiero decir que en mis estudios de historia de las instituciones jurídico-políticas, analizadas a largo plazo -porque las formas jurídicas e institucionales son de larguísimo plazo, de larguísima duración en el sentido tanto de sus negaciones o como de sus gestaciones-, establezco y distingo esas etapas que quiero recordar para referirme específicamente al caso americano.

La *primera etapa*, es la de la gestación de los nuevos derechos en ocasión de la invasión etnocida Ibérica que, a su vez, por una inevitable respuesta inicial que aparecen y se forman y luego seguida en el tiempo, va a originar una serie de debates teológico-políticos en España, que van a permitir que los pueblos originarios, además de ser masacrados, sean reconocidos por las mentes más avanzadas de la época como sujetos jurídicos de lo que después llamamos la *modernidad*. Hasta el punto de que podemos sostener la tesis aparentemente paradójica según la cual “*los derechos de los pueblos originarios pueden ser considerados como fundamento de los derechos humanos*”.

En efecto, una de las grandes innovaciones teórico-políticas de la modernidad fue, justamente, la teorización de Bartolomé de las Casas en contra de Ginés de Sepúlveda, al sostener que siendo los indios sujetos humanos, eran por lo mismo sujetos de derechos humanos entendidos como derechos universales. Y de ahí viene la construcción histórica europea en ocasión del debate de la naturaleza del indio americano, si era un hombre, si era un “*homúsculo*” o si era una bestia, con relación a su dignidad como persona dando origen al proceso histórico occidental que llamamos “*de constitucionalización de la persona*”. Esto es muy interesante, porque la dialéctica hegeliana no existía sólo en la cabeza de Hegel, sino que, efectivamente, a veces la historia procede a través de negaciones: según la famosa fórmula de las tesis, las antítesis y la “*superación/síntesis*” de ambas.

La historiografía reciente nos confirma que la dominación colonial en la América Ibérica por distintos factores -desde los de la explotación económica y las consecuentes formas de lucha y resistencia hasta los aspectos religiosos e ideológicos propios de la cultura Ibérica- fue específica y radicalmente diferente a la que se instaló en la América Anglosajona. Con lo cual, después del derrumbe demográfico de la conquista, se fueron estabilizando sociedades indoibéricas que al mezclarse luego con las africanas han originado la peculiaridad étnica que José Martí -para distinguirla de la sajona- llamaba “*Nuestra*” América.

Por todas estas razones, vinculadas a la composición étnica de los distintos grupos sociales de los súbditos americanos, el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios y el ejercicio de las distintas jurisdicciones de lo que ahora denominamos como defensa de los indígenas así como de los entonces llamados “*protectores de indios*” y “*fiscales indios*” tuvo diversas -muy diversas- evoluciones y prácticas judiciales en los diferentes Virreinos o Gobernaciones o Capitanías generales, especialmente en el Virreinato de Nueva España (1535) y de Perú (1542), adonde la componente indígena y mestiza fue determinante.

El factor demográfico, repito, se fue revelando de gran envergadura para la configuración de los sujetos de derecho en los espacios que fueron dominados por los Incas tanto por las bajas producidas por epidemias traídas por los españoles que diezmaron a la población andina como por la cantidad de sobrevivientes y los paulatinos aumentos, debidos a las migraciones indígenas de una provincia a otra. El caso probablemente más significativo es el de las diez provincias del Cuzco que en 1689-1690 sumaban una población de 112.650 indígenas que constituían el 94.3% de la población total; en 1786 sumaban 174.623 que representaban el 82.6% de los habitantes y un incremento de la población del 35.5% en el período. En Cochabamba, la población indígena aumentó desde 26500 personas en 1683, a 59300 en 1808, que representa un aumento del 55%. Arica y Tarapacá incrementaron su población nativa de 1752 a 1792 pasando de 8169 y 4471 a 12870 y 5406 habitantes respectivamente, con aumentos porcentuales del 36.5% y el 17.3%.

Si estos datos indican un relativo fortalecimiento demográfico de la población indígena, otros grupos étnicos crecían en el siglo XVIII a un ritmo mayor; aun cuando los pueblos originarios seguían siendo más del 50% de la población total. El aumento del mestizaje en las diferentes variaciones de los mestizos-blancos, así como las múltiples interrelaciones entre los distintos grupos de la sociedad colonial y el aumento de las cargas fiscales, afectaron a los programas de movilidad social de la población andina, a la vez que generaron situaciones cargadas de nuevas tensiones y alianzas indo mestizas e indo criollas y consecuentes relaciones jurídico-económicas. Según el censo de 1795, la población del Perú (compuesta por las intendencias de Lima, Tarma, Huamanga, Cuzco, Arequipa y Trujillo) sumaba 1151207 habitantes, que se subdividían en 140890 españoles (12.63%); 648615 indios (58.16%); 244313 mestizos (21.90%); 41004 negros libres (3.67%) y 40385 esclavos (3.62%). La mayor parte de la población andina, en el siglo XVIII, se concentraba en los obispados de Cuzco y La Paz, y el arzobispado de Chuquisaca, área que coincide con la mita de Potosí y que producía la mayor cantidad de tributos.³

Más en general para 1825 (y después de los cambios políticos-demográficos de las guerras de independencia) los datos que se han podido reconstruir son de la existencia en la "América española" de alrededor de 1.400.000 blancos, 2.900.000 mestizos, mulatos y negros y 3.200.000 indígenas. Todos estos indicadores de la dinámica socio-económica tuvo causas y efectos *también* en el tipo de intervención jurídica que fue generando y adoptando el sistema de la explotación colonial y la salvaguarda del factor productivo esencial, la mano de obra indígena.

Para reflexionar respecto a la peculiaridad que presentaba, por ejemplo, Argentina en la relación *poblaciones/derechos* es útil volver a los datos antiguos que nos recuerdan que en el Virreinato del Río de la Plata, según el censo organizado por el gobernador de Buenos Aires, Diego de Góngora, en 1623 eran los siguientes: 2.730 habitantes blancos y criollos, 4.899 indios en las reducciones o al servicio de y en las ciudades. Y en el censo

³ Jorge Hidalgo Lehide y Frédérique Langue, "La reformulación del consenso" en *Historia General de América Latina*, vol. IV, *Procesos americanos hacia la redefinición colonial*, dirigida por Enrique Tandeter, Unesco ediciones Trotta, Madrid 2000, pp.414-416.

de 1776 se daba, para la población rioplatense, 70 mil blancos -con limpieza de sangremetropolitanos o criollos, 41 mil indios y 74 mil mestizos, mulatos, negros y zambos.

Esta es la proporción demográfica con la cual se entra en el proceso de la independencia, cuando las principales ciudades tenían (apenas) los siguientes habitantes: Salta, 8.000, Córdoba, 16.000 y Buenos Aires 50.000.⁴

La especificidad histórica de la “gestación étnica” del pueblo brasileiro -cuya magnífica síntesis debemos a Darcy Ribeiro en su ya famosa obra⁵ fue determinante para la formación del pluralismo étnico-jurídico en el cual hoy (en este comienzo de siglo) mas del cincuenta por ciento de la población es negra y neo-africana brasileira. Según el primer censo oficial de 1819 -con todas las imperfecciones de la época- en Brasil había alrededor de 4 millones y medio de habitantes; de los cuales un millón eran indios y otro millón cien mil eran negros, esclavos y libertos. Desde el punto de vista del estatus jurídico-político el 56% eran hombres libres, el 18% las diversas etnias indígenas y el 25% esclavos.

II. La *segunda etapa*, que deseo subrayar está referida a la edad republicana, la mas dramática desde el punto de vista de la negación de los derechos: de las reformas legales que imponen el “colonialismo interno” y de la generalización del racismo etnocéntrico de los blancos y los mestizos-blancos. Recordemos que se había abierto el gran debate sobre los alcances de los *nuevos* derechos, debate de una enorme importancia, porque ustedes no deben olvidar que la famosa “Declaración solemne” de Principios de Derechos del Hombre de la Constitución Francesa de 1789 *no* está para nada incluida en el texto mismo de esa Constitución. Después de que discutieron con gran vigor e inusitada violencia durante tres meses, los constituyentes franceses se pusieron de acuerdo en quitarla de la Constitución, en *no constitucionalizar* esos derechos, y en hacer un simpático preámbulo en el cual, sin jurisdicción alguna, dijeron algo que fue catastróficamente negativo para los pueblos de Asia, África y de América de ese entonces, porque tipificaron el concepto jurídico de que los del “hombre” eran derechos que se referían en la realidad geo-política *sólo* a los ciudadanos, generando de tal manera un colosal equivoco que perdura hasta nuestros días.

Pero ¿qué fue lo que sucedió? Que en la práctica política del siglo y medio siguiente en Europa y las Américas, esos derechos considerados por la Declaración de 1789 como “naturales, inalienables y sagrados del hombre” según los cuales en fin los hombres somos, entre comillas, iguales frente a la ley-, se transformaron en derechos *sólo* para los ciudadanos franceses -y luego alemanes o ingleses-, con la exclusión de todos los diversos jurídicos del resto del mundo. En el caso específico de la Constitución francesa del 89, obviamente no eran considerados “ciudadanos” sujetos de derecho ni los mulatos del Caribe francés, ni los negros, ni los judíos, ni las mujeres de Francia, ni -vaya curiosidad de la época- los actores de teatro.

⁴ Magnus Mörner, *La mezcla de razas en América Latina*, Paidós, Buenos Aires 1969 y Richard Morse, *El espejo de Prospero: un estudio de la dialéctica del Nuevo Mundo*, Siglo XXI, México 1981

⁵ Darcy Ribeiro, *O Povo Brasileiro. A formação e o sentido do Brasil*, Editora Schwarcz, Sao Paulo 2010 (7º reimpresión).

Pero, insisto sobre el legado de la Revolución francesa en la América Ibérica ¿por qué fue gestada y asumida como una revolución *étnicamente racista*, anti-igualitaria y etnocéntrica, luego rápidamente hecha propia por los sistemas políticos de los republicanos americanos del norte, del centro y del sur? Porque limitando los derechos del hombre a los derechos de ciudadanía -como decimos hoy en día- crearon las premisas de todas las políticas genocidas o etnocéntrico-blancas. Yo uso muy a menudo la categoría del “*etnocentrismo jurídico blanco*”, en el sentido abstracto y general que tiene la denominación “blanco” en cuanto define e incluye todos los matices de los blancos biológicos, por cierto inexistentes en forma “pura”. Es decir que así como no existen los “blancos” en cuanto tales, sí existe, vaya paradoja, la concepción etnocéntrico-jurídica, de lo blanco, del “blanqueamiento”, y relativa concepción del mito del hombre blanco perfeccionada y exportada fuera de Europa durante las revoluciones burguesas que culminan y decaen con la edad del imperialismo de las potencias europeas, desde el inglés en el siglo XIX hasta el de Mussolini en África en el siglo pasado.⁶ Un aspecto fundamental en la construcción histórico-social de los derechos estuvo representado por la abolición de la esclavitud que, en Suramérica fue proclamada, por vez primera, por Simón Bolívar con el célebre decreto de Carupano (en el oriente de Venezuela) del 2 de junio de 1816 que declara la “abolición absoluta de los esclavos que han gemido bajo el yugo español en los tres siglos pasados”.

Una vez unificada la Gran Colombia la supresión vuelve a proclamarse en 1821, en Paraguay en 1842, en Chile entre 1839 y 1842, en Uruguay en 1846, en Perú, se promulgaron los decretos abolicionistas en 1855, en Argentina con la Constitución de 1853 y en Brasil el proceso emancipatorio se divide en dos etapas, con la abolición de la trata en 1856 y de la esclavitud en 1888.

III. Y, finalmente, llega una *tercera etapa* mucho más innovadora, que es la del 48 -la Declaración Universal de 1948-, cuando Europa misma, sobre su propia carne, experimentó la muerte y desaparición de más de 60 millones de europeos y se dio cuenta de que exportar la práctica imperialista de la guerra y de la violencia no permitía evitar que se hiciera guerra y violencia en casa propia. La promoción de la Declaración del 48 fue muy importante, desde le punto de vista de la cultura jurídica democrática, si bien viene luego a ser en muchos casos negada por las dictaduras militares latinoamericanas de los años 60 y 70. Como sabemos por una serie de razones -muy bien analizadas por mis colegas conferencistas en sus ponencias de estos días como es el caso de Paulo Abrao, Eduardo Vizier y Felipe Michelini-, se ha vuelto a replantear la necesidad y la validez de los derechos humanos, gracias también a los últimos 30 años de luchas por la democracia y los derechos en el Cono Sur.

Pero, con lo explicado al comienzo he querido reivindicar el hecho de que esta América Ibérica, mestizo-india-africana fue, por suerte -y lo será cada vez más en los próximos siglos-, distinta a la América supuestamente blanca anglosajona que había

⁶ Sobre el planteo de la cuestión, remito a mi ensayo “Laberintos del etnocentrismo jurídico-político: de la limpieza de sangre a la des-estructuración étnica” en *Para una historia de América*, Los Nudos, vol.II, Fondo de Cultura Económica, México 1999.

ejercido en la fantasía política de las elites republicanas la idea de que se podía mejorar los países del Cono Sur importando hombres blancos del norte de Europa.

Vale la pena recordar aquí uno de los casos más emblemáticos del etnocentrismo jurídico republicano en la América del Sur. Se trata del pensamiento de Juan Bautista Alberdi, quien en su artículo programático del 10 de agosto de 1845 —escrito en vísperas de las elaboraciones para la Constitución de 1853, que es la autorización casi formal para el “blanqueamiento” definitivo de la futura Argentina republicana— titulado premonitoriamente “Acerca de la acción de la Europa en América”. Es un texto cuyos términos generales siguen sorprendiendo, por lo menos a mí me siguen sorprendiendo enormemente, por la desoladora carga ideológica negativa sobre todo lo que es indígena o neo-africano en América. Sostiene Alberdi: “Los que nos llamamos americanos no somos otra cosa que europeos nacidos en América. Nuestro cráneo, nuestra sangre son de molde europeo. Somos europeos por las razas y por los espíritus, y nos preciamos de ello. A la Europa le debemos todo lo que tenemos, incluso nuestra raza, mucho mejor o más noble que las indígenas, aunque lo contrario digan los poetas, que siempre alimentan la fábula”.⁷

Anticipando las indemostrables fabulaciones pseudo-científicas de Oswald Spengler, —que también en Brasil tuvieron una notable resonancia— Alberdi consideraba “la población mezclada” como la causa de la “decadencia de Occidente”, no sólo en Europa sino también en su tierra. Escribía alarmado, que la gran cuestión de la América del Sur es que “en toda ella prevalece el mal de las poblaciones de color, [donde] han regido y rigen los principios de la legislación civil colonial, que han producido esa población mezclada, y en toda impera la necesidad de regenerarla y transformarla para hacer practicable el gobierno libre [...]”.

Con lo cual no sólo la inmigración proveniente de Europa, para “salvar” a la Argentina, debía ser selectiva (malos los españoles, italianos y franceses; óptimos los alemanes y los ingleses) sino que —como recuerda Oscar Terán citando a Alberdi— hasta se llegaba a la paradoja de invertir el célebre apotegma que identificaba “gobernar con poblar” para sostener que “gobernar sería más bien *despoblar*, limpiar la tierra de apestados, barrer la basura de la inmigración inmundada”.⁸

Contradictorio desideratum, anti-igualitario y desintegrador, que además de constituir la guía espiritual al genocidio sistemáticamente realizado en la “campaña del desierto” para “ganar territorios” que eran de los pueblos originarios (que culmina en 1879 cuando Argentina no llega a dos millones de habitantes, pobladores de unos gigantescos espacios de casi tres millones de km²), vendrá aplicado también en la Buenos Aires de comienzos del siglo pasado.

Así lo sostenía nada menos que un hombre culto y progresista como José Ingenieros —uno de los fundadores del Partido socialista— al observar, en ocasión del primer centenario de la Argentina independiente, que afortunadamente en la ciudad

⁷ Juan Bautista Alberdi, “La diplomacia de Buenos Aires y los intereses europeos y americanos en el Plata”, en *Obras Completas*, Buenos Aires (8 vols.), 1886-1887, vol. VI, pp.219-266.

⁸ Oscar Terán, *Las palabras ausentes: para leer los Escritos Póstumos de Alberdi*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004, p.95.

de Buenos Aires se había “incrementado de manera aplastante la raza blanca respecto a los pocos *indios* [que ahora] es una verdadera rareza encontrar por las calles”.

Olvidándose de que él había nacido en Palermo (en 1877) en uno de los lugares de mayor concentración de “población mezclada” del Mediterráneo, Sicilia, síntesis milenaria de todo tipo de mestizaje étnico, religioso y cultural, Giuseppe Ingegneri desprecia la mayor revolución americana que estaba ante sus ojos, la mexicana, la cual dio vida a la Constitución del año 1918, por décadas una de las más avanzadas de Occidente, precisamente porque reconoce nuevos derechos económicos y sociales, incluso a los campesinos indios y mestizo-blancos. Ingenieros la combate con el argumento reaccionario de que la “revolución no se ha propuesto el objetivo esencial de *formar una población nacional de raza blanca*. Sin la cual no hay y nunca habrá nacionalidad alguna.”

El razonamiento era el siguiente: “el territorio de un Estado político no es la nacionalidad; no forman parte de ella todos los habitantes, sino los que presentan homogeneidad social y cultural, unidad de civilización”. Por lo tanto, y nótese bien la peculiar expresión empleada, “*el progreso étnico*”, inigualitario y antidemocrático en su misma configuración étno-social, impone reconocer—explicaba Ingenieros— que “quien dice nación dice raza; unidad nacional no equivale a unidad política sino a unidad de razas”. ¿De dónde venimos? De un enjambre de “hispano-indígenas y de criollos mestizados, dispersos en los suburbios y en las campañas; diverge de su tronco europeo y tiende a barbarizarse”. Son los que impiden “el progreso étnico de los euro-argentinos”, la exigua minoría de “criollos blancos, urbana y europea que ha promovido la independencia política y ha iniciado la formación sociológica de la nacionalidad argentina”.⁹

Pero el colmo Ingenieros lo alcanza aplicando su concepción (en la cual la ideología racista desemboca en el “darwinismo social” protagonizado por la supuesta “raza blanca”) nada menos que a Brasil, en un ensayo de 1910, emblemáticamente publicado en ocasión del primer centenario de Argentina, en el cual la hipótesis de la doble inferioridad de los pueblos originarios de América y África viene llevada hasta sus últimas consecuencias: se trata de *La evolución sociológica argentina: de la barbarie al imperialismo*.

Habiéndose afortunadamente establecido en Argentina una evidente preponderancia étnica blanca (y relativo dominio respecto a las otras razas inferiores) la nación así blanqueada habiendo superado definitivamente “*la barbarie*” de los pueblos originarios y de los negros descendientes de los esclavos, estaba históricamente destinada—supone elucubrando Ingenieros— a ejercer una nueva hegemonía: “*el imperialismo argentino*” hacia/contra sus vecinos, comenzando por el que consideraba étnicamente más débil, Brasil. “Puesto que la raza negra se opone al progreso y dado que en Brasil lo que es Negro y Mestizo es todavía lo más común, no puede aspirar a la hegemonía respecto a países como el nuestro en el cual lo negro es una mera curiosidad puesto que Argentina se ha liberado de las razas inferiores, donde el exiguo resto de indígenas está refugiado en territorios que de hecho son ajenos [sic] al país; recuérdese—concluye jactándose Ingenieros— que recientemente los señores Root, Ferrero, France,

⁹ José Ingenieros, “La formación de la raza Argentina” (1915), en *La evolución de las ideas argentinas (1918-1920)*, 2 Vols., vol.II, Editorial Futuro, Buenos Aires 1961, p.339-344 (cursiva mía).

Ferri y Bryan se han sorprendido de no haber visto negros entre el millón y pico de habitantes de la ciudad de Buenos Aires.”

Para la suerte y el advenir del “*progreso étnico*” en el continente americano, y la consolidación de la alianza de civilizaciones y los derechos, no sólo en Brasil han felizmente (y a pesar de todas las genocidas y las violaciones que han padecido) sobrevivido y se han extendido las etnias de origen africano con sus relativas culturas en cruce y sinergia con todas las otras, sino que la “población mezclada” que proviene de Hispanoamérica se ha vuelto en los propios Estados Unidos de Norteamérica algo así como el segundo país de habla hispana del mundo (después de México) con alrededor de 45 millones de personas cuyo voto –sea dicho subrayando la extraordinaria novedad del caso- ha sido determinante para la victoria electoral del primer presidente mulato, el afro-angloamericano Barack Obama a la presidencia de la (todavía) primera potencia mundial.

Ello constituye, por las muchas implicaciones que ello va a tener, un formidable precedente para la expansión de las diversidades étnicas que componen Iberoamérica y el futuro de sus “*identidades en democracia*”, de sus culturas mestizadas y sus derechos. La proporción de habitantes de origen latino en los USA que ya era del 12.5 por ciento en el 2000, va a llegar –calculan los investigadores- al 20 por ciento en 2020 y al 30 en 2050. Además, a partir de este año y tal como las estadísticas lo indican en el caso emblemático de Brasil, el país más poblado de Suramérica, el 51 por ciento de la población es y probablemente será para siempre mestiza.

IV. Actualmente, y para limitarme a la América Meridional es comprensible como esta pluriétnicidad y la sobrevivencia activa de las primeras naciones de los pueblos originarios permita, en este comienzo de siglo, extender y profundizar la lucha por los derechos de las comunidades y naciones indígenas así como los derechos sobre sus territorios y recursos naturales. Derechos que ya habían sido tipificados y reconocidos por la específica “Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” (del 13 de septiembre de 2007), que, a su vez, ampliaba y confirmaba el “Convenio 169” de la Organización Internacional del Trabajo” sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independistas” (del 7 de junio de 1989).

Pero, además, y la relevancia de este punto es notable, la peculiaridad –como es el caso de los países andinos- del pluralismo étnico y jurídico se ha manifestado en sus formas jurídico-políticas mas trascendentes en la formulación de lo que se está denominando como “*el neo-constitucionalismo*” latinoamericano. Se trata de re-establecer a nivel jurídico de la norma fundamental el vínculo entre naturaleza y comunidades humanas que había constituido uno de los pilares –sin duda el más duradero y actual- de las antiguas naciones, civilizaciones americanas.

Consolidar y reconocer el pluralismo étnico-jurídico es, debe ser, la motivación y el objeto de la integración, su causa programática y su efecto democrático mas innovador y avanzado para nuestras repúblicas en Suramérica. Las minorías y los pueblos originarios son los sujetos esenciales para esta recuperación plena de la democracia después de los años de “las transiciones”. En este sentido considero relevante informar a Ustedes y citar aquí las conclusiones del “Primer Encuentro Latinoamericano de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas” que se realizó en Buenos Aires (los días 5 y

6 de noviembre de 2009). Allí se discutieron y postularon las siguientes acciones para implementar la defensa de los derechos y avanzar hacia la integración suramericana.

- Contribuir a generar una *doctrina jurídica pluralista y descolonizadora*, que reconozca los derechos de los pueblos indígenas vigentes, en particular a partir del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas.
- Tomar de base la normativa y jurisprudencia internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas ante la criminalización de casos indígenas. Trabajar para la reforma de los Códigos Penales y Procesales Penales con el objetivo de propiciar la *discriminalización del derecho a la identidad y el respeto a las instituciones indígenas*.
- Solicitar a las Cortes Supremas de Justicia, en su comisión de Acceso a la Justicia, a la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las provincias argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Federación Argentina de Colegios de Abogados, y Federación Argentina de la Magistratura se comprometan a realizar desde sus respectivas atribuciones, los esfuerzos necesarios para *acortar la brecha de implementación de los derechos indígenas y se operativice el acceso a la justicia* de los reclamos indígenas.
- Crear *espacios de litigio estratégico* que apunten a una mejor articulación interinstitucional, a la vez que también provoquen una coordinación entre el Estado y los pueblos indígenas a nivel provincial y nacional.
- *Promover redes sociales e institucionales* que relacionen a las distintas organizaciones indígenas y organizaciones no indígenas, para la coordinación entre el Estado y los pueblos indígenas.
- *Crear espacios de formación en derechos de los pueblos indígenas*, para organizaciones tanto indígenas como no indígenas para el intercambio, reflexión, difusión y articulación en la educación y para el respeto de los derechos de los pueblos indígenas.¹⁰

Repito: no podrá haber integración y desarrollo social y económico sin el avance en la consolidación de la democracia y la constitucionalización y defensa de los derechos fundamentales.

En este sentido quiero, llamar la atención sobre las recientes nuevas constituciones de las repúblicas de Bolivia y de Ecuador (de 2008 y 2009) punto culminante “desde la profundidad de la historia” de la constitucionalización del pluralismo étnico y cultural, así como la vigencia, para el derecho y el desarrollo económico y social de la Pacha Mama, nuestra madre tierra.

En el Preámbulo de la Constitución boliviana se resume la filosofía política que sostiene la asunción de la propia historia como base de los procesos de integración

¹⁰ Sobre las conclusiones y recomendaciones remito a las actas del *I Encuentro Latinoamericano de derechos humanos de los pueblos indígenas. Reflexiones y debates sobre justicia, territorio y recursos naturales*, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Ministerio Público de la Defensa, Asociación de Abogados de Derecho Indígena, Buenos Aires, 2010.

tanto en Bolivia, así como de los países andinos en Sudamérica. “El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un *nuevo Estado*”. Que en el párrafo siguiente viene definido como “Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario y Pluricultural que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos”.

En el artículo séptimo se establece que la soberanía reside en el *pueblo* boliviano (no sólo pues, en su componente indígena si bien mayoritaria) y que “se ejerce [la soberanía] en forma directa y delegada”. Con lo cual quedan constitucionalizadas dos formas no excluyentes de soberanía: la *directa*, que es la ejercida por las distintas partes del todo “nacional”: en las comunidades y pueblos indígenas, afrobolivianos, mestizos etc.; la soberanía *delegada* que corresponde a la población en general, por medio de la cual cada componente transfiere al Estado funciones y atribuciones que articulan todas las partes, es decir los distintos sujetos colectivos en una configuración comprensiva de todos ellos: el Estado *plurinacional* como síntesis mayor de cada identidad de las identidades, que lo componen.¹¹

De manera similar en el Preámbulo de la constitución de la República de Ecuador, se afirma que “nosotras y nosotros, el pueblo soberano [...] como herederos d de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo [...], reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, decidimos construir, una nueva forma de convivencia ciudadana que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades, [para lograr] un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana –sueño de Simón Bolívar y Eloy Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra.”

En consecuencia, en los artículos 58, 59 y 60, para conferirle garantía constitucional al objetivo de “fortalecer la identidad, cultura, tradiciones y derechos de los pueblos ancestrales, indígenas, afroamericanos y montubios [...] se reconocen los derechos colectivos establecidos en la constitución, la ley y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos”.

En todos estos casos –de reconocimiento de los derechos y de su integración para el fortalecimiento democrático en los países de la Unasur en general- nos encontramos frente al resultado de una larguísima y singular experiencia histórica de la América Ibérica para lograr la afirmación multiétnica y pluricultural de los derechos que marcaron la transición desde la ideología nacionalista etnocéntrica al reconocimiento de las identidades culturales y jurídicas como bases de la democracia y la integración.

¹¹ CF. Confróntese Alberto Filippi, “Bolivia: la lunga transizione dall’utopia armata al socialismo comunitario”, *Italianieuropei. Bimestrale del Riformismo italiano* (Roma), num.1 (enero-febrero 2006); y Ximena Soruco Sologuren, “Estado plurinacional-pueblo: una constitución inédita en Bolivia”, *Observatorio Social de América Latina* (Buenos Aires, Clasco), año X, núm.26 (octubre del 2009).

Quiero hacer una brevísima referencia a otro elemento central de la integración de los derechos en esta centuria que comienza en Suramérica y es la relación con la vida presente y futura de nuestra Tierra. Tema estudiado ahora en un grupo de disciplinas que se están denominando como la “ecología política”.¹²

En contra de la tradición jurídica que ha denominado en Occidente durante siglos se está reivindicando, finalmente, lo que algunos autores llaman, con agudeza, una nueva concepción “ética, (podríamos decir ético-jurídica) *de la naturaleza*” y de la “*ética ambiental*”. Concepción recogida explícitamente de las ya citadas Constituciones políticas de Bolivia y Ecuador.

En el Preámbulo de la Constitución del Estado Boliviano, sometido al voto popular en 2009, se dice: “Cumpliendo con el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pacha Mama y gracias a Dios refundamos Bolivia”. El artículo 33 prescribe: “las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente”.

En el Preámbulo de la Constitución del Ecuador de 2008, dice: “Celebrando a la naturaleza la Pacha Mama, de la que somos parte, y que es vital para nuestra existencia”. Y después, más adelante, señala: “Una nueva forma de convivencia ciudadana en diversidad y armonía con la naturaleza para alcanzar el buen vivir (suma kausay)”. En consecuencia con estas disposiciones del Preámbulo, el artículo 71 de la Constitución ecuatoriana de 2008 sostiene y afirma en términos de gran innovación jurídico-política: “la naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduzca 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. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas y a los colectivos para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema”.

Es evidente que el neo-constitucionalismo latinoamericano no consagra a la naturaleza como sujeto de derechos, sino que establece el derecho de cualquier persona a actuar en defensa de la naturaleza, sin que se requiera que pruebe o verifique una afectación de carácter personal.

El buen vivir (*Suma Kausay*) es una expresión quechua que significa “pleno vivir”, y cuyo contenido se refiere a lo que con el jurista argentino Zaffaroni podemos denominar “*ética de la naturaleza*”. No se trata del tradicional bien común del tomis-

¹² Sobre la entera cuestión confróntese las consideraciones críticas de Eduardo Ramallo Rabenhorst, “O valor do Homen e o valor da natureza. Breve Reflexão sobre a titularidade dos direitos moraes”, en AAVV, *Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos*, Editora Universitaria de Universidad de Paraíba, João Pessoa 2007, Héctor Alimonda (compilador), *Ecología. Política. Naturaleza, sociedad y utopía*, Colección Grupos de trabajo de Clasco, Buenos Aires 2002 y Héctor Alimonda, “Marxismo y ecología política latinoamericana: elementos para su genealogía posible”, en *Nostromo, revista crítica latinoamericana*, Uade, México 2011.

mo o de la segunda escolástica, reducido a la convivencia entre seres humanos, sino que se trata de la convivencia como bien de todo lo viviente. Si se prefiere, podríamos decir, en términos más claros, que se trata del respeto jurídico a la biodiversidad, incluyendo, por supuesto, las vidas humanas, que exige complementariedad y equilibrio.

La invocación de la naturaleza como sujeto de derechos; la invocación de la Pacha Mama; la invocación de la Tierra; la invocación del planeta; la invocación de la vida tiene varios alcances jurídicos para una sociedad democrática de la integración. De alguna manera, pretender una convivencia de todos los seres vivos dentro de la Tierra es un aporte del constitucionalismo latinoamericano, que es tan revolucionario como en 1917, cuando la Constitución de Querétaro —la Constitución mexicana— consagró constitucionalmente los derechos de segunda generación o derechos sociales. Es una nueva revolución del Derecho Constitucional que hace el constitucionalismo latinoamericano al neoconstitucionalismo mundial.

“Más de quinientos años de colonialismo, neocolonialismo, genocidio y dominación no pudieron borrar de las culturas de los pueblos andinos —y los pueblos originarios del resto de Suramérica— el culto a la Tierra y el ideal de convivencia armoniosa con el pleno vivir. Removidas hoy las capas que ocultaban esto, sale a la superficie, como mensaje del mundo y, en especial, en un momento en que la especie humana comienza a encontrarse en riesgo de supervivencia. No seamos omnipotentes; —concluía Zaffaroni— toda la tecnología de que disponemos no va a barrer nunca la vida de la Tierra. Lo que sí puede barrer es la vida humana de la faz de la Tierra”.¹³

Termino diciendo que los enormes, fundamentales, recursos que la naturaleza ha concentrado en los países suramericanos, no se podrán defender sin recurrir a la concepción, constitucionalización y aplicación de nuevos derechos que nos permitan extender la democracia social y el desarrollo económico. Parafraseando al filósofo italiano Luigi Ferrajoli podemos hablar de “*utopías jurídicas*”, en el sentido de que el ideal de libertad e igualdad, o el de la “*democracia integral*” de Bobbio son imaginarios utópicos, son ideales que son posibles de realizar solo parcialmente en “*un lugar*” que todavía no existe, si bien, y al mismo tiempo, en todos y en cada uno de los rincones del planeta es necesario intentar que, ese lugar en el cual estamos viviendo y actuando llegue a ser “*el buen lugar*”.¹⁴

¹³ Eugenio Raúl Zaffaroni, “Conferencia I Encuentro Latinoamericano de derechos humanos de los pueblos indígenas”, op.cit.

¹⁴ El doble, emblemático significado de cada perspectiva utópica, se remonta al diferente empleo de las denominaciones griegas *oú* (no) y *tómos* (lugar), esto es, *el lugar que no existe*. Sin embargo, dicho vocablo también puede referirse a las raíces *eu* (bueno) y *tónos* (lugar): *el buen lugar*. Tomás Moro recoge ambas acepciones en el sexteto atribuido al poeta Anemolio que figura entre los documentos introductorios de su *Utopía*: “Me llamaron los antiguos, por insólita, Utopía. Competidora de aquella ciudad que Platón pensara y vencedora quizá, pues lo que en ella tan sólo en las letras se esbozara, lo superé yo con creces en personas y en recursos y al dictar mejores leyes. Siendo así que deberían, en justicia, desde ahora, darme el nombre de Eutopía”. Tomás Moro, *La mejor forma de comunidad política y la nueva isla de Utopía, librito de oro, no menos saludable que festivo, compuesto por el muy lustre ciudadano y sheriff de la muy noble ciudad de Londres* (1516). Pero confróntese Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid 1997, p.856 y Alberto Filippi, *Norberto Bobbio y Argentina. Los desafíos de la democracia integral*. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Editorial La Ley, Buenos Aires 2006.

(DES)IGUALDAD DE GÉNERO Y POLÍTICAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA PARA MUJERES EN LOS PODERES LEGISLATIVOS DE AMÉRICA LATINA¹

Alejandra Pascual²

Introducción

Ya iniciado el siglo XXI, mientras que la mitad de la población mundial y también la mitad de los trabajadores es de mujeres, ellas son también la mayoría de los pobres, con escaso poder de representación en los lugares de toma de decisiones. En América Latina, la mujer permanece excluida de los espacios de decisión y de las estructuras formales de representación, con poca presencia en cargos relevantes del Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en los gobiernos provinciales o estatales, municipales e inclusive en los sindicatos, movimientos sociales y organizaciones de la sociedad civil.

Con la garantía del derecho de votar, a partir de la aprobación de leyes que introdujeron el voto femenino les fue garantizado a las mujeres el derecho político de votar, pero permanecieron relegadas en el ejercicio del derecho de ser elegidas.

Las políticas de acción afirmativa de género en América Latina surgieron con el propósito de reducir las históricas desigualdades socio-económicas y políticas entre hombres y mujeres. Se trata de un instrumento social y político eficaz para posibilitar la inclusión de mujeres en lugares de poder, especialmente en el mercado de trabajo y en esferas de representación política. (ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 3)

Para Joaquín Barbosa (2003, p. 30) políticas de acción afirmativa son actos y políticas públicas cuyo objetivo no es solamente negativo, sino también positivo, en el sentido de actuar para transformar, en sentido pedagógico, de producir cambios culturales para eliminar los efectos persistentes de la discriminación del pasado.

El trabajo de investigación realizado y aquí presentado de forma resumida trata sobre la introducción y desarrollo de las políticas de acción afirmativa para mujeres en los Poderes Legislativos de los países latinoamericanos que actualmente están representados en el Consorcio Latinoamericano de Derechos Humanos, a saber Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México y Perú. El objeto de estudio de la investigación fue direccionado para el análisis de una de las políticas de acción afirmativa de género, las cuotas de participación política de mujeres en los sistemas electorales; siendo que por “participación política” se entiende sólo la participación formal, o sea, el derecho de ser elegida legisladora.

¹ El trabajo de investigación para este artículo fue realizado gracias a los recursos recibidos como investigadora del “Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia-CNPq” del Ministerio de Ciencia y Tecnología del Brasil (2007-2009) y a la beca de Post-Doctorado otorgada por la CAPES del Ministerio de Educación del Brasil (2009-2010).

² Profesora de la Facultad de Derecho de la “Universidade de Brasília – UnB”, Brasil. Doctora en Derecho y Post-Doctora en Filosofía Política.

El proceso institucional para la implementación de las políticas de acción afirmativa para mujeres tuvo inicio en recomendaciones elaboradas por las Naciones Unidas a partir de documentos aprobados en Convenciones internacionales. Entre ellos, vale destacar la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (1979) así como las Recomendaciones y Plataformas de Acción de las Conferencias Mundiales de Nairobi (1985) y de Beijing (1995), que se constituyeron en hitos de la instauración de mecanismos institucionales tendientes a acabar con la discriminación y la desigualdad de género existente. (ARCHENTI; TULA, 2008A, p. 9)

Fue a partir de 1996 que la mayoría de los países comenzaron a implementar mecanismos de acción afirmativa de género; se trata de un proceso en constante evolución dado que uno de los objetivos de Beijing era que para 2005 las mujeres hubieran alcanzado el acceso efectivo a 50% de los lugares de toma de decisiones políticas. A pesar de que no se llegó a cumplir con esa meta, se considera que las cuotas para mujeres trajeron para el ámbito político la lucha por el reconocimiento de los derechos políticos, sociales y económicos de las mujeres latinoamericanas. (LUENGO, 2008, p. 262)

A partir de las Recomendaciones de esos instrumentos internacionales, e desarrollaron tres tipos de estrategias gubernamentales para la promoción de las mujeres en los procesos de decisión política: los Planes y Programas de Igualdad y Trato, las Oficinas Mujer en los poderes ejecutivos y, finalmente, políticas de Acciones Afirmativas (cuotas) para mujeres en el sistema legal. (ARCHENTI; TULA, 2008A, p. 9)

Por la primera estrategia, Planes y Programas de igualdad, fueron establecidos objetivos y prioridades en políticas públicas para garantizar la igualdad de trato y oportunidad entre hombres y mujeres; por medio de la segunda estrategia, Oficinas Mujer en los ejecutivos- fueron implementados organismos gubernamentales especializados en fomentar la equidad entre los géneros. Finalmente, con la tercera estrategia, políticas de acción afirmativa, se crearon mecanismos legales para favorecer el acceso de las mujeres a las instancias de representación política. (ARCHENTI; TULA, 2008A, p. 10)

La estrategia de instaurar políticas de acción afirmativa de manera institucional resultó ser la más eficaz ya que conseguía ampliar los espacios de participación femenina en lugares de poder, con la participación efectiva de las mujeres en la composición de las cámaras legislativas. Como afirman Archenti y Tula (2008A, p. 11), por medio de estas políticas se garantiza “el derecho de las mujeres a ser representantes en condiciones equivalentes de competitividad, cuando por cualquier razón la composición del Legislativo aparece vulnerada en términos de género”.

Las cuotas de género, como políticas de acción afirmativa, tienen el objetivo de dar tratamiento preferencial a las mujeres para reducir la desigualdad de oportunidades y los problemas enfrentados para el acceso a los cargos políticos, de modo a forzar el ingreso equitativo de mujeres en el poder público. (DEL CAMPO, 2008, p. 142) A través del sistema de cuotas, las mujeres deberán alcanzar un cierto número de lugares y ocupar un determinado porcentaje de representación. Actualmente, los sistemas de cuotas tienden a exigir que las mujeres ocupen entre el 30 al 40% de los espacios

de poder. Las cuotas deberían tener una aplicación temporaria, es decir, su duración estaría determinada por el tiempo necesario para acabar con las barreras que impiden el acceso de las mujeres a la política. (LUENGO, 2008, p. 263)

Argentina

En Argentina la ley de sufragio femenino fue aprobada en 1947. Después de ese acontecimiento, el cambio más importante en la representación política de las mujeres argentinas fue la aprobación de la ley que introducía políticas de acción afirmativa para la representación femenina en el Poder Legislativo, en noviembre de 1991, a través de la ley 24.012. (ARCHENTI, 2008 B, p. 32)

Argentina fue el primer país del mundo en adoptar políticas de acción afirmativas para mujeres mediante cuotas de representación parlamentaria, por medio de su legislación, que obliga a los partidos políticos a reservar una cuota obligatoria de lugares para mujeres. La medida se transformó, por su vez, en modelo de referencia para América Latina en la implementación de políticas de acción afirmativa para mujeres. (ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 15)

La ley 24.021 establece que las listas que se presenten deben tener un mínimo de 30 por ciento de mujeres en los candidatos de cargos a elegir y con posibilidad de ser electas. Aclara, la Ley, que la lista de candidatos que no cumpla con este requisito no será oficializada. En 1993 fue aprobado el decreto n° 379, que reglamenta la Ley y que establece que la finalidad de la Ley es la integración efectiva de las mujeres en la actividad política nacional, de modo que el 30% previsto en la Ley debe ser entendido como “margen mínima” de representación femenina, debiendo ser incluida una mujer para cada dos hombres. (ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 15)

Desde la adopción, en la Argentina, de la llamada Ley del Cupo Femenino, hubo un aumento notable de representación femenina en la política de ese país. A partir de 1991, año de aprobación de la Ley de Cuotas para mujeres, hubo un aumento expresivo de participación femenina en el Congreso Nacional. Así, en 1993, las mujeres ocupaban 13,6 de los lugares en el Parlamento y en 1995 pasaron a ocupar el 27,2% de los lugares, o sea, se duplicó la representación femenina en el parlamento; el cual fue aumentando cada vez más, hasta llegar a ocupar el 35,8% de los lugares en el año 2005 (MARX, BONNER e CAMINOTTI apud ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 15-16).

La reforma de la Constitución Nacional, en 1994, significó un importante apoyo para la política de cuotas, al dar reconocimiento a las políticas de acción afirmativa en su artículo 37 y al disponer, en la cláusula transitoria segunda, que toda nueva medida que se dicte al respecto (en caso de modificarse) no podría ser inferior a la ya existente, es decir, al 30%. (ARCHENTI, 2008 B, p. 36)

El reconocimiento constitucional a la política de cuotas fue decisivo para la reorientación y producción de las sucesivas interpretaciones judiciales, como nos informa Archenti (2008B, p. 36) ya que, como el mismo autor afirma “tanto la ley 24.012 como su decreto reglamentario estaban por encima de las cartas orgánicas y de otras decisiones partidarias (como los resultados de las elecciones internas) en caso de que éstas entraran en contradicción con la legislación”. (ARCHENTI, 2008 B, p. 36)

Otro importante paso fue el reconocimiento de la legitimidad de cualquier ciudadano elector para accionar la Justicia electoral cuando considerara que se había violado la ley 24.012. Con esta nueva disposición la Ley recibió el carácter de orden público. (ARCHENTI, 2008 B, p. 37)

La participación de las mujeres en la política también aumentó significativamente en el Senado, como consecuencia de la aplicación de la Ley de cuotas para mujeres, lo cual llevó a la Argentina al primer lugar mundial en porcentaje de mujeres que ocupaban lugares en el Senado Nacional. Por otro lado, Argentina pasó a estar entre los diez países del mundo con mayor porcentaje de mujeres en la Cámara Baja. (ARCHENTI, 2008 B, p. 37-38)

A pesar del importante impacto cuantitativo que la Ley de Cuotas produjo en las Cámaras Legislativas argentinas, los partidos políticos no recibieron de forma proporcionada el impacto que se esperaba. Las estructuras de poder en el interior de los partidos se mantuvieron de modo excluyente en relación a la participación de mujeres en posiciones de mando y de poder, en especial en los partidos mayores y de mayor peso político, de modo que, paradójicamente, mientras en las cámaras legislativas se iba produciendo un aumento proporcional de participación femenina, en el interior de los partidos continuaba persistiendo un escenario resistente a la aceptación de las mujeres para niveles de decisión, teniendo éstas que enfrentar grandes dificultades para generar espacios de poder partidario, inclusive en relación a otras mujeres, ya que además de las confrontaciones entre las diversas corrientes partidarias, pesaba también la lealtad hacia referentes políticos masculinos ya existentes, a lo que se sumaba la competencia entre las propias mujeres para ocupar los pocos espacios que se abrían con las cuotas. (ARCHENTI, 2008 B, p. 45-46)

Si se desea analizar el motivo de la gran eficacia de la Ley de cupos para mujeres en la Argentina, en especial, en su comparación con sus pares latinoamericanos, es importante llevar en consideración las observaciones de Archenti y Tula (apud ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 16) cuando recuerdan la existencia de una cultura de participación en la Argentina, cuyas manifestaciones visibles comenzaron en la segunda mitad del siglo XIX, reforzada por el modelo peronista tan profundamente arraigado de inclusión política de las mujeres, en especial, la provenientes de las camadas populares, en el cual la figura de Eva Perón tuvo una importancia fundamental, sea por constituirse en modelo de participación, sea por el uso de su poder e influencia para incorporar mujeres en posiciones de poder y decisión. Por otro lado, los mismos autores afirman que en la implementación de las acciones afirmativas, en Argentina, tuvo un papel decisivo para la eficacia del sistema, la fórmula electoral de lista de candidatos/as cerrada y bloqueada, con voto de leyenda, ya que de ese modo se daban garantías de cumplimiento del objetivo de la Ley de Cuotas al posibilitar la efectiva participación y elección de mujeres por medio de la aplicación del llamado mandato de posición. (ARCHENTI y TULA apud ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 16)

Es importante destacar que la Ley de Cuotas argentina, al punir con la no oficialización de las listas de candidatura a quienes no cumplan con los criterios previstos en ella, dan mayores garantías de eficacia para su claro objetivo de insertar las

mujeres en candidaturas con *real posibilidad de elección*. No se trata de un mero formalismo legal sino de una efectiva instrumentalización de la legislación para que ésta cumpla su objetivo de manera eficaz y plena, como camino necesario para que las mujeres finalmente puedan tener sus propios intereses culturales, sociales, políticos y económicos representados y que, fundamentalmente, puedan tornarse definitivamente sus propias porta-vozes y referenciales de poder para las otras mujeres. (ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 16)

Brasil

Brasil fue uno de los primeros países de América Latina que reconoció el derecho al voto de las mujeres. El derecho de ser electas diputadas fue concedida en 1932, mientras que en 1934, tuvieron por primera vez la oportunidad de ser Senadoras; sin embargo, varios motivos impidieron que las mujeres pudieran efectivamente ocupar muchos espacios en el Poder Legislativo brasileño, como afirma Araújo (2008, p. 90)

El aumento de la participación femenina en instancias de representación comienza a afianzarse en el Brasil recién en el período de la llamada post-redemocratización, como parte de un lento proceso de abertura política que fue acomodando nuevas formas de activismo político, social y sindical. Hacia finales de la década del setenta, ya aparecían señales de mayor espacio y visibilidad de las mujeres, tanto en los cargos políticos como en los lugares de trabajo. En el año 1975, declarado como Año de la Mujer, por las Naciones Unidas, las mujeres promovieron una serie de Encuentros para realizar discusiones sobre su situación social y política al tiempo que comenzaron a surgir organizaciones civiles de protección y defensa de los derechos de las mujeres. (MARX, BONNER e CAMINOTTI apud ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 24).

La Constitución aprobada en 1988 tuvo importantes avances en relación a los derechos de las mujeres, en especial, el reconocimiento a la igualdad entre los géneros, promoviendo una mayor equidad en el ámbito social y familiar. (ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 24)

En relación a la incorporación de cuotas de género para representación política, en 1998 Brasil adoptó primero el sistema para elección de concejales y para las listas de candidatos a diputados federales y estaduais. Sin embargo, la ley 9.504/97 que exige un porcentaje mínimo de 30% de lugares para cualquiera de los sexos en las candidaturas a cargos proporcionales, ha sido muy criticada por la ausencia de sanción en caso de incumplimiento del dispositivo legal, como informa Araújo (2008, p. 87-88).

En Brasil, la ley electoral, n° 9.504/97, surgió a partir de la propuesta individual de una Diputada Federal, Marta Suplicy, dentro del contexto de la Conferencia de Beijing (1995). A diferencia del Brasil, la propuesta de la legislación favorable a las cuotas para mujeres, en la Argentina, surgió como producto de una coalición multipartidaria femenina, apoyada por el movimiento nacional de mujeres. La diferencia entre los dos países latinoamericanos respecto de las iniciativas y del apoyo femenino para las leyes de cuotas femeninas acarretaría importantes consecuencias para la efectiva implementación o no del sistema de cuotas para mujeres en política representativa. (ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 25)

Por otro lado hay otros aspectos del actual sistema electoral brasileño que dificultan el real cumplimiento de los objetivos de las cuotas para mujeres, como señalan Archenti y Tula (apud ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 27): el actual sistema de lista abierta, donde los electores pueden elegir los candidatos en la lista presentada en lugar de votar por toda la leyenda de la lista, dificulta la aplicación de sanciones legales para los partidos y continua reproduciendo la histórica exclusión de las mujeres en la política ya que los electores continúan votando mayoritariamente en hombres; por otro lado, la excesiva mercantilización de las estrategias usadas para las propagandas electorales en el Brasil incrementan el cuadro de exclusión femenina en la participación política ya que las mujeres son consideradas un riesgo para la enorme inversión económica en época de elecciones y se piensa que vale más la pena invertir en candidatos masculinos. Para los autores citados, la mejor salida para ese inconveniente sería la implementación de financiamiento público en las campañas electorales, con el establecimiento de un límite para la inversión financiera en campañas políticas. (ARCHENTI e TULA apud ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 27) Como ya fue señalado antes, la débil participación cívica y la escasa movilización y organización política de las mujeres son aspectos importantes a ser considerados en la actualidad brasileña ya que reducen las posibilidades de surgimiento de nuevas lideranzas femeninas. (ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 27)

En las elecciones de 2006, especialmente, quedó evidente la persistencia de la sub-representación femenina a pesar de la existencia de una ley de cuotas para mujeres, que nació con la seria anomalía de no ser vinculante, al no prever ningún tipo de sanción en caso de su incumplimiento. (ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 26-27)

La interacción de factores vinculados al sistema político —como observa Araújo (2008, p. 102), con condiciones socioeconómicas adversas y la reproducción de una cultura política con patrones de elegibilidad desfavorables a las mujeres mantienen el sistema de cuotas femeninas ineficaz; sólo con propuestas para la reforma política en el Brasil podría aparecer alguna contribución para alterar los factores adversos a la política de cuotas para mujeres. (ARAÚJO, 2008, p. 102)

Dentro de la problemática de la exclusión femenina en la representación política brasileña merece la atención observar la cuestión de las mujeres afro-descendientes e indígenas, víctimas de una mayor discriminación en la participación político-social en el país y que son discriminadas en sus propias organizaciones sociales, mayoritariamente dirigidas por hombres. Sin embargo, en poco tiempo hubo un notable incremento de participación femenina en los movimientos afro-descendientes e indígenas, de reclamación de mayores espacios de poder en sus movimientos y defensa de inclusión de demandas específicas de las mujeres en sus organizaciones, por influencia del movimiento feminista en América Latina. (SAFA, 2008, p. 69)

Colombia

En Colombia las mujeres tuvieron el derecho al voto en 1954, después de una lucha política feminista que había comenzado a estructurarse en los años treinta. Fue en 1958 cuando las colombianas pudieron ser elegidas para cargos de representación política. Sin embargo, entre 1958 y 1974 la participación política femenina fue muy

baja: en torno del 2,01% en el Senado y de 4,43% en la Cámara de Diputados y entre 1978 y 1988, fue de 1,5% en el Senado y de 5,1%, en la Cámara de Diputados. (RUIZ apud ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 42).

En 1991 fue aprobada la nueva Constitución colombiana, que reconoció la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. A partir de entonces la participación política de las mujeres ha aumentado en Colombia, permaneciendo, sin embargo, muy baja para los patrones latinoamericanos de participación femenina. Así, entre 1991 y 1994, el porcentaje de mujeres en el Senado fue del 7,30% mientras que en Diputados fue del 8,6% y entre 1994 y 1998 el porcentaje fue de 6,48% y de 12,7% respectivamente.

En el año 2000 fue aprobada la ley 581, que reconoce y reglamenta el derecho de las mujeres a ocupar un mínimo de 30% de los cargos en los máximos niveles de decisión administrativa en los tres poderes públicos – Legislativo, Ejecutivo e Judicial – así como en otros niveles de decisión con atribuciones de dirección y de mando en la formulación, planeamiento, coordinación, ejecución y control de políticas públicas. Sin embargo, en relación a la participación política, la ley no trata sobre la implantación de cuotas para la elección de mujeres. (ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 42)

Actualmente Colombia ocupa el último lugar de los países sudamericanos en relación a la equidad de género en los legislativos. En las elecciones de 2006, aunque 51,3% del electorado era compuesto por mujeres, apenas 12 de los 102 Senadores elegidos no eran hombres mientras que de 166 Diputados sólo 14 eran mujeres, o sea, tan sólo 9,7% de mujeres en el Congreso nacional. Por último, en las elecciones de 2010, fueron elegidas 20 mujeres para la Cámara de Diputados y 18 para el Senado. (DÍAZ apud ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 42)

En Colombia, la reproducción de prejuicios y de estereotipos patriarcales mantienen a las mujeres privadas del derecho fundamental de participación en la vida política de su país, como afirma Ruiz (apud ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 42). Junto a ello, la autora señala que los partidos políticos colombianos difícilmente abren espacios formales de participación a las mujeres aunque ellas constituyan ampliamente la base de los partidos y participen activamente de las elecciones. (RUIZ apud ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 43).

Chile

Chile no tiene Ley de cuotas para mujeres en el Poder Legislativo. Esta anomalía ha hecho que el nivel de participación de mujeres en cargos electivos legislativos haya permanecido por debajo del promedio regional, del 20,6%. En 2008 las mujeres ocupaban el 15,8% de las bancas en la Cámara de Diputados y sólo el 5,2% de las bancas en el Senado. Estos valores son mayores que los de años anteriores; sin embargo, como observa Franceschet (2008, p. 190) el incremento del número de mujeres en el Congreso ha sido marcadamente lento.

El actual sistema electoral chileno, sin cuotas obligatorias para mujeres, conlleva a la dificultad de las mujeres para ser propuestas como candidatas por los partidos políticos ya que estos encabezan las listas con candidatos que consideran con más

posibilidades de ganar más votos, de modo que evitan arriesgar con candidaturas de mujeres. (FRANCESCHET, 2008, p. 193) Por otro lado, la práctica de la reelección de cargos en Chile impide el acceso de mujeres a la Legislatura ya que los titulares parlamentarios se sienten en el derecho de ser nuevamente propuestos para las elecciones subsecuentes, sin dar oportunidad a nuevas candidaturas, entre ellas, las de mujeres. Como afirma Franceschet (2008, p. 194) el sistema electoral refuerza esta tendencia porque los partidos prefieren candidatos con trayectorias políticas bien establecidas; por otro lado las mujeres perciben a los partidos políticos como una seria barrera para la representación femenina en la política y las activistas de movimientos de mujeres evitan participar de políticas formales debido a la exclusión de que son víctimas por los juegos de poder. (FRANCESCHET, 2008, p. 196).

Los factores culturales que frenan la entrada de las mujeres en la política formal de Chile encuentran refuerzo en la fragmentación y debilitamiento de los movimientos de mujeres, como explica Franceschet (2008, p. 197), lo cual —afirma la autora— ha socavado la capacidad de movilizar apoyos para candidatas femeninas.

Para finalizar, es de destacar que a pesar del fuerte consenso de los partidos políticos chilenos en considerar que existe un grave problema en la política parlamentaria chilena debido a la sub-representación femenina en los cargos de elección, por otro lado, esos mismos partidos son los que se oponen a la aprobación de la política de cuotas para representación femenina en el Parlamento chileno. (FRANCESCHET, 2008, p. 200)

En este débil contexto de apoyo a las cuotas, afirma Franceschet (2008, p. 202) no causa sorpresa que los intentos de legislar sobre éstas hayan fracasado.

En contraposición a la falta de representación femenina en el Parlamento, las mujeres han alcanzado importantes logros en términos de participación dentro del Poder Ejecutivo lo cual, para Franceschet (2008, p. 192) se debe “a una consciente estrategia política de varios presidentes que designaron mujeres para que ocupasen cargos en este ámbito.”

México

En 1916 tres estados de México reconocieron el derecho al voto femenino; son ellos Chiapas, Yucatán y Tabasco. En 1923 fue realizado el *Primer Congreso Nacional Feminista*, que tuvo como resultado el impulso de medidas tendientes a la promoción de la igualdad civil de mujeres en cargos administrativos y a la igualdad política y de trabajo, así como el reconocimiento de la *patria potestad* de los hijos menores para la mujer en caso de divorcio, entre otros derechos. (REYNOSO y D'ANGELO apud ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 32). En 1947 fue reconocido el derecho de voto de las mujeres en todo el territorio mejicano, pero limitado al ámbito municipal. El derecho pleno al voto al voto de las mujeres para todo el territorio mexicano recién fue reconocido en 1947. (ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 32)

En relación a la implementación de acciones afirmativas para mujeres en las legislaturas, en la década de 1990 fueron impulsadas medidas tendientes a reducir la brecha entre el derecho a elegir y la posibilidad de ser elegidas efectivamente por medio de modificaciones al sistema de nominación de candidaturas y de inclusión en

las listas partidarias. El sistema de cuotas para mujeres en las elecciones fue adoptada primero en algunos partidos políticos y luego fue incorporada, de manera progresiva, en la legislación electoral federal, por medidas tomadas en los años 1993, 1996 y 2002. (REYNOSO, 2008, p. 108)

Desde 1996 la ley de cuotas para mujeres en la política dejó de ser meramente una declaración de principios para convertirse en legislación determinante de las proporciones de candidaturas que deben ser distribuidas por criterios de género. Ese año fue aprobado un adendo a la fracción XXII transitoria del artículo 5° del Código Electoral (COFIPE), que establece:

Los partidos políticos nacionales considerarán en sus estatutos que las candidaturas a diputados y senadores no excedan el 70% para un mismo género. Asimismo promoverán la mayor participación política de las mujeres.

A pesar del avance, la legislación continúa genérica, pues no determina si se trata de candidaturas realmente efectivas, con reales posibilidades de elección de las candidatas o si se trata de candidaturas “simbólicas”, como llaman la atención REYNOSO y D’ANGELO (apud ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 34). Las candidaturas “simbólicas” son aquéllas con muy poca posibilidad de elección, como en los casos de cargos para suplente o la colocación de candidatas en los últimos lugares de las listas partidarias; candidaturas efectivas, por otro lado, son aquéllas que tienen grandes posibilidades de elección, como serían las de candidatos colocados en primer lugar en listas partidarias o en el caso de candidatos titulares. (ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 33-34)

En 2002 fue realizada una reforma en el COFIPE para tentar garantizar la distribución equitativa de candidaturas efectivas en ambas Cámaras Legislativas nacionales. En ese sentido, explica Vidal (2008, p. 68):

Esta reforma se concentró en el artículo 175, en los párrafos A, B y C.. La primera modificación se realizó en el inciso A, señalado que “De la totalidad de solicitudes de registro, tanto de diputados como de senadores que presenten los partidos políticos o las coaliciones ante el IFE, en ningún caso incluirían más del 70% de candidatos propietarios de un mismo género” (Cofipe). Esta reforma significó un gran cambio, debido a que se especificó que el registro de las candidatas tenía que darse en el plano de la propiedad de la misma y no como suplente. [...] Finalmente, el inciso C del artículo 175 estableció una sección fundamental. Buscaba garantizar el cumplimiento de lo establecido en los incisos anteriores mediante la instauración de un elemento: la sanción. A través de este inciso se instituyó que si el registro de las candidaturas en los términos ya descritos no se cumplía, el partido o coalición tendrían 48 horas para rectificar “la solicitud de registro de candidaturas y le apercibirá de que, en caso de no hacerlo le hará una amonestación pública” (Cofipe). Además, se estableció que si el comportamiento se repetía y no se rectificase el registro, eso implicaría la “negativa del registro de las candidaturas correspondientes” (Cofipe). El elemento de la sanción y de la posible negativa al registro de determinadas candidaturas puede ser visto como un incentivo a cumplir lo establecido en el artículo y sus incisos. (VIDAL, 2008, pp. 68-69)

Para Reynoso y D’Angelo (apud ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 33), las reformas electorales produjeron resultados positivos para el objetivo de disminuir las desigualda-

des entre los géneros en la representación política. Sin embargo, a pesar de la progresiva modificación legislativa a favor de las cuotas para mujeres en los poderes legislativos, las mujeres ocupan solo 23% de los cargos en la Cámara de Diputados y 16% del Senado. Como observan los citados autores, la presencia femenina en los cargos legislativos es sin duda un avance histórico pero está todavía distante de los objetivos deseados; en los cargos ejecutivos, por otro lado, la presencia femenina todavía es ínfima.

Peru

En el año 1997 Perú introdujo la primera legislación sobre cuotas para mujeres en el Legislativo, que establecía un 25% de representación de mujeres en las elecciones parlamentarias y municipales. El resultado fue positivo en el sentido de la respuesta dada por las mujeres a la oportunidad que se les abrió con la aplicación de las cuotas. En el año 2000 el porcentaje de mujeres fue aumentado para 30% en ambas legislaturas.

Finalmente, en marzo de 2002 fue aprobada la Ley No. 27.683 de elecciones regionales que establece que las listas de candidatos de cada distrito deben incluir una cantidad no menor del 30% de mujeres o varones y un mínimo de 15% de representantes de comunidades nativas y pueblos originarios de cada región donde existan, conforme lo determine el Jurado Nacional de elecciones (art. 12). En las circunscripciones en que se inscriban listas con tres candidatos, por lo menos uno de los candidatos debe ser varón o mujer. (DEL CAMPO; MAGDALENO, 2008, p. 285)

Sin embargo, en el caso peruano no se han concentrado mecanismos de obligatoriedad para que en las listas de candidatos el porcentaje obligatorio de mujeres se sitúe en los primeros puestos. De hecho, en lugar de afirmar los mecanismos de la actual ley de Cuotas, se opta por incluir otras variables, como la de imponer que las listas electorales contengan un 20% de jóvenes menores de 30 años, que dificultan el sistema. (DEL CAMPO; MAGDALENO, 2008, p. 285)

Del Campo y Magdalena (2008, p. 286) enseñan que en el caso de Perú, “las cuotas fueron fundamentalmente resultado de la iniciativa del ejecutivo.” Y consideran que la debilidad existente en la realización de los objetivos de la legislación de cuotas “está especialmente relacionada con la fragilidad institucional que aminora la repercusión positiva que han significado estos avances legislativos.”. (DEL CAMPO; MAGDALENO, 2008, p. 286)

Conclusiones

América Latina explora formas para construir una convivencia más humana. Las mujeres han sido víctimas pero también combatientes por esta sociedad, que no podrá ser nueva sin pagar la deuda histórica de género. En el ámbito político, las cuotas para mujeres en los poderes legislativos son la punta del iceberg de una lucha más amplia por el reconocimiento de los derechos políticos, sociales y económicos de las mujeres (DEL CAMPO, 2008, p. 141-142).

Más allá del debate, las leyes de cuotas orientan su acción a la defensa del derecho que tienen todos los ciudadanos a ser representantes por igual sin distinción

de sexo y, en el sentido específico de las cuotas de género en el legislativo, abren oportunidades institucionalizadas a las mujeres para el pleno ejercicio de este derecho obligando a los partidos políticos a conformar sus listas partidarias con un porcentaje mínimo de candidatas. (ARCHENTI; TULA, 2008A, p. 12)

Es importante recordar algunas sugerencias manifestadas por las mismas legisladoras para mejorar el sistema actual, dentro de las cuales, la necesidad de extender el sistema de cuotas a las distintas comisiones existentes en los parlamentos; exigir que las candidatas sean colocadas en lugares “expectables” o como titulares en la listas, para garantizar un mandato de posición; establecer políticas públicas para la transformación de la cultura patriarcal en una cultura de respeto a la diversidad de géneros, con papel de destaque para las campañas de sensibilización de género en los medios masivos de comunicación. (ARROYO, 2008 A, p. 91; ARROYO, 2008 B, p. 213). Por su vez, deben ser establecidas –y aplicadas– sanciones severas para los casos de incumplimiento de la ley de cuotas de modo a garantizar su efectividad a través de la impugnación de las listas partidarias que no cumplan con las condiciones legalmente exigidas. (ARCHENTI; TULA, 2008 A, p. 18).

No hay dudas de que el sistema de cuotas de género está distante de su ideal, mismo en los países que han conseguido importantes conquistas, pero lo fundamental es considerar que finalmente se ha comenzado a trillar un proceso histórico y concreto para efectivizar el principio de igualdad de género en la realidad político y social de América Latina.

REFERENCIAS

- ARAÚJO, Clara. Mujeres y elecciones legislativas en Brasil: las cuotas y su (in)eficacia. In: ARCHENTI, Néliida; TULA, María Inés (editoras). *Mujeres y Política en América Latina. Sistemas electorales y cuotas de género*. Buenos Aires: Heliasta, 2008. p. 87-106.
- ARCHENTI, Néliida; TULA, María Inés. La ley de cuotas en la Argentina. Un balance sobre logros y obstáculos. In: ARCHENTI, Néliida; TULA, María Inés (editoras). *Mujeres y Política en América Latina. Sistemas electorales y cuotas de género*. Buenos Aires: Heliasta, 2008 A. p. 30-53.
- ARCHENTI, Néliida; TULA, María Inés (editoras). *Mujeres y Política en América Latina. Sistemas electorales y cuotas de género*. Buenos Aires: Heliasta, 2008 B.
- ARROYO, Alejandra; CORREA, Eugenia; GIRÓN, Alicia; GONZÁLEZ MARÍN, María Luisa; RODRIGUEZ, Patricia; VIDAL, Fernanda. Hacia una alternativa para la equidad de género en la práctica política de los partidos políticos. In: GONZÁLEZ MARÍN, María Luisa e RODRÍGUEZ LÓPEZ, Patricia. (coord.). *Límites y desigualdades en el empoderamiento de las mujeres en el PAN, PRI y PRD*. México: UNAM, UAM, 2008 B. p. 203-223.
- ARROYO, Alejandra; GIRÓN, Alicia. Discriminación de género a las mujeres políticas. De la casa al parlamento: género, clase, etnia, color y educación. In: GONZÁLEZ MARÍN, María Luisa e RODRÍGUEZ LÓPEZ, Patricia. (coord.). *Límites y desigualdades en el empoderamiento de las mujeres en el PAN, PRI y PRD*. México: UNAM, UAM, 2008 A. p. 77-92.
- BARBOSA, Joaquim G. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: DOS SANTOS, Renato e LOBATO, Fátima (org.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

DEL CAMPO, Esther e LUENGO, Óscar. El impacto de los sistemas electorales y las leyes de cuotas en los países andinos. Las elecciones legislativas en Bolivia, Ecuador y Perú. In: ARCHENTI, Nélica; TULA, María Inés (editoras). *Mujeres y Política en América Latina. Sistemas electorales y cuotas de género*. Buenos Aires: Heliasta, 2008. p. 137-164.

FRANCESCHET, Susan. La representación política de las mujeres en un país sin ley de cuotas: el caso de Chile. Tradução de Mercedes Aznar. In: ARCHENTI, Nélica; TULA, María Inés (editoras). *Mujeres y Política en América Latina. Sistemas electorales y cuotas de género*. Buenos Aires: Heliasta, 2008. p. 191-209.

LUENGO, Óscar. Presencia mediática de las candidatas en las elecciones legislativas de Bolivia. In: PRIETO, Mercedes (org.) *Mujeres y escenarios ciudadanos*. Ecuador: FLACSO, 2008. p. 257-274.

REYNOSO, Diego. El exiguo impacto de las leyes de cuotas en México. In: ARCHENTI, Nélica; TULA, María Inés (editoras). *Mujeres y Política en América Latina. Sistemas electorales y cuotas de género*. Buenos Aires: Heliasta, 2008. p. 107-135.

ROSSI, Mariana; PASCUAL, Alejandra. *Mulheres e desigualdades de gênero: a evolução das políticas de ação afirmativa na América Latina*. PIBIC/UnB. 2010. Brasília: Universidade de Brasília.

SAFA, Helen. Igualdad en la diferencia: género y ciudadanía entre indígenas y afro descendientes. In: PRIETO, Mercedes (org.) *Mujeres y escenarios ciudadanos*. Ecuador: FLACSO, 2008. p. 57-81.

VIDAL, Fernanda. El papel de la mujer en la conformación del aparato gubernamental: una mirada a partir de las reformas electorales en materia de equidad de género. In: GONZÁLEZ MARÍN, María Luisa e RODRÍGUEZ LÓPEZ, Patricia. (coord.). *Límites y desigualdades en el empoderamiento de las mujeres en el PAN, PRI y PRD*. México: UNAM, UAM, 2008. p. 63-75.

ANEXOS

Proporción de cargos ocupados por mujeres en los Parlamentos Nacionales (porcentajes)

País	[A]/a	Anos					
		1990	1997	2000	2002	2004	2006
Argentina		6.3	25.3	28,0	30.7	30.7	36.2
Brasil		5.3	6.6	5.7	6.8	8.6	8.6
Colombia		4.5	11.7	11.8	11.8	12,0	9,7
México		12,0	14.2	18.2	16,0	22.6	24.2

Fuente: Elaboración realizada por Rossi com base de datos CEPALSTAT (ROSSI, PASCUAL, 2010, p. 46)

Proporción de ingreso salarial de las mujeres en comparación con el ingreso de hombres con iguales características, según años de instrucción, en las regiones urbanas, en Argentina, Brasil, Colombia y México (porcentajes):

	[A]/a	Período	1990	1991	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Paises / Escolaridad																	
Argentina																	
Total	/b	64.5	71,0	69,7	...	65,0	58,5	...	61,0	67,2
0 a 3 años	/b	72,9	...	64,0	62,4	...	51,7	43,5
4 a 6 años	/b	66,1	62,0	66,2	...	82,0	81,0	...	51,7	38,7
7 a 9 años	/b	65,0	66,7	...	58,0	55,2	...	48,3	53,2
10 a 12 años	/b	62,5	65,0	69,0	...	63,0	60,8	...	60,1	55,2
13 años y más	/b	50,5	63,0	55,0	...	51,0	45,6	...	55,7	66,4
Brasil																	
Total		55,7	...	56,1	62,1	64,0	65,6	65,9	67,3
0 a 3 años		45,6	...	49,0	56,7	58,0	58,9	60,6	60,9
4 a 6 años		45,6	...	46,3	52,0	51,0	54,3	53,3	54,6
7 a 9 años		49,8	...	49,3	52,5	55,0	55,4	56,5	57,1
10 a 12 años		48,5	...	51,4	52,8	55,0	57,3	57,1	59,5
13 años y más		49,3	...	45,8	53,3	56,0	54,6	55,5	55,6

(Continúa)

Continuação

Países / Escolaridad	[A]/a	Período														
		1990	1991	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Colombia																
Total	/c	...	68.3	...	68,0	79.4	...	75.0	76.8	...	75.8	75.2
0 a 3 años	/c	...	56.6	...	59,0	69,0	...	66,0	61.4	...	50.9	56.5
4 a 6 años	/c	...	60.0	...	68,0	65.3	...	71,0	67.7	...	56.0	63.3
7 a 9 años	/c	...	69.5	...	65,0	107.9	...	75,0	69.7	...	66.9	66.1
10 a 12 años	/c	...	71.7	...	71,0	88,0	...	73,0	71.9	...	72.2	71.4
13 años y más	/c	...	63.9	...	57,0	60.5	...	70,0	73.1	...	72.9	71.3
México																
Total	/d	57,0	...	58.9	...	57.0	...	58.1	...	62.6	...	62.7	58.3
0 a 3 años	/d	56.2	...	72.0	...	67.1	...	57.3	...	58.6	58.7
4 a 6 años	/d	58,0	...	67.1	...	56,0	...	58.5	...	59.4	...	59.4	60.2
7 a 9 años	/d	65,0	...	71,0	...	65,0	...	54.5	...	61.1	...	69.3	64.4
10 a 12 años	/d	70,0	...	63.1	...	63,0	...	71.9	...	63.5	...	73.6	69.0
13 años y más	/d	48,0	...	49.4	...	47,0	...	49.1	...	61.8	...	51.5	47.4

Fonte: Elaborado por Rossi a partir de datos de CEPALSTAT (apud ROSSI, PASCUAL, 2010, pp. 49-51).

[A] CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe: sobre a base de tabulaciones

especiales de encuestas a domicilio de los respectivos países.

a/ Disparidad de ingresos laborales: se refiere a la diferencia de renta en el total de la población ocupada. Esta diferencia se calcula como el cociente entre la renta media de las mujeres sobre la de los hombres, multiplicado por 100.

b/ (Gran Buenos Aires). Los niveles de instrucción de la Argentina son de 0 a 6 años; 7 a 9 años; 10 años o más.

c/ A partir de 1993, se amplió la cobertura geográfica de la investigación hasta abarcar prácticamente la totalidad de la población urbana del país. Hasta 1992 la investigación cubría cerca de la mitad de la población a excepción del año 1991, cuando se realizó una investigación

de carácter nacional. Desde el año 2001 en adelante, la muestra de la investigación hace con que las cifras

urbanas no sean estrictamente comparables con las de los años anteriores.

d/ Excepto en el año 1990, los niveles de instrucción de México son 0 a 5 años; 6 a 9 años; 10 a 12 años y de 13 años o más.

OS DIREITOS DO OUTRO E A JUSTIÇA DAS VÍTIMAS

UMA APROXIMAÇÃO CRÍTICA À BIOPOLÍTICA MODERNA

Castor M. M. Bartolomé Ruiz¹

O individualismo burguês: a crise dos direitos do eu

1. O direito moderno está inevitavelmente contaminado pelo liberalismo e suas concepções antropológicas. A justiça moderna é um desdobramento do naturalismo antropológico forjado ainda no século XVII e longamente desenvolvido numa infinidade de subteorias conexas. As grandes categorias antropológicas desenvolvidas pelo liberalismo (empirista ou racionalista) continuam sustentando o marco cultural de nossa civilização e, como consequência, as visões do direito e da justiça. A demarcação do pensamento liberal poderia ser delimitada pelo tripé: teoria do sujeito, conceito de igualdade, conceito de liberdade.

O sujeito moderno emerge sob a categoria de indivíduo natural. Portanto já nasce individualista e pretensamente científico. A fecundação original deste indivíduo deu-se com o conceito de estado de natureza². O indivíduo foi concebido como sendo detentor de uma essência natural na qual se encontrariam as explicações (naturais) do comportamento. O eu, sempre individualista, parecia ser um dado evidente da natureza humana. O grito do eu racional de Descartes, *cógitio ergo sum*, ecoou ao longo dos séculos como uma verdade reveladora da existência de um evidente eu natural, único, universal, inquestionável. Um eu monádico a partir do qual se explicam os outros. O eu pensado pela modernidade é um dado natural prévio, do qual derivam as relações sociais com o outro.

A autossuficiência originária do eu moderno faz do outro um momento secundário de sua vontade. A relação com o outro é, para o eu moderno, uma decisão da sua vontade. Ele existe antes de qualquer relação. Sua liberdade, também pensada como algo natural, constitui as relações com o outro de modo arbitrário. Entende que a alteridade é um momento posterior a sua vontade, que também é concebida como algo natural. Como consequência, o outro entra na sua existência como um ato deliberativo de sua vontade³. O outro se torna desnecessário para a existência da sua

¹ Doutor em Filosofia. Professor Pesquisador do Programa de Pós-Graduação Filosofia da Unisinos. Coordenador Cátedra Unesco de Direitos Humanos e Violência, Governo e Governança, Unisinos.

² Não entramos no debate sobre a pretendida crença ou não dos autores dos séculos XVII-XVIII na historicidade do estado de natureza, o decisivo desta categoria está no seu uso (e abuso) como princípio regulador do comportamento humano em geral:

“Àqueles que afirmam que nunca houve homens em estado de natureza... afirmarei que todos os homens encontram-se naturalmente neste estado e nele permanecem até que, por próprio consentimento, se tornam membros de alguma sociedade política”. LOCKE, John. *Segundo Tratado do governo civil*. São Paulo: Martin Fontes, 2001, p. 384.

³ Levinas é um dos pensadores mais críticos do naturalismo do eu moderno por negar a alteridade assimilando-a à sua identidade. Neste ensaio seguiremos, neste ponto, seu pensamento filosófico: “A diferença não é uma diferença, o eu, como outro, não é um outro” LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Lisboa: Ed. 70. 2000, p. 24.

essência (natural) e só é um elemento acessório, talvez importante, para existência social. O eu natural aparece como um dado empírico originário. A alteridade é um momento posterior ao eu que virá a complementar sua existência naquilo que necessita⁴. O outro se torna um elemento útil, até certo ponto necessário, para complementar a natureza individual do eu.

Reconhece-se em Hobbes o criador do conceito de estado de natureza⁵. O indivíduo natural é naturalmente individualista. O individualismo tornou-se, então, um valor para a modernidade. Um valor enaltecido como natural e garante que os direitos (naturais/individuais). De forma natural, indivíduo e individualismo se fizeram sinônimos de egoísmo (também natural). O egoísmo deixou de ser um vício moral para se tornar uma virtude pública (natural)⁶. Ele seria uma *virtu* inerente à natureza para todos os sujeitos poderem subsistir. O egoísmo foi assimilado ao conceito de interesse próprio e ambos se tornaram pulsões naturais do indivíduo moderno⁷.

Uma vez individualizado e naturalizado o egoísmo, o sujeito moderno não teve escolha: o outro se tornou um elemento de insegurança⁸. O outro é seu rival natural. O outro será sempre alguém de quem tenho que me defender ou com o que tenho que concorrer. Locke, em sua pretensão de legitimar o poder ascendente da burguesia, não aceitou a solução autoritária proposta por Hobbes, mas interiorizou o princípio do egoísmo racional como melhor meio para resolver a rivalidade natural que nos enfrenta a outro⁹.

A naturalização do sujeito afetou a política moderna. A política, como arte do governo, não mais seria regulada pelos princípios éticos, jurídicos ou filosóficos, senão que, antes de mais nada, deve adaptar-se à natureza dos sujeitos. A política, que para os clássicos era o que nos diferenciava da mera vida biológica, retorna a pensar-se como a arte de governar a natureza biológica dos indivíduos. A vida biológica, ou mera vida natural, que a política clássica pretendia superar pela ética da existência, é reconduzida pela política moderna como objeto de governo. Governar é governar a natureza, ou governar segundo a natureza. A política, cooptada pelo utilitarismo, reduz a vida humana a um mero objeto de governo. Ou seja, faz do governo a arte de

⁴ “A alteridade do eu, que se toma por um outro, pode impressionar a imaginação do poeta, precisamente porque é apenas o jogo do Mesmo: a navegação do eu pelo si – é precisamente um dos modos de identificação do eu” LEVINAS, Emmanuel. Op. cit., p. 25.

⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã. Matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Cf. especialmente o cap. 13 “Da condição natural da humanidade a respeito de sua felicidade e miséria”.

⁶ A obra, publicada em 1714, de Mendenville, Bernard. *The Fable of the Bees or Private Vices, Publick Benefits*. Indianapolis: Liberty Fund, 1988. É um reflexo muito ilustrativo desta linha de pensamento.

⁷ A obra de SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Nova Cultural, 1985, tornou-se o marco de referência do discurso a respeito da função utilitária do egoísmo no marco da lógica do mercado liberal.

⁸ Sobre este tema é clássica a obra de MACPHERSON, C.B. *Teoria do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. RJ: Paz e Terra, 1979.

⁹ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Cf. Especialmente o livro II, “Do estado de natureza”, segundo tratado.

administrar de forma eficiente a natureza humana em todas suas potencialidades¹⁰. Ao naturalizar o sujeito, o governo se identifica com o governo de sua natureza. A cumplicidade tramada entre o naturalismo e utilitarismo fez do governo moderno uma arte biopolítica cujo principal objetivo é administrar o “corpo social”. Não foi por uma mera casualidade retórica que o corpo se tornou a grande metáfora (bio) política do Estado moderno¹¹.

2. O indivíduo em estado de natureza possui uma condição de igualdade natural. Este princípio teve amplas repercussões políticas e jurídicas. Primeiramente, operou uma fratura no modelo estamental das sociedades pré-modernas. Com isso provocou um impacto político e jurídico nos privilégios da aristocracia, considerados por esta algo natural do seu estamento.

A igualdade natural possibilitou a exigência de igualdade jurídica de direitos. Este princípio filosófico tornou-se o marco do direito constitucional moderno. Nele se baseia a isonomia de todos perante a lei. A igualdade natural nos torna naturalmente iguais perante a lei. Ela legitimou o estado de direito assim como a noção de direitos fundamentais inerentes a todos os indivíduos. Com esse princípio, não há mais como legitimar diferentes leis para diferentes pessoas ou diferentes formas de aplicar a lei para as mesmas pessoas. A igualdade jurídica é uma conquista irrenunciável feita pela modernidade.

O conceito de igualdade natural trouxe contribuições muito positivas para a justiça social. Não fosse ela, ainda estaríamos nos debatendo sobre a legitimidade das desigualdades sociais como direitos estamentais. Contudo, o conceito de igualdade social, quando considerada como única forma de igualdade, tem sérias limitações políticas e jurídicas¹². Por estar associada ao estado de natureza, está contaminada pela visão individualista do sujeito moderno. A igualdade que se proclama e se defende no estado de natureza é compreendida socialmente como mera igualdade jurídica. O reconhecimento formal da igualdade não parece incompatível com o estado de desigualdade social real. Esta contradição entre a igualdade jurídico-formal e a desigualdade social-real se maquiou ao longo dos séculos sob novos artifícios naturalistas que consideram também natural a desigualdade social. Para a modernidade, especialmente para o liberalismo que se tornou pensamento hegemônico, tão natural é a igualdade formal de direitos como a desigualdade real dos sujeitos. Ambas se legitimam pela natureza como algo evidente e necessário.

¹⁰ Esta ruptura do deslocamento operado pela política moderna foi magistralmente registrado por Michel Foucault numa sentença, que já se tornou clássica: “O homem, durante milênios, permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivo e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal, em cuja política, sua vida de se vivo está em questão”. Idem. *História da sexualidade. A vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1999, p 134.

¹¹ A importância política do corpo fica evidente na edição do *Leviatã*, em que se apresenta na capa a figura do Estado como um corpo social em que os indivíduos dissolvem suas singularidades para serem governados pela cabeça do soberano, a única que têm rosto próprio.

¹² Para uma crítica aos usos instrumentais da igualdade formal, cf. MATE, Reyes. “A igualdade em troca de amnésia”. In: *Memórias de Auschwitz*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2005, p. 267-280.

A contradição entre a igualdade formal do estado de natureza e a desigualdade histórica das sociedades se tornará o calcanhar de Aquiles da política moderna. Essa contradição é legitimada de muitas formas pelo direito. Assim, ao declarar a constituição brasileira que todos os brasileiros são iguais em direitos, estes se tornam efetivamente iguais, para o direito. Ao decretar que todos os brasileiros têm direito aos direitos básicos para a dignidade humana como saúde, educação, alimentação, moradia etc., a lei legitima que a sociedade é justa porque estabeleceu a igualdade jurídica de direitos. Este artifício assimila a igualdade jurídica à histórica, ocultando as desigualdades reais sob a ideologia da igualdade formal.

O formalismo jurídico e sua abstração universalista não são negativos por si mesmos, mas por algumas de suas consequências. Entre elas a redução da justiça ao mero procedimento. A justiça também sobre as consequências deste reducionismo. Para a modernidade, a justiça se identificará com o direito e como consequência com os procedimentos formais que determinam os direitos. Ao tornar a igualdade jurídica sinônimo de igualdade real, estende-se um “véu de ignorância” jurídico sobre as desigualdades reais e injustiças históricas. Acontece, inclusive, o paradoxo de que a igualdade jurídica possa utilizar-se como encobrimento ideológico da desigualdade real. Este é um dos artifícios que vem legitimando a injustiça estrutural da ordem social sob o manto de uma ordem jurídica formalmente justa.

Os que permanecem ocultos sob este “véu de ignorância” são as vítimas da desigualdade. Estas são invisíveis para o formalismo jurídico. Para ele, o mero reconhecimento formal torna efetiva a igualdade natural. Os excluídos sociais não são reconhecidos juridicamente como desigualdade do direito e se exporta para o terreno das políticas públicas a responsabilidade de mitigar a desigualdade natural da sociedade. Sobre os excluídos vigora o paradoxo de uma espécie de estado de exceção não declarado: vivem com direitos fundamentais negados embora não haja um decreto de sua suspensão. Sua existência política só se tornará evidente quando sua condição real se manifeste na condição de vítimas da injustiça social.

A contradição exposta gera uma tensão latente entre a igualdade formal e a condição das vítimas. Ou seja, entre a justiça formal e a desigualdade histórica. Os excluídos não são reconhecidos formalmente pelo direito na sua condição de injustiçados. Eles sobrevivem normalizados no contexto da ordem jurídica. Sua condição normalizada pela igualdade formal os assimila à ordem social como uma espécie de fenômeno natural. A exclusão se naturaliza normalizando os excluídos. Tornando-os parte natural da ordem social. Isso permite atribuir a desigualdade a causas naturais, individuais e não estruturais como a sua falta de empenho, pouco trabalho, sua preguiça etc. O individualismo reaparece como ideologia normalizadora da desigualdade histórica. A normalização individualista os inclui excluindo. A normalização funciona como uma espécie de dispositivo biopolítico que naturaliza a vida excluída como fenômeno inevitável. A administração biopolítica da vida inclui os excluídos numa zona de indistinção jurídica. Nela a vida excluída é incluída formalmente como fenômeno normal. A desigualdade natural não mais é aceita como categoria jurídica moderna, senão como efeito natural que inclui os excluídos como mera vida natural.

3. A liberdade natural é o terceiro elemento da antropologia liberal que condicionou fortemente o sentido da (bo)política moderna. Para os modernos, o indivíduo é naturalmente livre. Este princípio é uma declaração jurídica que permeia todos os Estados de direito. Cabe perguntar, qual a pertinência e o sentido que tem essa liberdade natural?

Para o liberalismo, a liberdade natural se equipara à falta de impedimentos externos da vontade. Ela se identifica com a possibilidade de agir segundo a nossa vontade. Por sua vez, a vontade é tida como um impulso natural perpassado pela liberdade. Liberdade e vontade se identificam no estado de natureza. Por sua vez, considera-se que a vontade natural é egoísta, tende ao interesse próprio por natureza. A única forma de regular socialmente o interesse egoísta da natureza é pelo direito. A lei será o mecanismo regulador da liberdade natural e de de nosso egoísmo natural. Para a liberdade moderna, cumpre-se a máxima: está permitido tudo o que não está proibido. Ainda rege a máxima de que o outro é limite da minha liberdade, pois minha liberdade termina onde começa a do outro.

A hipótese principal da modernidade de que nascemos livres por natureza tem duas leituras possíveis: a) que ninguém é servo de ninguém por natureza; b) que nascemos sabendo ser livres.

A primeira leitura da liberdade natural – ninguém é servo de ninguém segundo a natureza – teve efeitos muito positivos para deslegitimar todas as formas de servidão e vassalagem pré-modernas. Concomitantemente, criou o marco político e jurídico das liberdades sociais modernas (reunião, opinião, deslocamento etc.) como liberdades naturais. A tese da liberdade natural foi decisiva para desconstruir os artifícios ideológicos e políticos que legitimavam a dominação social com proibições legais de caráter autoritário nas sociedades aristocráticas. Esta seria uma conquista da modernidade que também se torna irrenunciável, sob qualquer argumento.

Contudo, a mera liberdade natural implementada pela modernidade, especialmente pelo pensamento liberal nela hegemônico, tem limites graves e está perpassada por paradoxos que deveremos analisar. O liberalismo compatibilizou, desde seus começos, a declaração da liberdade natural com a servidão social: escravidão, desigualdade da mulher, cidadania censitária etc. A liberdade que legitima a dominação parece ser um paradoxo extremo, uma *contradição in terminis* da razão política.

Desde os primórdios da modernidade resultaram evidentes as consequências do reducionismo da liberdade natural quando os mesmos Estados de direito liberais mantiveram e defenderam a escravidão como algo legítimo. Um dos pontos neurálgicos desta contradição se encontra na obra de John Locke, *II Tratado do governo civil*¹³, em que o autor se esforça por mostrar a existência da igualdade natural e a liberdade natural de todos no estado de natureza. Fez da propriedade o elemento natural constitutivo da na-

¹³ Cabe lembrar que Locke foi um dos principais teóricos do constitucionalismo moderno. Assessor das companhias comerciais da City de Londres, e de Lord Ashley Cooper, Primeiro Conde de Shaftesbury, grande proprietário de terras na então província Carolina do Norte, para a qual Locke escreveu o esboço da sua constituição, que inspiraria a própria constituição dos EEUU. O próprio Locke era acionista de uma das principais companhias de tráfico de escravos da Inglaterra, o que o tornou um homem riquíssimo ao final de sua vida.

tureza humana. No capítulo IV da mencionada obra, *Da escravidão*, afirma que a liberdade natural, sendo um direito inalienável da natureza humana, pode ser trocada pela servidão quando alguma pessoa tenha perdido de forma legítima o direito à vida. Nesse caso, livremente poderá trocar a condenação à morte pela servidão voluntária. “Tal é a perfeita condição da escravidão, que nada é senão o estado de guerra continuado entre conquistador legítimo e cativo”¹⁴. O exemplo de Locke mostra que a liberdade natural é facilmente abstraída da condição histórica dos sujeitos, o que a torna um princípio formal do direito que, sendo importante, se torna insuficiente para aferir as dominações históricas a que se encontram submetidas as vítimas da injustiça.

Num outro aspecto, a liberdade moderna é considerada um elemento inato da natureza humana. Uma espécie de pulsão inerente à natureza que o indivíduo exerce de forma espontânea. O princípio de que todos nascem livres se interpreta no sentido de que todos sabem ser espontaneamente livres. A espontaneidade seria a característica dominante da liberdade liberal. A vontade individual sabe ser espontaneamente livre e se exerce de modo natural como se uma função biológica fosse¹⁵.

Ao naturalizar a liberdade, opera-se uma abstração pela qual se isola a liberdade da condição histórica do sujeito. Dessa forma, a liberdade se torna uma categoria metafísica e não histórica. Especialmente, o naturalismo liberal identifica liberdade com vontade. Livre é aquele que faz a sua vontade¹⁶. Por sua vez, a vontade do sujeito facilmente se identifica com aquilo que ele quer: o desejo. Essa triangulação (desejo/vontade/liberdade) leva facilmente a identificar a liberdade com a realização dos desejos. O indivíduo mais livre seria aquele que realiza mais desejos. Desse modo, o naturalismo confere um espontaneísmo endógeno ao desejo do sujeito pelo qual se sente livre quando realiza o que quer. O querer, o desejar e a liberdade são o fio que tramam a essência da vontade natural. Nessa triangulação é convocada a razão para mediar, com maior ou menor intensidade, o domínio sobre os desejos, porém sempre de forma insuficiente ou absolutista¹⁷.

Ao identificar desejo com liberdade, o liberalismo não se pergunta pela origem e constituição do desejo humano, pois o considera um instinto natural. Aqui jaz uma

¹⁴ LOCKE, John. *II Tratado do governo civil*. São Paulo: Martin Fontes, 2001, p. 404.

¹⁵ Cremos muito pertinente a crítica que E. Levinas faz à pretendida espontaneidade da vontade individualista: “A crítica da espontaneidade gerada pelo fracasso que põe em questão o lugar central que o eu ocupa no mundo, supõe portanto um poder de reflexão sobre o seu próprio fracasso e sobre a totalidade, um desenraizamento do eu arrancado a si e vivendo no universal” Idem. *Totalidade e infinito*. Lisboa: Ed. 70, 2000, p. 70.

¹⁶ Ainda a crítica de Levinas pontua bem os limites da visão liberal da liberdade: “A existência em realidade não está condenada à liberdade, mas é investida como liberdade. A liberdade não está nua. Filosofar é remontar aquém da liberdade, descobrir a investidura que liberta a liberdade do arbitrário. O saber como crítica, como subida aquém da liberdade, só pode surgir num ser que tem uma origem aquém de sua origem, que é criado” LEVINAS, Emmanuel. Op. cit., p. 71-72.

¹⁷ Hannah Arendt tem um interessante estudo sobre a liberdade em que coloca a questão sobre a causalidade natural ou social de nossa liberdade, dizendo que: “Kant salvou a liberdade deste duplo ataque: porque distinguiu entre razão pura e razão prática, cujo centro é o livre arbítrio (...) Essa solução vale pouco para eliminar a maior e mais perigosa das dificuldades, ou seja, que se o pensamento mesmo, em sua forma teórica como em sua forma pré-teórica, faz desaparecer a liberdade...” Idem *Entre el pasado y el futuro*. Barcelona: Península, 1996, p. 229-230.

das principais contradições da liberdade liberal. O desejo, longe de ser espontâneo ou natural, é simbólico e social. A vontade do indivíduo não existe de forma natural, abstrata ou metafísica, ela é historicamente constituída. O desejo da vontade é um produto simbólico complexo urdido pelas significações históricas. Pode-se inclusive se dar o paradoxo de que se alguém tivesse a capacidade de induzir o desejo de outro. Nesse caso, aquilo que o outro desejasse seria percebido por ele como um exercício espontâneo da sua liberdade enquanto, sem perceber, estaria se sujeitando à vontade do outro¹⁸. Ao realizar seu desejo (ainda que induzido externamente), o indivíduo se sente livre, quando de fato se submete à vontade alheia. Um indivíduo cujo desejo fosse induzido por uma instância heterônoma viveria o paradoxo de que quantos mais desejos realiza, mais livre se sente, embora esteja sendo governado por outros. Este é o princípio do que Foucault denominou de *governamentalidade* biopolítica¹⁹. Governar é governar a natureza dos outros, o que significa administrar sua liberdade. A administração da vontade dos outros, de forma livre, encontra na produção e na condução dos desejos um dispositivo biopolítico útil e eficiente.

As críticas que fazemos à liberdade liberal não são para negar sua pertinência, mas para mostrar sua insuficiência, seus limites. Como acontecia com a igualdade, a liberdade natural está contaminada pela antropologia individualista. Seu naturalismo a torna uma categoria abstrata, metafísica, fora das condições históricas dos sujeitos. Nesta equivalência, a liberdade natural se torna facilmente uma liberdade formal. Uma liberdade reconhecida pelo direito, garantida pelas leis como algo espontâneo que todos herdamos ao nascer e exercemos de forma instintiva, porém longe da condição histórica dos sujeitos que a vivem ou padecem. No ápice de sua utilidade, a administração da liberdade se torna o método de governo biopolítico da população.

O vazio comunitário e a função imunitária do direito

4. A análise anteriormente esboçada nos permite contextualizar a crítica ao modelo de justiça e ao papel do direito nas sociedades modernas. O formalismo faz do direito o instrumento da produção social da ordem, identificando o direito com a ordem. Toda ordem social se constitui como ordem legal. Direito e ordem, desde a perspectiva formal, tendem a se identificar como similares. Desde a perspectiva do indivíduo em estado de natureza, a sociedade se torna uma construção artificial necessária para a sobrevivência dos indivíduos, porém não constitutiva da sua natureza. A fossa que separa o indivíduo natural da ordem social é preenchida pelo direito. O antagonismo natureza–sociedade delineado pela antropologia individualista é costu-

¹⁸ GUATTARI, Félix. *Revolução molecular: pulsações políticas do desejo* 3ª ed. São Paulo: 1987; MONZANI, Luiz Roberto. *Desejo e prazer na idade moderna*. Campinas: Unicamp, 1995

¹⁹ O neologismo governamentalidade, diferenciado do conceito de governabilidade, foi acunhado por Foucault para designar as técnicas de governo dos outros implementadas pelo Estado moderno, que são técnicas bipolíticas de administração da vida humana. “A ideia de um governo dos homens que pensaria antes de mais nada e fundamentalmente a natureza má dos homens, a ideia de uma administração das coisas que pensaria antes de mais nada na liberdade dos homens, no que eles querem fazer, no que têm interesse de fazer, no que eles contam fazer, tudo isso são interesses correlativos” Idem. *Segurança, território e população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 64.

rado, sempre artificial e fragmentariamente, pelo direito. Por isso qualquer ordem fora do direito estabelecido é considerada inadmissível ou subversiva.

A visão liberal carrega algumas graves contradições entre elas e o esvaziamento do sentido comunitário das relações sociais. O individualismo liberal esvazia de forma radical (natural) a comunidade daquilo que lhe é constitutivo, o *mínus*. O que institui o comum da comunidade é o *mínus*. O que há de comum (*cum*) entre os sujeitos de uma comunidade é a relação de dever para com o outro (*mínus*). Um dever que não é imposto por um dispositivo artificial externo, senão que emana da própria relação de reconhecimento do outro²⁰. O *mínus* é uma relação de dever na forma de *dom*, *agradecimento*. Um *dom* que é concomitantemente agradecimento e dever. Através do *dom* o sujeito se reconhece perante os outros com uma obrigação agradecida ou com um agradecimento obrigado²¹. O *mínus* une os membros da comunidade numa mútua reciprocidade pela qual se reconhecem como comunidade pelo dever para com os outros. Este dever é recíproco e por ele os outros reconhecem também a obrigação que lhe devem. O individualismo liberal, através do artifício do estado de natureza individualista, esvaziou a comunidade do *mínus*. Em seu lugar colocou o interesse próprio.

Através do *mínus* o sujeito se doa para o comum, expropria-se do próprio para encontrar no comum aquilo que o realiza como sujeito. A dimensão comunitária afirma o sujeito para expropriação de si para os outros pela qual faz do comum seu limiar de referência. O indivíduo liberal se afirma pela propriedade, pela sua capacidade de apropriação do que é comum. O comum é expropriado pelo interesse individual como um direito natural. A subjetividade individualista existe fazendo próprio o que é comum. A sua identidade liberal se define pelo ato de apropriação²² sem perceber que nesse ato se expropria a comunidade daquilo que a constitui: o dever para com o outro.

A comunidade desapropriada daquilo que a caracteriza, o *mínus*, torna-se uma comunidade artificial, vazia do comum, uma comunidade sem comum-idade. No lugar do *mínus*, a apropriação liberal colocou uma relação de *imunização* do outro. O outro não mais é aquele ao que me vincula um dever de reconhecimento, mas um estranho do que devo me precaver. Na sociedade liberal a relação comunitária é substituída por uma relação imunitária. O indivíduo liberal se considera imune a qualquer obrigação natural para com o outro. O que lhe obriga, concomitantemente, a perceber no outro um entrave de sua liberdade, um inimigo potencial do que se deve precaver. O interesse próprio obriga o indivíduo a imunizar-se do outro. A relação imunitária traça um novo perfil da bipolítica moderna. A desconfiança natural, o acirramento da competição selvagem, a exacerbação do interesse próprio, a hipertrofia do medo, são componentes da biopolítica imunitária moderna.

²⁰ Seguimos neste ponto a obra de ESPOSITO, Roberto. *Communitas. Origen y destino de la comunidad*. Buenos Aires: Amorrurtu, 2003, p. 21-49.

²¹ ESPOSITO, Roberto. Op. cit. p. 28.

²² É extremamente esclarecedor sobre a relação natural que, segundo John Locke, vincula a propriedade com a pessoa. LOCKE, John. "Da propriedade". In: *Id II Tratado do governo civil*. São Paulo: Martin fontens, 2001, p. 405-429

A biopolítica imunitária contamina o indivíduo liberal na dupla dimensão. O faz imune a qualquer dever natural para com o outro. E inocula nele as estratégias para se imunizar contra os instintos egoístas dos demais. Essa dupla condição imunitária do indivíduo moderno contamina todas as relações sociais ao ponto de tornar a sociedade moderna uma comunidade vazia do comum e contagiada pelo instinto imunitário do próprio²³. À medida que se aprofundam os traços do individualismo natural e suas conseqüências sociais, a dimensão comunitária das sociedades modernas se esvazia de sentido. É uma sociedade sem *múnus*, portanto sem dever de reconhecimento para com o outro.

A sociedade moderna, ao substituir o *múnus* do comum pela imunização do próprio, desencadeou um processo de autodeslocamento do social para o individual. O resultado é a negação da responsabilidade natural pelo outro e a diluição dos laços sociais. A condição imunitária que o naturalismo liberal inoculou nas relações sociais contém uma força centrífuga que, se abandonada a essa dinâmica, conduz inexoravelmente à autodestruição. Como evitar que a força centrífuga da imunização do outro venha a destruir fatalmente a sociedade? Esta questão foi “solucionada” ao fazer do direito o vínculo contratual das relações humanas, e da força a garantia última desse direito. A força do direito veio a substituir, numa sociedade imunizada, o *múnus* do dom comunitário. O dom do dever que faz sentido na comunidade é substituído pela força da lei que institui a obrigação do contrato. O direito moderno foi conclamado a ocupar o vazio do *múnus* impondo o dever pela força²⁴.

Numa sociedade imunitária, o direito é conclamado a invadir mais e mais as esferas da vida com intuito de regulamentar os comportamentos individuais. Desprovidas do *múnus*, as relações se tornam cada vez mais jurídicas, formais, contratuais, e menos comunitárias. O reconhecimento do dever para com o outro (próprio do *múnus*) é suprido pela prescrição legal imposta pela força. O direito, contaminado pelo caráter imunitário do eu moderno, só pode existir como imposição e força. A relação do direito moderno inverte a relação comunitária: “Já não é ‘como eu tenho obrigações, os outros terão direitos’, mas ‘como eu tenho direitos, os outros terão obrigações’”²⁵. Para garantir o direito, no lugar do dever relacional para com o outro, invoca-se a força. A força, desdobrada em violência do direito quando necessário, tornou-se a argamassa política que mantém unida a frágil coesão das relações sociais modernas. A imunização contamina de violência as relações sociais, fazendo do direito o único meio que resta para a sociedade não derivar num estado de guerra total. No mundo da vida, as relações sociais estão cada vez mais contaminadas pelo vírus da imunização contra o outro, o que as torna

²³ Roberto Esposito chega a afirmar a tese que: “essa categoria (imunitas) adquire tanta relevância que se a pode tomar como chave explicativa de todo o paradigma moderno...” Id., op. cit., p. 39

²⁴ “Contudo, ainda antes que com as formas do ordenamento, o direito está em relação direta com a vida mesma da comunidade. Neste sentido primeiro e radical deve entender-se seu rol imunizador (...) Dado que a relação y a alteração não são uma possibilidade patológica, mas a forma original da comunidade, isso significa que o direito, ao imunizá-la, a inverte, tornando-a seu oposto. Desde esta perspectiva se por fim se faz claro o nexu negativo que une a comunidade ao direito.” ESPOSITO, Roberto. *Immunitas. Protección y negación de la vida*. Barcelona: Amorrurtu, 2005, p. 35.36

²⁵ ESPOSITO, Roberto. Op. cit., p. 38

frágeis, instáveis, voláteis. Os indivíduos, ao imunizar-se do outro, se percebem cada vez mais isolados em si mesmos. Os outros se tornam, de fato, alguém contra quem devem defender-se. Para se defender, invoca-se o direito e sua força. Já que ninguém está a salvo do instinto imunizador de apropriação do outro, apela-se para o direito e sua força como única garantia da imunização definitiva. O direito, no contexto da biopolítica imunitária, se tornou algo paradoxal. Ele parece ser a única forma de, defendendo o meu interesse próprio, me defender do interesse do outro. Quando a comunidade se esvazia do *múnus*, o único que resta é o indivíduo se imunizando do outro.

É notável a crítica que Walter Benjamin fez à cumplicidade criada entre o direito e a violência²⁶. Sendo a violência inerente ao ato fundacional de qualquer ordem social, o direito faz da violência o meio legítimo de justificar-se como ordem. Num segundo momento, uma vez estabelecida a ordem, o direito a preserva pelo uso da força. Não é objetivo deste trabalho comentar a tese de Benjamin a respeito da relação entre violência e direito²⁷, mas observar a vinculação que a (bio)política moderna entre o direito, a ordem e a violência.

O *múnus* comunitário é, em primeira instância, uma relação ética. Ela instaura o reconhecimento do outro como um princípio relacional. As sociedades que criaram e mantêm fortes relações éticas, precisam de menos prescrições jurídicas para efetivá-las. À medida que o interesse próprio contamina as relações sociais, o contrato deve reforçar-se como garantia jurídica frente ao outro. Há uma relação de proporcionalidade inversa entre o reconhecimento ético do outro e a regulamentação jurídica da vida. Em sociedades em que o dom e a dádiva ocupam amplos espaços do *ethos* cultural, o contrato obrigatório e a prescrição legal se tornam menos necessários²⁸. E, vice-versa, quando o interesse próprio invade as esferas da vida, estas devem ser regulamentadas legal e contratualmente para defender-se do interesse dos outros.

O individualismo moderno, ao fazer do outro uma opção da vontade do eu, criou um vácuo ético. Este mais se alarga quando mais se acentua o naturalismo do interesse próprio. A pulsão naturalista do interesse próprio torna o outro um objeto útil, que reduz a alteridade do outro a um objeto de cálculo. A biopolítica moderna articula estes dois elementos (utilitarismo e objetivação da vida humana) como componentes essenciais das novas formas de governo. Para que a maximização do interesse próprio de cada indivíduo não destrua a sociedade, invoca-se o direito. A modernidade reinventou o significado político do contrato para preencher o vácuo do vazio ético deixado pela falta de *múnus* comunitário. Quanto mais se vazia a relação ética, mais se devem reforçar as obrigações contratuais²⁹.

²⁶ BENJAMIN, Walter. *Crítica da Violência, Crítica ao Poder*. São Paulo: Ed. Cultrix, 1986.

²⁷ Desenvolvemos um comentário crítico ao texto de Walter Benjamin, RUIZ BARTOLOMÉ, Castor M. M. *Justiça e memória. Por uma crítica ética da violência*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 87-112.

²⁸ Destacamos o estudo que Marcel Mauss fez sobre o papel da dádiva em sociedades tradicionais, dispensando a obrigatoriedade legal e o uso da força. MAUSS, Marcel Ensaio sobre a dádiva. Forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. In: _____. *Sociologia e Antropologia*. v. II. São Paulo: Edusp, 1974.

²⁹ É neste sentido político que poderemos entender a máxima de Sto Agostinho: “ama e faz o que quiseres”, ou ainda a crítica teológica que São Paulo faz à lei como a causadora da culpa e do pecado. (Rm,7). Sobre este ponto cf. AGAMBEM, Giorgio. *El tiempo que resta. Comentario a la carta a los romanos*. Madri: Trotta, 2006.

O procedimentalismo jurídico, a (in)justiça e a invisibilidade das vítimas

5. O direito identificado com a ordem faz da justiça procedimental o médio de sua preservação. Neste marco a justiça facilmente tende a ser identificada com o mero cumprimento da lei. Por sua vez, a injustiça é compreendida como transgressão da ordem: uma mera ilegalidade. Justiça, lei e direito se coadunam para legitimar a ordem. Por sua vez, a ordem legítima com justos o direito e a lei que a instauram e defendem. Essa combinação parece encerrar numa compreensão endógena todas as interpretações cabíveis dos conceitos. Como consequência, o conceito de justiça derivado da teoria liberal do direito encontra-se contaminado pelo formalismo. Este paradigma tende a identificar a justiça com o procedimento. Ministar justiça equivale a observar os procedimentos corretos estabelecidos pelo direito. Justiça e procedimento se equiparam. O justo da justiça moderna é aferido da correção dos procedimentos, tornando-os a garantia da justiça. Sua ênfase está nos princípios formais, universais e necessários que garantam os procedimentos considerados justos³⁰. Figuras filosóficas como o consenso procedimental correto ou o véu da ignorância são propostos a modo de abstrações metajurídicas que permitiriam deduzir do universal para o particular os procedimentos corretos da justiça.

Na lógica procedimental, as vítimas, embora sejam o efeito imediato da injustiça, ficam em segundo plano, estão ausentes ou simplesmente são invisíveis. A injustiça procedimental é tipificada como um ato ilegal que fere a lei e a ordem. Neste caso, qualquer forma de reparação da injustiça se destinará a reparar, em primeiro lugar, a lei e a ordem transgredidos e não as vítimas violentadas.

Neste modelo procedimentalista da justiça, o sistema penal foi criado, em primeira instância, para preservar a lei e proteger a ordem social, e não para reparar o mal feito às vítimas³¹. As penas visam castigar aquele que violou a lei porque colocou em perigo a ordem³². As vítimas da injustiça apenas são contempladas como objeto secundário da justiça procedimental. Elas são o motivo que deslancha o sistema punitivo, mas não o objeto principal da justiça. O paradoxo é que em muitos casos se comentem injustiças que não são tipificadas como delitos pela lei. O caso paradigmático é a escravidão moderna. Segundo o direito da ordem estabelecida, era delito acobertar a fuga dos escravos, mas não vendê-los como mercadoria. O mesmo correlato podemos aplicar à criminalização das greves operárias e à defesa do direito de repressão do Estado e do capital, à criminalização da rebeliões anticonolialistas e, defesa do direito a colonizar outros povos etc.

³⁰ Rawls, que tem a louvável intenção de se contrapor às teorias utilitaristas, ao formular sua visão da justiça procedimental não pode por menos que concluir: "A justiça formal é a obediência ao sistema". RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 62.

³¹ São amplamente elucidativos os estudos de Loïc Wacquant sobre a função que o sistema penal tem no capitalismo como dispositivo de controle social dos excluídos e suas potenciais ameaças à ordem que os fabrica. O sistema penal funcionaria como um dispositivo biopolítico que controla a mão de obra excedente que se tornou perigosa ao transgredir a lei. Idem. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia; Freitas Bastos, 2001; Idem. *Os condenados da cidade: estudos sobre a marginalidade avançada*. Rio de Janeiro: Revan-FASE, 2005.

³² Conferir também ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Uma vez mais cabe explicar que a crítica que tecemos à justiça procedimental não invalida sua importância. Pelo contrário, há de se reconhecer a aplicação do procedimento justo como essencial para ministrar qualquer forma de justiça. Os longos séculos de justiça procedimental serviram para aprimorar os princípios corretos para aplicação da justiça. Estes são necessários e constitutivos de qualquer sistema judiciário que pretenda fazer justiça. A nossa crítica não pretende invalidar a justiça procedimental, mas apontar os seus limites e mostrar suas insuficiências. A tese que propomos é que o justo da justiça não está no procedimento, mas em relação à alteridade das vítimas negada pela injustiça. O procedimentalismo da justiça é importante, mas poderíamos resumir seus limites em três pontos:

- a) O procedimento correto é essencial para ministrar justiça, porém é insuficiente para definir o que é justo;
- b) O justo da justiça não pode ser aferido do procedimento nem dos princípios formais que legitimam a justiça procedimental. A justiça é correlativa à injustiça, como consequência a alteridade das vítimas da injustiça.
- c) A justiça procedimental é necessária para aplicar com correção a lei, porém o objetivo principal da justiça não deve ser repor a lei e a ordem, mas reparar a injustiça cometida contra a vítima. A preservação da lei e a ordem devem ser consequências secundárias e derivadas da reparação devida às vítimas. Se a lei e a ordem estabelecidas impedem uma justa reparação das vítimas, ficam deslegitimadas como lei e ordem justas. O critério de justiça deve ser aferido da alteridade humana, especialmente a alteridade negada das vítimas da injustiça, e não de meros princípios formais.

A alteridade humana tem uma dimensão de universalidade paradoxal. Sendo um critério universal, só pode ser aplicado de forma histórica. A alteridade humana é sempre histórica e concomitantemente universal. Esta tensa coimplicação entre historicidade e universalidade faz da alteridade humana um critério irreduzível ao formalismo dos princípios, mas também não pode ser dissolvido pelo relativismo ético ou cultural, como explicaremos na continuação.

Uma justiça a partir das vítimas

6. A crítica aos princípios filosóficos que legitimaram a justiça procedimental foi feita desde muitas perspectivas. Ainda no século XVIII, Rousseau já soube apontar com precisão algumas das incoerências que a antropologia liberal pregava. O estado de guerra natural proposto por Hobbes não se explica quando confrontado com o sentimento que Rousseau denominou de “piedade natural”³³. A tese da legitimação da escravidão pela guerra justa proposta por Grocio e Locke é amplamente criticada por

³³ “Tal é o simples movimento da natureza, anterior a toda reflexão. Tal é a força da piedade natural, que os costumes mais depravados ainda têm dificuldade em destruir, pois vemos todos os dias em nossos espetáculos gente se enternecer e chorar pelas desgraças de um infeliz”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso Sobre a Origem da Desigualdade entre os Homens*. São Paulo: Escala, 1997, p. 49.

ele no Contrato Social³⁴. Contudo, Rousseau manteve uma forte marca naturalista e individualista na análise do sujeito. O sujeito, pensado por Rousseau como naturalmente bom e corrompido pela sociedade, ainda manteve o dualismo entre sujeito e sociedade, entre o eu e o outro, entre subjetividade e alteridade. Este dualismo tem seu ponto inicial na ideia de indivíduo natural, raiz do individualismo moderno.

Este individualismo natural levou-o a forjar uma teoria do contrato social em que a lei se impõe a partir de uma vontade geral universal que paira sobre as vontades particulares. O indivíduo de Rousseau não é naturalmente egoísta, mas está naturalmente individualizado³⁵. O outro continua sendo, para Rousseau, um apêndice de sua vontade. O direito é o recurso que resta instaurar uma relação contratual em que a lei é a referência da justiça e a desobediência da lei se torna mais grave porque desobedece à vontade geral que supostamente representa toda lei. A justiça fica diluída na lei, as vítimas não são percebidas como referência primeira.

Karl Marx, entre outros, também teceu sérias críticas ao modelo individualista que fundamenta o direito moderno. Na sua obra *A questão judaica* critica o que ele denomina de caráter burguês dos direitos humanos³⁶. A filosofia liberal encerrou o sujeito num individualismo endógeno ainda reforçado pela defesa da propriedade privada. Indivíduo e propriedade convergem na origem e nos fins da compreensão moderna do sujeito. Marx critica a distinção entre homem e cidadão feita pela declaração francesa dos “direitos do homem e do cidadão”. Esta distinção corrobora que a diferença entre o mero homem e o cidadão é a propriedade. A legitimação dos direitos humanos feita pela burguesia não tem outro objetivo senão defender a propriedade dos cidadãos. Marx critica o individualismo liberal por ser uma forma artificial de separar as pessoas. A liberdade liberal aparece uma mera preservação de si frente aos interesses dos outros. A relação individualista “faz que todo homem encontre nos outros homens não a realização de sua liberdade, mas, pelo contrário, a limitação desta”³⁷. Os conceitos de igualdade e segurança elencados pelo liberalismo também se encontram contaminados pelo vírus da defesa da propriedade. A igualdade é criticada por Marx por ser meramente formal e a segurança que se defende com o direito natural é o direito a segurar os bens, em primeiro lugar.

A crítica de Marx detectou com precisão algumas das principais contradições do conceito de justiça liberal, em especial nos princípios antropológicos do individualismo e sua relação com a propriedade. Contudo Marx fez uma crítica global ao direito, reduzindo-o a mera superestrutura ideológica determinada pelas relações de produção. Com isso, deixou de perceber as possibilidades políticas emancipatórias que o direito tem.

³⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social: ou Princípios do Direito Político*. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 61-66

³⁵ Paradoxalmente, Rousseau, ao criticar as teses da violência natural e defender o sentimento de piedade natural, cita Locke, com ele concordando que: “Porque, segundo o axioma do sábio Locke, ‘não poderia haver injúria onde não há propriedade’”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso Sobre a Origem da Desigualdade entre os Homens*. São Paulo: Escala, 1997, p. 62-63.

³⁶ MARX, Karl. *A questão judaica*. São Paulo: Centauro, 2003, p. 34.

³⁷ MARX, Karl. *A questão judaica*. São Paulo: Centauro, 2003, p. 36.

7. A tentativa de construir uma teoria da justiça a partir das vítimas tem uma certa tradição filosófica que não podemos explorar aqui em sua totalidade. Como viemos analisando, o desafio que nos cabe é, na contracorrente da modernidade e de sua lógica biopolítica, pensar uma justiça a partir de alteridade humana, uma justiça do outro, uma justiça da vítima. Mas o que entendemos por vítima?

Num primeiro momento temos que elucidar que a vítima como todo que é humano não é axiologicamente neutra, ela é paradoxal. A vítima, no sentido subjetivo, não é sinônimo de bondade natural. A vítima não é boa por natureza, nem está na condição de vítima por ser moralmente boa, mas por ter sofrido injustiça. É a injustiça que constitui a vítima, independente dos atributos morais subjetivos que esta tenha. Inclusive o aspecto subjetivo da vítima pode ser explorado de forma perversa pela própria vítima. Já Nietzsche alertou sobre as artimanhas possíveis das vítimas para tirar vantagem de sua condição³⁸. É o que poderíamos denominar de vitimismo ou vitimose, provocada pela própria vítima, diferente da vitimação que provoca as vítimas. A vítima pode se valer de sua condição para nela permanecer e ainda conseguir vantagens, ajudas ou apoios que perderia se sáísse de sua condição de vítima. Ainda pela vitimose, se utiliza de sua condição de vítima para inocular a culpa nos outros com intuito de manipular, dirigir ou obter poder sobre eles. A vitimose é um subterfúgio para culpar os outros, fazendo da culpa um poderoso mecanismo de manipulação das consciências alheias. A vítima pode cultivar essa condição como meio para chamar a atenção sobre si e conseguir determinados objetivos. A vitimose é uma possibilidade real, embora não esgote, nem sequer identifique, a condição da vítima³⁹.

Explorando as possibilidades do vitimismo, ainda a vítima pode reclamar essa condição subjetiva para esconder sua falta de competência, sua inépcia ou ainda sua falta de vontade para ser mais. Pode dizer-se vítima dos outros para justificar sua incapacidade pessoal e evitar ser responsável de sua própria situação. A vítima pode dizer-se vitimada para ocultar seu despreparo. O incompetente pode se fazer de vítima para legitimar sua falta de aptidão. A incompetência encontra na vitimose um albergue seguro para desculpar a sua falta de idoneidade. Todavia, os próprios erros podem ser camuflados sob o reclamo subjetivo de vítima: é fácil dizer-se vítima dos outros para ocultar a própria falta de vontade ou os deslizes cometidos. Com isso, a utilização ardisosa da condição de vítima pode criar um complexo de culpa nos outros, fazendo-os responsáveis de algo que cabe a ela mesma assumir.

Apesar de todas as utilizações perniciosas possíveis da condição de vítima, esta deve ser desvinculada da marca da passividade que dá origem a muitas atitudes paternalistas. A vítima não necessariamente é uma coitadinha sem vontade ou sem de-

³⁸ “Tudo isso quer dizer: ‘Nós os débeis não somos capazes de sair de nossa debilidade; não façamos, pois, nada, que não possamos fazer’. Esta amarga prudência, que até o inseto possui (o qual, em caso de perigo, se faz de morto), tomou o pomposo título de virtude, como se a debilidade do débil – ou seja, sua ausência de atividade, toda sua realidade única, inevitável, indelével – fosse um ato livre, voluntário, meritório”. NIETZSCHE, Frederico. *Genealogia de la moral*. Bogotá: Yhema, 2002, p. 33.

³⁹ Este é, a nosso ver, o maior erro de Nietzsche, ter considerado as artimanhas subjetivas de algumas vítimas a condição real de toda vítima. Com isso, seu pensamento resulta tendencioso e até insultante contra as vítimas, já que a maioria vive nessa condição como o resultado indesejado da injustiça sofrida e lutam para dela sair.

cisão própria levada a essa condição por não ter alternativas. A vítima não é vitimada porque não soube se opor à injustiça, pelo contrário, muitas vezes é vitimada pela sua coragem, determinação e compromisso militante. A vítima não é um mero paciente que sofre passivamente as consequências da injustiça, ela pode ser vítima da injustiça por ser agente ativo do compromisso transformador, por se insurgir contra as condições injustas, por não calar ou baixar a cabeça. A vítima pode chegar a tal condição por sua atitude ativa e militante de confronto com a injustiça⁴⁰. Vítima não é sinônimo de atitude paciente ou passividade.

O sentido de vítima que propomos vai além da casuística particular. A vítima existe sempre de forma objetiva em correlação a uma injustiça sofrida. Se não há injustiça, não existe vítima. E vice-versa, quando se comete injustiça se provoca necessariamente vítimas. Há uma objetividade na condição da vítima que independe de qualidade moral de sua pessoa, ela é vítima porque sofreu injustiça. A injustiça fabrica as vítimas, sendo a vítima seu resultado necessário. Se não há injustiça, não há vítima, no sentido objetivo que propomos. Toda injustiça, por ser tal, gera necessariamente vítimas. A vítima carrega em si o fardo objetivo da injustiça cometida contra ela. A gravidade de sua condição de vítima será proporcional ao tamanho da injustiça contra ela cometida. Por sua vez, a dimensão da injustiça se percebe pelo impacto provocado nas vítimas. Injustiça e vítimas existem de forma correlativa e necessária.

Para contrapor a objetivação biopolítica da vida humana e sua redução a mero recurso a ser governado, propomos a vida humana como critério irredutível de justiça. A vida humana, trazida pela biopolítica para a arena do poder, adquiriu a potencialidade de se insurgir contra os dispositivos que a controlam ao se propor como critério ético deslegitimador de todas as formas de normalização utilitarista.

Justiça e alteridade das vítimas

8. Não há injustiça contra objetos, nem contra as instituições ou leis em si mesmas. A injustiça sempre se comete contra a alteridade humana. A injustiça é correlativa à alteridade humana⁴¹. O que define se um ato é justo ou injusto é, fundamentalmente, o modo como atinge o ser humano, sua dignidade. O critério da justiça é sempre ético, antes que procedimental. Ética é o reconhecimento da alteridade humana como critério político do bem e do justo. Todos os valores são relativos, entanto se referem às coisas, só a justiça tem um caráter absoluto porque afeta à alteridade humana. O caráter absoluto da justiça não é naturalista, é histórico. Nós conferimos essa valoração a partir da alteridade humana. A historicidade da justiça e sua relação relativa à alte-

⁴⁰ Sobre este ponto há controvérsias a respeito da denominação de vítimas para muitos dos reprimidos pela última ditadura militar brasileira (1964-1984) Cf. PIRES, Cecília. "Memória e subjetividades". In: RUIZ, Castor M. M. Bartolomé (org.) *Direito a justiça, verdade e memória. A condição humana nos estados de exceção*. São Leopoldo: Leiria, 2010, p. 117-134.

⁴¹ Esta é a conclusão a que conduz o pensamento de Levinas e sua crítica à ontologia do eu que tenta deduzir a justiça de princípios formais da razão e reduzir o outro a conceitos e pressupostos teóricos: "em vez de ver na justiça e na injustiça um acesso original a Outrem, para além de toda ontologia". LEVINAS, Emmanuel. Op. cit., p. 75

ridade humana é uma decisão ética dos sujeitos, e não um imperativo categórico da natureza. Contudo, se o limiar da alteridade humana for transgredido ou diluído sob a argumentação do relativismo histórico, deslizaremos inexoravelmente para o terreno da violência em que força se torna o direito e a barbárie impera como justiça dos fortes.

Já Aristóteles, no seu livro VI da *Ética a Nicômaco*, reconhecia que a justiça é uma virtude paradoxal, pois é a única que existe relativamente a um terceiro. A justiça não existe em relação ao sujeito, mas para o outro. Ninguém se faz justiça a si mesmo, a justiça é devida ao outro⁴². O justo ou o injusto não é uma dedução de *a priori* racionais. Sob a argumentação da racionalidade e do naturalismo é possível justificar muita barbárie, como a história nos mostra. O justo da justiça também não é fruto do consenso da maioria, afinal, a maioria da sociedade brasileira ou estado-unidense era a favor da escravidão negra e indígena por considerá-los inferiores. Nem sempre o mero consenso dos próprios afetados é suficiente para definir a justiça de um ato, como comprova o caso contemporâneo das mulheres que se consideram naturalmente inferiores ao varão e a eles permanecem submissas por consentimento próprio.

Numa outra vertente epistemológica e como bem tentaram ponderar muitos autores contemporâneos, a justiça não é simplesmente relativa a cada cultura. Confinar a justiça ao relativismo de cada cultura significaria aceitar que a barbárie de uma cultura é justa em outra. Sendo tudo relativo a cada cultura, tudo é permitido entanto a cultura assim o aceitar⁴³. A tensão intercultural de aceitar as diferenças e não julgá-las a partir do próprio tem o limite na alteridade humana. A pergunta: o que é tolerável ou intolerável numa cultura?⁴⁴ Resposta: aquilo que afeta ou não a alteridade humana. Há muitos exemplos a respeito, e um evidente poderíamos encontrar no caso da circuncisão masculina e feminina. A circuncisão masculina em nada afeta a alteridade da pessoa, sua dignidade em nada é afetada por esse costume, que tem um mero valor cultural e religioso. Pelo contrário, a circuncisão feminina afeta profundamente o organismo da mulher, a sua sensibilidade, a sua dignidade. Ao sofrer a circuncisão do clitóris, a mulher é castrada em algo essencial a seu corpo, a sua pessoa de mulher. Ainda que seja um costume cultural ancestral em muitos povos, este ato que atinge e agride a alteridade da mulher é por isso injusto. Por isso é inadmissível, porque violenta algo essencial na alteridade da mulher.

É a condição das vítimas que revela a injustiça. Esta nem sempre se manifesta nos procedimentos formais, nas leis, nos costumes ou nas instituições. Pela dinâmica do poder inerente a toda ordem, as formas institucionais tendem a legitimar seus procedimentos como formas justas de manutenção da ordem a que servem. Essa dinâmica tende a esconder as vítimas e naturalizar sua existência. É a condição das vítimas, sua alteridade humana negada, que denuncia a injustiça contra elas praticada. A alteridade das vítimas denuncia a injustiça da ordem que as fabrica. Conco-

⁴² “A justiça entendida neste sentido é a virtude completa. Mas não é uma virtude absoluta e puramente individual; é relativa a um terceiro e isto é o que faz que na maioria dos casos seja tida pela mais importante das virtudes.” ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro VI, cap. 1. Madri: Espasa Calpe, 1982, p. 171-172.

⁴³ LIPOVETSKI, Gilles. *O crepúsculo do deber*. Barcelona: Anagrama, 1994.

⁴⁴ MAFESOLI, Michel. *El tiempo de las tribus*, Barcelona, Icaria, 1990.

mitantemente aponta os limites das formas procedimentais da justiça para quem as vítimas permanecem invisíveis.

9. Outro elemento constitutivo da alteridade humana é sua historicidade. A historicidade também perpassa a justiça das vítimas. A injustiça é sempre histórica. Ela atinge pessoas singulares em contextos históricos definidos. A historicidade da injustiça afeta ao modo de entendermos a justiça. A pretensão formalista de enunciar uma justiça universal, com princípios gerais necessários, tem sentido para construir um certo caráter universal dos processos da justiça que garanta uma certa isonomia na elaboração e aplicação das leis. Porém, a pretensão de deduzir a justiça dos procedimentos formais e reduzir a justiça à aplicação dos procedimentos, coage o sentido do justo a um universalismo abstrato que nega a condição histórica da injustiça. Tal abstração limita a justiça formal de poder fazer justiça histórica às vítimas.

A historicidade da injustiça coloca-nos o desafio de pensar meios gerais de administrar justiça para casos particulares. Sem dúvida há de se pensar na necessidade de arbitrar procedimentos gerais para administrar justiça, sob pena de cair na arbitrariedade da vontade de cada juiz. É necessário pensar em procedimentos justos para a criação cumprimento das leis, para que estas não sejam ditadas pela vontade de um soberano. Contudo, o justo não se deduz dos procedimentos legais que fazem ou aplicam as leis. A necessária universalização dos procedimentos tem de ser tensionada pela condição histórica da injustiça sofrida pelas vítimas, sob pena de fazer da justiça um mero instrumento de preservação da ordem. A justiça demandada pelas vítimas há de contemplar a reparação da injustiça sofrida. A reparação exige também um procedimento, contudo este há de ser contextualizado e histórico e não meramente formal. A historicidade da injustiça exige que os procedimentos sejam permanentemente adaptados às realidades das vítimas. Os procedimentos devem adaptar-se à condição das vítimas e não o contrário.

Justiça e temporalidade

10. A historicidade da injustiça também afeta a temporalidade da justiça. A injustiça que não é reparada se perpetua na condição histórica das vítimas. A injustiça, dependendo da sua gravidade, perpassa a história ao ponto de atravessá-la como injustiça histórica. A condição histórica da injustiça presentifica o seu passado na demanda por reparação. A historicidade da injustiça não ficou no passado senão que, quando não é reparada, perpassa o tempo atualizando-se como uma injustiça presente. A temporalidade da injustiça é diacrônica. Ela atualiza o passado na condição das vítimas. A diferença da temporalidade sincrônica do progresso e do racionalismo, a temporalidade diacrônica retém o passado como condição do presente. O passado não passou totalmente, ele se atualiza, e de forma dramática na injustiça histórica das vítimas⁴⁵.

⁴⁵ Walter Benjamin reafirma esta visão nas suas *Teses sobre o conceito de história*, por exemplo na tese 6: “Articular historicamente o passado não significa ‘conhecê-lo como foi’. Significa apropriar-se de uma reminiscência, tal como ela relampeja no momento do perigo.” Id. “Sobre o conceito de história”. In: *Obras escolhidas. Magia e técnica, arte e política*. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1996, p. 224.

Quando a injustiça não é reparada, seu passado se torna uma interpelação para o presente. Ela é um passado que interpela o presente e continua a exigir uma reparação justa. Desde esta perspectiva, o presente se torna responsável pela injustiça histórica sobre a qual forjou sua condição. O contrato não anula o passado, o consenso não apaga as responsabilidades, o véu da ignorância não pode desconhecer a injustiça histórica que se alastra pelo tempo. Ela não pode ser ignorada porque se faz presente, trazendo consigo a desigualdade estrutural. As vítimas da injustiça histórica, quando não há uma reparação digna, se perpetuam por gerações sem que os sucessivos pontos zero contratuais consigam apagar a injustiça sofrida⁴⁶. A historicidade da injustiça traz o acontecimento passado para a porta do presente. A injustiça perpetrada e não reparada se perpetua na história e se atualiza no presente como demanda por justiça. O presente pode esquecer, mas não tem o poder de apagar a injustiça histórica. O presente sobrevive com a dívida da reparação da injustiça histórica⁴⁷.

Toda injustiça que não foi reparada se perpetua, em maior ou menor grau, na condição das vítimas. A injustiça histórica provoca vítimas cuja condição não se apaga pelo passo do tempo, mas se perpetua no tempo⁴⁸. A injustiça histórica perpetua a condição das vítimas, as reproduz no presente como consequência da injustiça passada⁴⁹. A condição histórica das vítimas tende a perpetuar-se no presente como algo natural sobre o qual o presente parece não ter responsabilidade. A injustiça da escravidão, a condição histórica da mulher, as sequelas do colonialismo etc. são alguns exemplos ilustrativos de que a temporalidade da injustiça assombra nosso presente.

O presente, despojado da responsabilidade histórica, tende a fazer do momento atual o ponto zero da história. A modernidade se caracteriza pela crença no progresso racional da história. Tal crença leva a constantes tentativas de reiniciar a sociedade a partir de novos contratos que negam a injustiça histórica. O progresso é o mito da modernidade. O contrato social moderno, a despeito dos aspectos positivos que tem, ao pretender fazer um ponto inicial da história que esqueça o passado, anula de forma autoritária a injustiça histórica presente na condição das vítimas. Estas sofrem as consequências de uma injustiça não reparada que persiste no tempo. O contrato social lê o presente como um progresso inexorável que nega a injustiça histórica das vítimas⁵⁰.

⁴⁶ CF. MATE, Reyes. *La ética ante las víctimas*. Barcelona: Anthropos, 2003.

⁴⁷ Sobre a relação entre história e justiça, cf. RICOUER, Paul. *La memoria, la historia y el olvido*. Barcelona: Trotta, 2003.

⁴⁸ Nesta perspectiva, temos que ler as teses *Sobre o conceito de história*, de Walter Benjamin, por exemplo a tese 7 diz: "...Nunca houve um monumento de cultura que não fosse um monumento de barbárie. E, assim como a cultura não é isenta de barbárie, não é tampouco o processo de transmissão da cultura" Id. "Sobre o conceito de história". In: *Obras escolhidas. Magia e técnica, arte e política*. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1996, p. 225.

⁴⁹ MATE, Reyes. *Memórias de Auschwitz*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2005.

⁵⁰ Na tese 9 de Walter Benjamin ilustra esta concepção com a figura do Anjo da história. Um anjo com olhos esbugalhados, boca dilatada e asas abertas. Olhando para o passado, vê as catástrofes que fundam a história e suas vítimas. Ele gostaria de deter-se para auxiliar as vítimas, mas uma tempestade lhe impede, e lhe impele para o futuro: "Essa tempestade é o que chamamos de progresso". *Ibid.*, p. 226.

Desde a perspectiva das vítimas, fazer justiça não é simplesmente punir o delinquente, senão, primeiramente, reparar o mal feito para as vítimas⁵¹. A justiça procedimental tende a identificar o ato de justiça com o ato de punição. Contudo a punição em si mesma não repara a injustiça feita contra as vítimas, e se aplica como exemplo e castigo para preservação da ordem. A punição visa principalmente reparar a ordem transgredida e só secundariamente repara a vítima injustiçada. O sistema punitivo tende a reparar a agressão institucional e preservar a ordem das transgressões contra ela cometidas, porém raramente faz justiça às vítimas. Sem pretender negar a pertinência de uma certa punição do vitimário, desde a perspectiva das vítimas, a justiça não se faz pelo ato de punir mas pela reparação da injustiça cometida. O ideal da justiça seria poder conjugar uma punição que sirva como reparação da injustiça cometida: utilizar a punição como meio para reparar a condição a que as vítimas foram levadas pela injustiça sofrida. Faz-se justiça quando se repara a injustiça; repara-se a injustiça quando se atende às demandas das vítimas.

A liberdade interpelada

11. Nesta última parte do ensaio retomaremos a crítica ao ponto nevrálgico sobre o que se constituiu a biopolítica do direito moderno: o conceito de indivíduo e sua visão naturalista. A neutralização do uso instrumental da vida humana, inerente ao modo biopolítico de governar, só é viável se tornamos a própria vida humana uma categoria ética com poder de julgar a política. O discurso utilitário da administração eficiente da vida humana há de ser contrastado com a alteridade como referência ética dos dispositivos de poder da política. Ao tornar o outro, a alteridade humana, uma referência ética, a política poderá deixar de tratá-lo como uma categoria formal do direito para se confrontar com a realidade histórica dos sujeitos sociais. Esta via abre a possibilidade de fazer dos princípios formais meios subsidiários do objetivo principal do governo: a justiça do outro.

Ao contrário do que pressupõem as antropologias modernas, o indivíduo não existe em si e por si, mas pela relação. O sujeito existe, desde sua concepção, como sujeito relacional. É na relação e pela relação que constitui sujeito. A relação inerente à constituição da subjetividade anula a pretensa essência natural do estado de natureza. A abertura para a relação torna o sujeito uma obra inacabada de si mesmo: sempre por ser e sempre se fazendo na relação com a alteridade. A subjetividade não existe como essência natural acabada, senão que existe como possibilidade de ser graças à abertura para a alteridade. A abertura e a alteridade não são opções da vontade individual do eu, mas condições de sua possibilidade⁵². O sujeito se constitui como tal pela abertura para o outro. O modo de ser de cada sujeito é resultante das relações históricas que conformaram o modo de ser de sua subjetividade. Não existe uma es-

⁵¹ Sobre este ponto remetemos ao trabalho de MATE, Reyes. "Por uma justiça das vítimas". In Id. *Memórias de Auschwitz*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2005, p. 261-280.

⁵² Neste ponto devemos muito ao pensamento de Emmanuel Levinas. Cf. Idem. LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Lisboa: Ed. 70, 2000.

sência natural acabada do eu a ser desenvolvida de forma espontânea pela vontade do sujeito. Todo sujeito existe necessariamente na abertura para a relação com o outro. O outro me precede e me constitui. A alteridade é a condição de possibilidade de minha subjetividade e não seu limite, como apregoa o liberalismo. O que eu sou se constitui de forma histórica pela relação com os outros. Os outros oferecem-me as possibilidades de ser. O eu não existe fora da relação com a alteridade. Ele se constitui diferente através dela. A abertura para a alteridade me precede, ela é condição de possibilidade de minha própria subjetividade. O eu natural é uma falácia naturalista. Fundamentamos durante séculos nossas instituições em cima dessa falácia, tornando-se o mito fundante de nossas sociedades⁵³.

O que há de universal e necessário em todos os sujeitos é sua abertura para a alteridade. A abertura é prévia à sua vontade e inerente à sua subjetividade. Esta se constitui pela abertura, pela relação com o outro. A vontade não existe de forma natural como essência natural do eu. Ele não pode escolher abrir-se ou não para o outro, pois a alteridade se lhe impõe como condição necessária para existir. A relação com o outro não é um momento segundo do eu natural, ela é prévia à constituição do sujeito e se lhe impõe como necessária. A individualidade de cada sujeito é a resultante das interações que o mesmo manteve ao longo de sua existência com as diversas alteridades. Os outros me constituem como sujeito, eles não são um elemento acessório da minha vontade. A minha condição histórica de sujeito depende muito, desde o primeiro momento da minha existência, da relação com os outros. A vontade do sujeito não existe de modo natural, ela é historicamente constituída. Sua autonomia não é uma herança natural que possui de modo espontâneo, senão que existe como resultado das práticas históricas que os sujeitos devem aprender. A própria racionalidade não é um dado natural fechado, ela se dá de modo plural e histórico: existem racionalidades plurais e modos diversos de exercê-la. Tudo que afeta à subjetividade é constituído em relação à alteridade. O outro é condição necessária do eu.

O imperativo da abertura para a alteridade, como acontece com as outras dimensões do sujeito, nos confronta com mais um paradoxo humano. Afirmar a alteridade como dimensão primeira e coimplicante da subjetividade, não quer dizer que o outro seja naturalmente bom. Não é possível naturalizar a bondade ou maldade do sujeito, mas também não podemos cair na armadilha de naturalizar a bondade (ou maldade) do outro⁵⁴. O outro não é o inimigo natural pensado por Hobbes, mas também não é uma bondade natural abstrata. A alteridade se impõe como imperativo do modo de ser da subjetividade, porém a axiologia da relação com o outro dependerá das condições históricas em que se exerce tal relação. O outro pode ser um tirano ou um amigo, pode oprimir ou libertar, perverter ou emancipar, humilhar ou enaltecer etc., Em todas as hipóteses, a alteridade é decisiva para a constituição do sujeito. Não

⁵³ Desenvolvemos as nuances desta temática de forma mais ampla na obra de nossa autoria: RUIZ, Castor M.M. Bartolomé. *As encruzilhadas do humanismo. A subjetividade e a alteridade ante os dilemas do poder ético*. Petrópolis: Vozes, 2006.

⁵⁴ Esta é uma das críticas mais comuns à obra de Levinas, já que este autor não matiza o contraditório do outro e só enfatiza sua bondade.

há sujeito sem alteridade, nem eu que não tenha se constituído pela relação com o outro. A abertura para a alteridade é a dimensão primeira, consequentemente necessária, através da qual a subjetividade se constitui como singularidade histórica. A tensão entre a necessidade de alteridade e a historicidade da relação é constituída pelas possibilidades das subjetividades.

12. Em toda relação o sujeito é, de uma ou de outra forma, **interpelado**. A relação com o outro sempre me afeta, de uma ou de outra forma. Não é possível uma relação sem interpelação, porque não é possível um encontro sem afecção⁵⁵. Os graus de interpelação serão diferentes a depender das circunstâncias históricas em que se desenvolve a mesma. Contrariando o espontaneísmo da vontade do eu moderno, cabe afirmar que a vontade do sujeito é sempre uma vontade interpelada. A interpelação se me oferece como momento prévio à minha deliberação. Ao produzir-se a presença do outro na minha existência, e ainda antes que eu possa escolher, sua pessoa me interpela, de uma ou de outra forma. A interpelação se torna mais profunda quando mais intensa for a relação com o outro⁵⁶. A minha vontade não existe prévia à interpelação, mas concomitante a ela. Por isso a vontade do sujeito é sempre uma vontade interpelada. O eu não possui uma vontade fora da interpelação. Não existe uma vontade livre de interpelação, o que torna toda liberdade necessariamente uma liberdade interpelada. Não existe uma liberdade natural acabada e espontânea no sujeito, a liberdade é uma prática histórica e se constitui nas práticas dos sujeitos. Toda autonomia é construída de modo relacional, sendo a interpelação da relação prévia à autonomia. A autonomia não existe no eu de modo espontâneo, acabado e natural antes da relação com o outro, ela se constitui como prática interpelada pela relação com o outro⁵⁷. O sujeito, por ser humano, existe em abertura para a alteridade, o que lhe capacita para o exercício da autonomia, porém não herda a autonomia com a natureza, mas a constitui pela experiência histórica. A constituição da autonomia sempre se dá de modo relacional. A relação com o outro, sem determinar como deve ser, se torna parte ativa da autonomia.

Não podemos cair na falácia de ter que escolher qual o momento primeiro ou segundo entre a vontade do sujeito e a interpelação do outro. Qualquer tentativa de hierarquizar as prioridades entre a vontade (do eu) e a interpelação (do outro) nos conduzirá a algum tipo de reducionismo. A questão não é deliberar qual delas é primeira ou prioritária, mas conjugá-las na tensão agônica em que se constituem. A vontade do sujeito e a interpelação da alteridade se originam e coexistem numa tensão agônica que estrutura o modo de ser da subjetividade em relação à alteridade. A alteridade precede a subjetividade na ordem da existência, tal precedência condiciona

⁵⁵ Levinas utilizou a metáfora do rosto para descrever essa interpelação primeira da nossa liberdade: “A oposição do rosto, que não é uma oposição da força, não é uma hostilidade. É uma oposição pacífica em que a paz não é em absoluto uma trégua, uma violência simplesmente contida. Pelo contrário, a violência consiste em ignorar o rosto do ser...”. LEVINAS, Emmanuel. *El humanismo del otro hombre*. Madri: Caparrós, 1993, p. 106.

⁵⁶ Miguel de Unamuno sintetiza esta problemática na abertura de sua obra dizendo: “Homo sum; nihil humani a me alienum puto, disse o cômico latino. Eu mais bem diria, nullum hominem a me alienum puto; sou homem, e a nenhum outro homem considero estranho”. Id. *Del sentimiento trágico de la vida*. Madrid: Albor, 1998, p. 25.

⁵⁷ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Lisboa: Ed. 70, 2000, p. 69-75.

a subjetividade. Contudo essa precedência não pode ser interpretada como uma determinação do sujeito. Este sempre tem a possibilidade (e a responsabilidade) de interagir com os condicionantes da alteridade. A relação entre subjetividade e alteridade, entre vontade e interpelação é sempre agônica e polêmica. O *agon* e o *polemos* nos constituem sujeitos históricos sem que tenhamos que fazer do *polemos* um objetivo político da guerra de todos contra todos, nem do *agon* uma existência niilista⁵⁸. Ambas, subjetividade e alteridade, existem numa relação coimplicante em que se condicionam para ser sem se anular. Quando uma das duas se impõe sobre a outra, se nega a tensão produtiva e se provoca um reducionismo que anula uma das dimensões, seja no sujeito seja no outro.

Quando o sujeito decide algo, o faz com uma vontade interpelada. Desde esta perspectiva cabe questionar o princípio liberal que afirma que *a minha liberdade termina onde começa a do outro*, como se o outro fosse o limite da minha liberdade. A este princípio cabe contrapor o princípio da alteridade de que *a minha liberdade se expande com a liberdade do outro*. As possibilidades históricas de realização da liberdade dependem sempre das relações e interações do sujeito com os outros. Um indivíduo isolado é um indivíduo muito limitado⁵⁹. A relação potencializa a liberdade.

A liberdade interpelada se realiza como **resposta** às interpelações. A resposta é inerente à liberdade. Sendo histórica, a liberdade interpelada sempre deve responder aos apelos recebidos. A resposta implica **responsabilidade**. Não há liberdade sem responsabilidade. Este é um princípio clássico da liberdade moderna, porém tem outro significado quando é analisado desde o outro. Para os modernos, a responsabilidade é uma consequência da vontade naturalmente liberdade. A relação entre liberdade natural e responsabilidade é diretamente proporcional à falta de condicionamentos daquela. Desde a perspectiva naturalista, quanto mais condicionada esta a liberdade menos responsabilizado é o sujeito interpretando os condicionamentos como limites da liberdade. Esta equação tão axiomática da liberdade liberal se inverte quando se adota a perspectiva da alteridade. A liberdade sempre é interpelada. A liberdade natural é uma outra ficção ou falácia modernas. A liberdade existe enquanto prática que responde às interpelações⁶⁰ e se realiza como prática histórica. Ela é sempre uma resposta às interpelações da alteridade (no sentido amplo do termo). Toda resposta é o modo de responsabilização da liberdade. Não há liberdade sem responsabilidade porque toda liberdade existe como resposta às interpelações da alteridade. A resposta é o modo como a liberdade se torna real e histórica. A resposta concretiza a liberdade. Não há liberdade fora da resposta.

⁵⁸ Uma amostra desta coimplicação entre *polemos* e *agon* da existência humana pode ser aferida no conjunto da obra do filósofo espanhol Miguel de Unamuno, em especial cf. Id. *Del sentimiento trágico de la vida*. Madrid: Albor, 1998.

⁵⁹ Levinas explora as contradições do individualismo afirmando que o outro, longe de ser um entrave de liberdade, é sua possibilidade de ser. Por sua vez o individualismo, em seu extremo, nos conduz à violência: "A ação violenta não consiste em reencontrar-se em relação com o Outro; mais precisamente é aquela ação em que um está como se estivesse só". LEVINAS, Emmanuel. *El humanismo del otro hombre*. Madri: Caparrós, 1993, p. 104.

⁶⁰ Hannah Arendt desenvolveu um excelente estudo crítico sobre a liberdade na obra: ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo/SP. Editora: Perspectiva, 1972.

Invertendo o axioma naturalista, a liberdade interpelada se realiza mais plenamente quanto mais se responsabiliza. Por isso a responsabilidade se torna o modo de justificar (fazer justiça) a liberdade⁶¹. A liberdade é mais livre quando é capaz de dar uma resposta mais acorde às interpelações recebidas pelo outro. A liberdade só existe como prática histórica que realiza a resposta (responsável) da interpelação. A responsabilidade se torna o parâmetro histórico que julga a liberdade. A responsabilidade não advém da vontade do sujeito, mas da interpelação da alteridade, do outro⁶². Os condicionamentos da interpelação não limitam a liberdade senão que a contextualizam como liberdade histórica e a realizam como prática histórica. As interpelações da alteridade são as condições de possibilidade da liberdade. A liberdade interpelada é uma liberdade viável. A liberdade abstrata, sem interpelação, é uma ficção sem possibilidade de ser.

Mais uma vez temos que confrontar a liberdade com o paradoxo humano que somos. A liberdade não pode ser condicionada ao extremo de determinar o que deve fazer, pois nesse caso a anulária. Mas uma liberdade sem condicionamentos é uma liberdade vazia, uma falácia naturalista. O que qualifica o valor da liberdade é o tipo de resposta dada às interpelações recebidas. Por isso admiramos as pessoas que foram capazes de respostas exemplares. Uma liberdade esvaziada de interpelações nada mais é do que uma vontade vazia de si mesma. O valor da liberdade se mede pela densidade da resposta. A liberdade é mais plena (mais livre) quanto mais afeta positivamente aos outros. Nesse caso, quanto mais minha ação me responsabilizada pelos apelos do outro, mais se qualifica a minha liberdade. Liberdade é o modo como eu justifico a minha responsabilidade. Desde a perspectiva da alteridade, a justiça é a que qualifica o sentido da liberdade e orienta o seu valor.

13. A interpelação se torna impactante quando o outro é uma vítima da injustiça. O sofrimento do outro vitimado me interpela com uma intensidade inusitada, proporcional à gravidade do mesmo. A interpelação é prévia à minha vontade e inerente ao encontro com a vítima. A injustiça me interpela antes que minha vontade venha a tomar consciência da interpelação. De certa forma, o encontro com a condição da vítima, que acontece antes que a vontade decida, invade a autonomia do eu, interpelando-a. A injustiça sofrida pelo outro me afeta diretamente, pela interpelação que não posso evitar. Interpelado pela injustiça, sou responsabilizado, em maior ou menor grau, pela sua condição. Não é possível fugir a essa interpelação. O sofrimento da vítima questiona a intimidade da minha subjetividade e demanda resposta. O encontro não previsto com condição da vítima afeta a minha liberdade antes que esta possa reagir. Ela se torna uma liberdade interpelada, uma liberdade responsabilizada

⁶¹ Levinas enfatiza essa relação de já que: “O Outro, absolutamente Outro – Outrem – não limita a liberdade do Mesmo. Chamando-o à responsabilidade, implanta-a e justifica-a”. LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Lisboa: Ed. 70, 2000, p. 176.

⁶² “O rosto do Outro – absolutamente outro – não nega o Mesmo, não o violenta como a opinião ou a auto-ridade ou o sobrenatural taumatúrgico. Fica à medida de quem o acolhe, mantém-se terrestre. Essa apresentação é não violenta por excelência, porque em vez de ferir a minha liberdade, chama-a à responsabilidade, implanta-a”. LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Lisboa: Ed. 70, 2000, p. 181.

pelo outro injustiçado. Ante a vítima da injustiça, não tenho mais como evitar a interpelação e a responsabilidade. Tenho a liberdade de escolher a resposta, tenho autonomia para decidir o que fazer, mas não posso evitar mais a resposta. Inclusive, se minha decisão fosse ignorá-la, já estaria dando uma resposta à interpelação. A minha indiferença seria a resposta, medíocre. A minha liberdade seria medida pela mediocridade da minha indiferença.

Retomando, mais uma vez, o paradoxo humano, eu sou responsabilizado na medida de minhas possibilidades, mas não além delas. A responsabilidade, não pode derivar em culpa. Eu sou responsável das minhas possibilidades mas não sou culpado pelo que não sou capaz de fazer. A responsabilidade não é culpabilidade. Ninguém é responsável do que lhe excede, e todos somos responsáveis pelas nossas potencialidades. A ética da alteridade nos torna responsáveis de nossas potencialidades: somos mais responsáveis quanto mais possibilidades temos. Quando interpelados pela alteridade das vítimas, somos responsáveis pela sua condição, mas cada um é responsável de modo diferente. Não se pode fazer da responsabilidade um novo conceito universal. Ela é uma resposta concreta à condição histórica de cada vítima. É provável que em muitos casos nosso grau de responsabilidade seja mínimo porque a possibilidade de resposta que podemos dar às situações das vítimas é também mínima. A responsabilidade de cada um é proporcional à sua possibilidade de resposta.

Interpelados pela injustiça das vítimas, não podemos evadir-nos da necessária resposta. Somos intimados a responder, o que nos torna também responsáveis pela condição das vítimas. Todos, quando interpelados pela condição vitimada do outro, somos responsáveis pela sua situação. Esta responsabilidade transcende o conceito de responsabilidade da justiça procedimental, para a qual só pode ser responsabilizado pela condição da vítima aquele que lhe provocou a injustiça. Os demais, para a justiça procedimental, são irresponsáveis, inimputáveis. A justiça procedimental, a respeito da condição das vítimas, faz um descarrego da responsabilidade pessoal e social sobre o Estado. Para ele transfere a responsabilidade jurídica e política de atender as vítimas. A justiça procedimental vazia a relação com o outro de responsabilidade, tornado esta um mero conceito jurídico e formal. Este reducionismo jurídico e formalista da responsabilidade reforça a legitimação do individualismo. A suposta liberdade natural confere ao indivíduo a ilusão do direito a desentender-se do outro⁶³. O direito do eu natural é uma negação da responsabilidade (ética e política) que tenho para com o outro. Ele camufla ideologicamente o autêntico imperativo categórico ético: a interpelação da alteridade. A liberdade natural que outorga o direito a não ser responsável, transfere para as instituições sociais a responsabilidade ética e política pelo outro. Desde a perspectiva naturalista, o direito se torna um espaço de fuga da responsabilidade ético-política do sujeito.

⁶³ Simone Weil percebeu as contradições do individualismo moderno e as implicações deste nas teorias do direito e da justiça. Na sua obra, *O Enraizamento*. São Paulo: EDUSC, 2001, desenvolve a tese de que o direito existe como obrigação para com o outro.

O direito do outro, um desafio inconcluso

14. Ao encerrar este ensaio e a modo de conclusão, nos propomos enunciar de forma sintética as linhas gerais de um direito concebido a partir do outro. Tomaremos com ponto de referência a reflexão de Simone Weil a este respeito. Contrariando as teses do individualismo moderno, Simone Weil parte do princípio de que a “noção de obrigação ultrapassa a noção de direito, que lhe é subordinada e relativa”⁶⁴. Pois qualquer direito não é eficaz por si só, mas pela obrigação que corresponde a ele. A realização do direito não provém dele mesmo, mas do seu reconhecimento como obrigação pelos outros. Algo se torna direito quando é reconhecido como obrigação para com o outro. Caso não exista o reconhecimento da obrigação, o direito também não existe.

Invertendo a lógica do individualismo moderno, Simone Weil afirma que a obrigação institui o direito e que este existe sempre como direito do outro. Os direitos que eu tenho são obrigações que os outros têm para comigo e vice-versa, os direitos dos outros são obrigações que eu tenho para com eles. Nesta dialética do eu-outro, direito-obrigação, Weil inverte os princípios filosóficos do individualismo moderno propondo que o outro é a referência para pensar seu direito, e que a obrigação para com o outro se constitui o princípio do direito.

Weil questiona o binômio dualista da modernidade que fraturou o ser político da pessoa em direitos e deveres, dizendo que: “Um homem, considerado em si mesmo, tem somente deveres, entre os quais se encontram certos deveres para consigo próprio”⁶⁵. Os outros têm direitos quando considerados desde o ponto de vista do sujeito (do eu). De igual forma, o sujeito tem direitos quando considerado desde o ponto de vista da responsabilidade dos outros para com ele. Conclui afirmando que um ser humano que estivesse sozinho no universo não teria nenhum direito (pois ninguém estaria obrigado para com ele) e sim teria obrigações (para consigo mesmo e o universo).

A diferença do formalismo jurídico, a noção de obrigação que perfaz o sentido do direito é sempre relativa às situações de fato e leva em conta as condições históricas dos sujeitos. Enquanto os direitos se apresentam sob certas condições, a obrigação para com o outro, segundo Weil, é sempre incondicionada. Ela está sobre todas as condições. O objeto da obrigação é sempre o ser humano. “Há obrigação para com todo ser humano, pelo simples fato de ser humano”⁶⁶. Uma obrigação eterna, incondicionada, recolhida de forma confusa (e imperfeita) no direito. Uma obrigação que se manifesta de forma objetiva como dever de justiça para com o outro.

Weil chega a afirmar que nenhum ser humano pode se livrar da obrigação para com o outro, como vínculo social dos direitos. Quem pretende se livrar da obrigação para usufruir meros direitos estará cometendo crime. A obrigação para com o outro ser humano está além das convenções sociais ou dos costumes culturais. Por isso, afirma, é uma obrigação incondicionada. Os chamados direitos positivos recolhem, sempre de forma imperfeita, a incondicionalidade da obrigação. A legitimidade ou

⁶⁴ WEIL, Simone. *O Enraizamento*. São Paulo: EDUSC, 2001, p. 7.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 7.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 9.

ilegitimidade destes direitos é correlativa à sua coerência ou contradição no modo como implementam a obrigação para com os outros.

A obrigação se manifesta, em primeiro lugar, pelo respeito ao outro ser humano e, na seqüência, pela solução das necessidades básicas da sua existência social. A noção de obrigação, longe do formalismo do direito moderno, remete às condições materiais da existência humana. Weil lembra que esta noção de obrigação que origina o direito se encontra presente nas tradições mais antigas, como a dos egípcios, como consta no *Livro dos Mortos*, onde se define a justiça e a justificação após a morte como o momento em que alguém puder dizer: “não deixe ninguém passar fome”, ou da tradição cristã originária de Jesus que vincula o sentido da justiça à obrigação para com aqueles que são vítimas, a tal ponto que no julgamento final, para Jesus, o único critério de justiça será aquilo que se fez ou deixou de se fazer para com os mais necessitados: *o que fizestes a um destes pequenos a mim o fizestes* (Mt, 25, 45).

Para Simone Weil, a obrigação de respeito às coisas é relativa ao serviço que prestam às pessoas. A obrigação da propriedade depende do modo como ela serve para a vida dos outros. O direito de propriedade só merece respeito se cumpre seu papel primeiro: cobrir as necessidades fundamentais da vida humana, caso contrário a propriedade, devendo cumprir a obrigação para com o outro, deixa de ser um direito legítimo do particular. Assim também as instituições sociais merecem um respeito relativo, dependendo do modo como servem para promover a vida humana. A obrigação para com uma instituição (pátria, lei, Estado etc.) só existe se ela serve efetivamente para o bem dos outros, caso contrário deixa de merecer o respeito e a obrigação necessários. A virada epistemológica e histórica que Simone Weil propõe sobre o sentido do direito e da justiça a partir das vítimas a levou a dizer que: “é necessário complementar a Declaração dos Direitos do Homem com uma declaração das obrigações para com o ser humano”⁶⁷.

A crítica de Simone Weil se centra nas contradições inerentes à justiça procedimental, já que é insuficiente para a implementação efetiva dos direitos humanos. Tal insuficiência deriva de estar voltada para a preservação da lei e da ordem e só de forma colateral pensar a efetivação dos direitos humanos como demanda da condição histórica das vítimas. Na biopolítica moderna a norma cumpre o papel de normalizar aos sujeitos normatizando seus comportamentos de forma útil e eficiente. O formalismo do direito é utilizado como subterfúgio para encobrir os reais dispositivos biopolíticos do governo da vida. As vítimas são normalizadas como efeito colateral necessário ou inevitável do progresso natural da ordem social. A injustiça é identificada, na visão formalista, com a transgressão da ordem, deixando de lado a condição da vítima. O outro vitimado é sempre um momento segundo da justiça procedimental. Os direitos humanos, considerados a partir das vítimas, podem ser um referencial político que permita neutralizar a lógica biopolítica do governo da vida humana, assim como a naturalização das vítimas.

⁶⁷ WEIL, Simone. *Escritos de Londres*, Paris, 1957, p. 74, apud. GONZALEZ FAUS, José Inácio. *Simone Weil e o encontro entre as culturas*. PUC, Rio de Janeiro, 2009, p. 8.

No discurso dos direitos humanos a vida humana é colocada como a categoria política principal. Ao investir a vida de poder político, se propõe uma outra bipolaridade da emancipação da vida humana e não do seu governo instrumental. A efetivação política dos direitos humanos inverte a lógica instrumental da biopolítica por uma lógica emancipatória da vida humana. Para tal finalidade, as vítimas tornam-se o critério ético-político da biopolítica emancipatória. Tal deslocamento exige inverter a lógica da justiça formal e pensar o sentido da justiça a partir do outro, neste caso a partir das vítimas da injustiça. A efetivação (bio)política dos direitos humanos deverá repensar as contradições do modelo do direito formal e da justiça procedimental, visando ao sentido da justiça para além do procedimento. O sentido da justiça deve ser procurado na injustiça sofrida pela vítima, ou seja, na vida humana injustiçada. A alteridade humana deve servir de critério ético de justiça. As vítimas são o outro da injustiça e o critério de uma (bio)política emancipatória.

REPRESENTACIONES SOCIALES DE LA DICTADURA, LA DEMOCRACIA Y LA MEMORIA

EL CASO ARGENTINO

Eduardo Andrés Vizer¹

El derecho universal a tener derechos y la desigualdad

Quiero comenzar mi presentación por una proposición que tiene el carácter de principio universalista: *“Todo ser humano tiene derecho a tener derechos”*.

Si se acepta esta proposición, por extensión lógica podemos sostener que toda negación de derechos universales (en este sentido, derechos universales significa “implícitos y extensivos a todo ser humano por igual”) implica una negación inaceptable a nuestra proposición original. En otras palabras: no se puede negar a nadie el derecho fundamental a tener derechos. Mas allá de esta lógica – prácticamente silogística –, el problema de la realidad social, política y económica estriba en que si bien todos nacemos con iguales derechos legales, nadie nace con iguales condiciones de acceder a ejercer esos derechos en nuestras sociedades. Nuestras sociedades son esencialmente desiguales, y solamente la religión y la Justicia sostienen el principio de la igualdad al menos en términos del discurso formal, en el religioso y en las representaciones sociales de los medios de comunicación “políticamente correctos”. Las religiones, concientes de la separación entre la realidad y el discurso, encuentran una solución al dilema proyectando la igualdad y la justicia al mundo celestial, o sea, excluyendo la exigencia de igualdad de derechos en el seno de la propia realidad social (asegurando así el statu quo, *“a Dios lo que es de dios y al César lo que es del César”*²). Por otro lado, el sistema judicial – además de la política – asentado en normas, valores y procedimientos, es el único sistema social que puede ejercer cierto poder universalizante (sumamente limitado y parcial) sobre la realidad social, ya sea en los ámbitos económicos, políticos, sociales o culturales. Un poder relativo y sujeto a un equilibrio permanente y negociado de fuerzas, intereses y derechos adquiridos.

Es precisamente el hecho de ser un poder relativo y no absoluto (como sería el caso en la Edad Media para el poder religioso y el poder incuestionado del rey y

¹ Dr. en Sociología, Prof. Visitante UNILA. Prof. Consulto Inst.Gino Germani. Fundador Carr. Ciencias de la Comunicación, Universidad de Buenos Aires (UBA). Coord. Epist. y Teoría del Conocimiento: Maestría en Est. Soc. y Cult., Univ. Nac. La Pampa. Profesor Visitante en universidades de Estados Unidos, Canadá y Europa. Evaluador Posgrados CONEAU, SECYT, Evaluador Communication Depart.Univ. of Massachussets (UMASS-USA).Ex Fulbright Fellow, Internationes (Alemania), ICCS de Ottawa, Canadá. Libros mas importante “La trama (in)visible de la vida social: comunicación, sentido y realidad”. 2ª. Ed. 2006, próxima edición en portugués. 8 libros publicados.

² La Teología de la Liberación fue en este sentido un intento de eludir este dilema entre la igualdad “celestial” y la desigualdad terrenal. Por otro lado, el Papa Bento asume abiertamente la disyunción entre ambos mundos, ubicando a la Iglesia en un discurso fundamentalista, o en lo que prefiero denominar un “universalismo negativo” que niega la realidad y la suplanta por un discurso sin referencia exterior posible o peor aún, autoreferente.

señor), el que forzosamente se debe asentar en las sociedades democráticas por medio de derechos y acciones de sectores sociales con suficiente fuerza de presión como para ejercer un derecho potencial para exigir la legalización y la institucionalización de sus demandas: sindicatos, movimientos sociales, grupos minoritarios, ONG's, sectores excluidos, etc. Una característica de la sociedad realmente democrática consiste precisamente en la aparición de estos actores sociales en un espacio público anteriormente reservado solo a los representantes del statu quo (la "gente como uno", empresarios, banqueros, representantes políticos, de la Iglesia, la milicia y el poder estatal). El reconocimiento democrático a ocupar el escenario de las calles y los parques, a manifestarse públicamente como excluidos, como "diferentes", es solamente el primer paso en el camino del reconocimiento de un derecho a ser incluido como diferente – homosexuales, minoría étnicas, físicamente disminuidos, etc. – con iguales derechos que cualquier otro ser humano. Podemos resumirlo como: *igualdad dentro de la diferencia y diferencia dentro de la igualdad*. El derecho universal a la diferencia.

En un mundo abstracto de razonamiento cartesiano, la igualdad de derechos asume un carácter de universal positivo: la igualdad es real porque es legal, cualquier persona es legalmente igual a otra en derechos. Pero como todos sabemos, la realidad no se reduce ni se ajusta a lo legal, y es profundamente desigual en todos sentidos. Todos nacemos en condiciones externas desiguales – social, económica y culturalmente –, con capacidades personales diversas pero también desiguales (dotes físicas, mentales, cognitivas, etc.). El mundo social moderno es rico en diversidad y en variaciones y profundamente desigual. Las luchas sociales parecen ser una permanente pugna entre clases de personas (y clases sociales) que buscan profundizar las diferencias merced a logros, conquistas, posesiones (y a veces la violencia directa como método), y aquellos que solo buscan la seguridad, y generalmente la paz, que muchas veces solo se consigue por medio de cierto retraimiento social. Los primeros buscan la desigualdad como motor de la historia y de sus propias vidas, los segundos la aceptan como inevitable e intentan negociar y convivir con ella (no es ésta una forma de ver las características del capitalista y la del obrero o el empleado, de las corporaciones por un lado y los sindicatos por el otro?). En los países capitalistas en los que parte de la riqueza producida colectivamente ha tenido que ser distribuida con políticas y medidas que disminuyen las desigualdades mas flagrantes a la dignidad humana (países escandinavos, Canadá y algún otro), las propias desigualdades económicas pasan a generar una dinámica de crecimiento generalizado y una distribución mas equitativa de los beneficios del trabajo. Pero en los países en que la distribución de la riqueza es profundamente regresiva, las desigualdades flagrantes no logran – o no pueden – ser disminuidas solo mediante huelgas y protestas, y el proceso legal de la justicia y la acción social y política se expresan en formas generalmente violentas y muchas veces en los márgenes de la legalidad. Se pierde la confianza en la negociación y en las medidas de fuerza legales, y así el propio sistema social, económico y la justicia son puestos en duda y en jaque permanente. El sistema político y social pasa a ser considerado solo una herramienta de sostenimiento de la desigualdad. En otras palabras, el Estado pierde su valor de representación de todo el colectivo social, de expresión universal de

la nación. O aún en otras palabras, pierde su condición de universal positivo para ser considerado una mera expresión de intereses particulares. Para el pueblo, las representaciones sociales del Estado se transforman en meras expresiones de un estado profundamente desigual, explotador y manipulado por una clase, o un sector identificado solo con sus propios intereses, generalmente asociados a intereses extranacionales.

El “caso” argentino

Estas representaciones negativas sobre el Estado (ya sea ejercido por autoridades elegidas en elecciones o en un régimen de facto) toman una fuerza considerable si son sostenidas por miembros de un partido de masas o un sector político mayoritario que ha sido ilegalizado. Este ha sido el caso del partido justicialista (o peronista) en el caso argentino, ya que a partir de 1955 fue declarado ilegal durante 17 años por la denominada Revolución Libertadora³. El partido peronista solo volvió a ser legalizado tras la crisis y el fin del gobierno militar que había tomado el poder con un golpe en 1966. Ante el “dilema de Perón” y la ingobernabilidad permanente, los militares deben reconocer y legalizar al peronismo, y en 1973 éste gana las elecciones en una compleja y violenta combinación de sectores de izquierda y derecha del propio partido. Pero ante la crisis política desatada tras la muerte de su líder (Perón) en 1974, y la ineptitud total de su viuda y sucesora, además de un siniestro equipo de personajes que la circunda, un nuevo golpe militar en marzo de 1976 declara al peronismo ilegalizado – esta vez junto a todos los partidos y las actividades políticas –.

Tras la primera ilegalidad de 17 años para un partido mayoritario como el peronismo (a partir del primer golpe de 1955), se había generado en grandes sectores de la población argentina una imagen totalmente parcial e irrepresentativa del estado de derecho y de las instituciones democráticas en general. El sistema del derecho y la igualdad política se vieron profundamente degradados, y por consiguiente, para grandes sectores de la población argentina las representaciones de la democracia pasaron a ser asociadas a una mentira oficial, a una suerte de entelequia meramente discursiva.⁴ La democracia y los derechos políticos no se correspondían entre sí. La democracia no era percibida como la expresión del ejercicio de los derechos políticos de la población, sino solamente una forma falaz y engañosa de ejercer el poder de los órganos del estado por parte de un sector minoritario de la sociedad que ejercía ese poder precisamente mediante la negación del derecho político y la exclusión de las grandes mayorías a una expresión política libre. Los sectores minoritarios capaces de ejercer el poder podían ser alternativamente civiles (en elecciones que proscribían al peronismo) o bien militares (como con el golpe de 1966). De cualquier modo, el poder ins-

³ No solamente el partido fue ilegalizado, sino también el pronunciamiento público del propio nombre de Perón, en una suerte de nominalismo según el cual lo que no se nombra no existe más, dando lugar a la creación de una serie de términos sustitutos. Por ej., se había instituido el sobrenombre de “juancito” por Juan Perón, o “carlitos” o “tío carlos” por Carlos Marx.

⁴ Recuerdo manifestaciones políticas de las décadas de los años sesenta donde algunos manifestantes peronistas escupían en la calle cada vez que repetían la palabra “democracia”.

titucional del estado solo se ejercía mediante la proscripción de una parte mayoritaria de los derechos políticos de la mayoría. La democracia formal se había transformado en la única forma admitida de democracia, una democracia condicionada, distorsionada, reservada a las minorías que podían ejercer determinadas parcelas de poder de decisión. Los límites del “sistema” se hallaban delimitados por los sectores de poder real: terratenientes, algunos sectores de la industria, y fundamentalmente la corporación militar, todos bendecidos por una iglesia católica profundamente conservadora, cuando no reaccionaria (los sectores progresistas de la iglesia: tercermundistas, curas obreros, militantes de la teología de la Liberación y hasta obispos fueron asesinados, silenciados o separados de la iglesia, lo que no impidió la presencia de capellanes de las Fuerzas Armadas en las sesiones de tortura).

El huevo de la serpiente

En este sistema legal y socialmente inestable, cualquier medida política o cualquier decisión que presentase un riesgo para los sectores de poder real, fueron automáticamente tildados de sospechosos, y ya un poco antes del golpe militar de 1976, considerados abiertamente subversivos, sujetos a medidas de represión que preanunciaban la era de terror que se avecinaba. En el Brasil del golpe de 1964 (el antecesor de todos los golpes militares posteriores que se realizaron en América del Sur bajo el siniestro Plan Cóndor, recibió el novelesco nombre de “os anos de chumbo”, (o sea años de plomo). Si en los rangos superiores del ejército del Brasil predominó finalmente una cierta ideología de corte desarrollista) ya en el Chile de Pinochet (1973) y sobre todo en el golpe de los militares argentinos del 76 predominó por un lado un sector fundamentalista con una ideología de restauración nacionalista y de exterminio de las izquierdas, y otro sector liberal que pretendía la transformación y apertura irrestricta de la economía a los mercados mundiales según los principios del Consenso de Washington. Tanto en Chile como en Argentina el objetivo declarado públicamente era “aniquilar la subversión”. Los términos de las declaraciones oficiales tomaban la forma de bandos, de partes de guerra. El “cuerpo de la patria” debía ser preservado del cáncer subversivo que se escondía en lugares oscuros, con los “agentes del mal” y de la anarquía agazapados a la espera del momento y la situación propicias para asestar sus golpes salvajes: bombas, secuestros, asesinatos, asaltos a comisarías y cuarteles militares. El discurso de la guerra antisubversiva se había instalado bajo el paraguas ideológico de la Guerra Fría, negando al “enemigo” cualquier referencia a su lucha por una democracia mas justa, por una desigualdad menor o por la libertad de pensamiento y acción. En otras palabras, el discurso oficial se asemejaba al lenguaje de una serie de televisión: los agentes del mal serían los agentes del “caos” y los sustentadores de “la paz y el orden” sería el estado militar como agente del orden (un orden establecido en base al terror, a la eliminación física del “enemigo” y a la abolición de cualquier mención al orden de los derechos políticos, la vuelta a la democracia, y a la propia Constitución nacional; esto sin mencionar la prohibición de libros, la sospecha sobre el psicoanálisis, o aún el nombre sospechosamente eslavo

de un autor, sin hablar de la expulsión o desaparición de profesores, escritores, militantes, familiares o meros testigos inocentes de actos de barbarie represiva, la que en realidad había comenzado con una “liquidación interna” de los Montoneros y del peronismo de izquierda ya en el propio gobierno peronista en el año 74, o sea dos años antes del golpe militar).

A partir del golpe militar de marzo de 1976, el huevo de la serpiente se había finalmente quebrado para hacer pública la aparición de las peores formas de atrocidad y represión, instalando de hecho un discurso fundamentalista y una práctica represiva para la que toda medida debía ser evaluada solamente en base a su eficacia para “eliminar a los agentes del caos”. El monstruo pudo finalmente salir de su caparazón, proclamándose como estandarte de una cruzada por la “salvación de la patria”. Los términos del discurso oficial fueron caricaturescos, pero en esos momentos no inspiraban la sonrisa despectiva que despiertan hoy, después de casi cuarenta años de ausencias y duelos aún no cerrados del todo. El terror no es una caricatura, una caricatura alude a una persona, a un grupo, a un estado, pero el terror es simplemente autorreferente, alude a una posible muerte, a la desaparición física, a un poder absoluto. Y ese poder no admite réplica, simplemente *funda* la única realidad que existe en ese momento, una realidad de vida o muerte.

El fundamentalismo del golpe militar de 1976, por más ridículo que sea a nuestros ojos actuales, buscó *refundar* el país (claro, un país según la concepción acartonada de esos militares dogmáticos, según los intereses de grupos económicos asociados a capitales financieros globales, interesados en financiar operaciones especulativas tomando dinero del exterior a tasas mucho más bajas que en el propio país y protegidos por una famosa “tablita cambiaria”, y también apoyados por los sectores más reaccionarios de la curia, según una visión “restauradora” de los valores y los principios más conservadores de la iglesia católica). Se podría establecer curiosas aunque engañosas semejanzas con el discurso del Restaurador Rosas ciento cuarenta años atrás, proclamando la muerte de “los salvajes unitarios”. La metáfora de la sociedad como un cuerpo enfermo, y de la patria al borde del caos, fundamentaron discursos de intervención sobre el cuerpo social como un poder del estado facultado para ejercer una cirugía mayor que volviese a “curar” la sociedad, restaurar los valores perdidos, instaurar el orden y “salvar la nación”. El discurso y las prácticas de poder de la dictadura argentina tomaron todas las características de **un discurso y una práctica fundamentalista de ejercicio del poder**. Un discurso y una práctica *particularistas* (por oposición a los discursos y las prácticas “*universalistas utópicas*” de las asociaciones revolucionarias de izquierda (como el ERP, o Ejército Revolucionario del Pueblo), y al discurso “nacional populista” del peronismo de izquierda (Montoneros).

Para una sociedad considerada enferma e infantil, era necesaria la tutela de un estado dictatorial. Pero a esos militares les faltó una condición indispensable para ejercer esa tutela: la comprensión intelectual de una visión ampliada de futuro y desarrollo, una visión universalista que escapaba totalmente de sus mentalidades y su formación estrecha. Tal vez los militares brasileños entendieron mejor esa parte de su “misión” en parte por una formación positivista que los proyectaba más allá del

horizonte de la seguridad hacia ciertos valores de un “desarrollismo” justificado por una visión expansionista de ocupación física de un país inmenso y de la misión de defensa de fronteras inestables por parte de sus fuerzas armadas, sin aterrorizarse por los riesgos de la expansión de la educación a poblaciones marginadas (como fue el caso del “horror” de la dictadura argentina hacia los intelectuales, ciertas disciplinas científicas y las ciencias sociales en general, así como la distorsión manipulativa de valores y términos “los argentinos somos derechos y humanos”, en alusión a las críticas al gobierno por parte de organizaciones internacionales de derechos humanos).

Otra diferencia marcante entre ambas dictaduras (y en general con las naciones hispanas) se remonta históricamente a lo que considero que puede presentarse esquemáticamente como la divergencia central que separa las relaciones entre *sociedad y estado* en el Brasil y en las naciones hispanoamericanas. De forma algo simplificada se puede decir que mientras el Brasil siempre contó con un estado fuerte heredero del Imperio, ganando su propia independencia prácticamente como una dádiva del propio emperador, las naciones “hispanas” pasaron por varias revoluciones sangrientas y experiencias frustradas. Revoluciones independentistas “contra” el estado imperial (España), y décadas de guerras, luchas civiles, y procesos permanentes de deliberación – con interregnos autoritarios o dictaduras –. Fundamentalmente se hallaba en discusión la búsqueda de instituciones que aseguraran la “construcción del estado”. Podemos resumir estas argumentaciones en la forma siguiente: mientras el Estado brasilero se hallaba a la “búsqueda” y la *construcción de su sociedad*, las naciones hispanoamericanas se formaban a través de la lucha de la propia sociedad (de sus clases sociales, grupos, sectores, etc.) en la *búsqueda incierta de la construcción de un estado*, la construcción de dispositivos institucionales que articularan las relaciones entre cierta anarquía social y formas institucionales que aseguraran su representación política. Creo que sin este argumento histórico no se puede entender el fundamentalismo “fundacionista” de la dictadura argentina (en comparación con el “desarrollismo” autoritario de los militares brasileños). Resumiendo (o esquematizando): pueblos sin estado por un lado, y un estado sin pueblo por el otro.

Volviendo al “caso” argentino, todo el discurso justificador de un estado de guerra interno permanente por parte de las fuerzas armadas en la dictadura pierde su razón de ser cuando – ante la casi desaparición e irrelevancia de los grupos armados después de 1980 y el surgimiento de huelgas y malestar social irreprimibles –, la cúpula militar intenta una estrategia suicida de sobrevivencia buscando esta vez definir y construir un “enemigo externo objetivo”, (Inglaterra) y una justificación aglutinadora para la nación: la recuperación por la fuerza de las Islas Malvinas. El discurso “salvacionista y fundamentalista” de las fuerzas armadas encuentra su fuerza emocional al construir su nuevo enemigo: la figura de la ministra Thatcher (curiosamente identificada con la imagen de Hitler, e Inglaterra como la tierra de los piratas). La caricatura ridícula y el absurdo comenzaron a ocupar a partir del 2 de abril de 1982 (día de la invasión – o recuperación – de las Malvinas por parte de las fuerzas armadas) las tapas de todos los diarios y el discurso repetido hasta el cansancio de los medios de comunicación. Durante el mes de mayo, la estrategia propagandista y militar logró

galvanizar a la mayoría de los argentinos. El discurso oficial tomaba la forma de una gesta nacional y se parangonaba con la gesta de la victoria sobre las invasiones inglesas de 1806 y 1807. Pero cuando la escuadra inglesa hunde el portaaviones Independencia y se pone en evidencia que para los ingleses la guerra de “las Falkland” también representaba una gesta de recuperación nacional, la desesperación se instala en la Casa Rosada. El dictador presidente, (el “general majestuoso” en sus pocos momentos de sobriedad alcohólica, como lo llama un periodista norteamericano), y su cohorte de asesores, pierden totalmente el rumbo, buscando o aceptando el apoyo de sus peores enemigos ideológicos: Rusia y la Cuba de Castro, llegando al ridículo de asumir como propia la tesis comunista de la guerra popular prolongada. Si los ingleses no hubieran ganado la guerra, el ridículo, la incongruencia y el absurdo lo hubieran logrado igual en poco tiempo. Todo el discurso de la dictadura se desvanecía en el sinsentido y en una parodia que llevó a los argentinos desesperados a ocupar la Plaza de Mayo en los días de junio en que se produce la rendición argentina en las Islas Malvinas, exigiendo el fin del inepto régimen militar, vencido tanto en su frente externo como en sus políticas internas. La última etapa de la dictadura se cierra con la legalización y una apertura hacia todos los partidos y los discursos políticos, una auténtica “transición hacia la democracia”, aunque también una transición condicionada a negociaciones y acuerdos con sectores militares enormemente debilitados pero que querían asegurar alguna forma de paraguas legal que los cobijase ya no del prestigio “Juicio de la Historia”, sino de terrenales futuros juicios criminales generalizados (y se van configurando figuras legales como la de “obediencia debida”, que dividía responsabilidades entre los cuadros superiores e inferiores de las fuerzas armadas, y años después el ignominioso “Punto Final”, que para los hijos de los desaparecidos no puede representar mas que una burla hacia su condición de huérfanos).

La transición democrática (Comienzo de la Justicia transicional y el derecho a la memoria)

La crisis económica de comienzos de los años ochenta y la nueva deuda externa contraída en muchos casos en forma espúrea y especulativa, se sumó a la derrota militar y a una sensación generalizada de “y ahora qué?”. Un gran líder político, y el apoyo de un partido democrático representativo y suficientemente fortalecido con un enorme número de nuevos simpatizantes de todas las clases sociales, redescubriendo los valores reales de una democracia que había sido reducida a formalidades vacías e instituciones esclerosadas, abrieron para la Argentina una nueva etapa. El nuevo líder carismático del partido Radical comenzaba a ocupar un lugar privilegiado en el escenario político convulsionado pero lleno de expectativas: Raúl Alfonsín y su movimiento de Renovación Radical. La intuición de un líder carismático le permite siempre encontrar el discurso y los símbolos mas apropiados para sus metas: Raúl Alfonsín se presentó como el adalid de un movimiento que proclamaba la “renovación restauradora de la democracia y la legalidad”, representada por su permanente alusión a la Constitución Nacional. Una especie de biblia secular para la reinstauración del

régimen democrático: la ley ante todo (como abogado, la ley no representaba para Alfonsín solo un instrumento, sino un valor, un principio normativo y orientador de la vida pública). En sus manos, haciendo campaña electoral con el libro de la Constitución, éste asumía el papel de un símbolo todopoderoso que lograba resumir todos los valores democráticos que la ciudadanía exigía: igualdad ante la justicia, respeto, libertad e inclusión social. Tal vez exageró al afirmar que “con la democracia se educa, se come, se realiza la justicia y hasta se abren las puertas de las fábricas”. Ya en el gobierno, esta extrapolación exagerada del régimen político a todos los órdenes de la sociedad, fue rápidamente limitada por las exigencias de las leyes y los intereses económicos, pero sin embargo logró instalar en el imaginario del pueblo argentino valores y demandas fuertísimas de respeto a la democracia, a la legalidad y a las libertades civiles. Claro es que la igualdad no se instala solo con la ley o la libertad, sino a veces *contra la ley y la libertad*, y las terribles experiencias de algunas dictaduras comunistas del siglo XX no dejan lugar a dudas. La oposición entre libertad e igualdad no parece aún haber encontrado respuestas justas ni viables.

Podemos decir que la “primavera democrática” del primer año de gobierno (1984), parecía abrir “mil flores” para una etapa de auténtica transición a una sociedad sólidamente democrática – gobierno en el que tuve el privilegio de participar viviendo al lado del presidente las amenazas y los riesgos permanentes que acompañaron su presidencia durante casi 6 años –. Pero la realidad – en primer lugar el desconocimiento o el mal manejo de la política económica – se cobró su precio a través de la inflación y de huelgas salvajes por parte del sindicalismo peronista que no aceptaba haber perdido la mayoría electoral y los tradicionales favores del estado en los regímenes peronistas. El gobierno radical de Alfonsín descubría que había podido ganar la simpatía popular, pero no las riendas del poder político, asediado por los grandes intereses económicos, un sindicalismo opositor violento (13 huelgas generales en cinco años) y las permanentes presiones militares, temerosas de los juicios por violación a los derechos humanos en los años de la dictadura. Todos sabemos como terminó esa experiencia de gobierno auténticamente democrática a fines de 1989, pero ese no es tema de este artículo, de modo que volveré sobre los famosos Juicios a las Juntas Militares, lo que constituye uno de los hitos más notables de la historia política argentina y latinoamericana.

La Argentina vivió uno de los procesos de Terrorismo de Estado más violentos y sanguinarios de América del Sur. La Justicia Transicional comenzó a tomar figura institucional con el Juicio a las Juntas Militares en el gobierno de Alfonsín a mediados de los ochenta. El apoyo masivo hacia la figura del nuevo presidente (que había hecho su campaña presidencial esgrimiendo un ejemplar de la Constitución como si fuese el brazo de la justicia y la democracia) dió fuerzas al nuevo gobierno para iniciar una auténtica cruzada civil en busca de verdad y justicia para las decenas de miles de desaparecidos. Toda la sociedad apoyó los juicios: las tapas de los periódicos y las pantallas de televisión se llenaron de escenas de un tribunal civil con presencia de públicos (víctimas, sobrevivientes, testigos, amigos, simpatizantes, etc.). Los testimonios desgarradores y la publicación de “Nunca Más”, operaron sobre la mente colectiva argentina con toda

la fuerza y la carga dramática que surge de los procesos de expresión de lo reprimido. La “violencia mansa” de la Justicia, de las Madres y Abuelas de Plaza de Mayo que ahora finalmente llegaban con sus pañuelos blancos a los tribunales y a las tapas de los periódicos y las pantallas de televisión, así como las declaraciones desgarradoras de las víctimas y sobrevivientes, se oponía a las imágenes anteriores de la violencia salvaje en la represión militar. Los jueces y abogados esgrimiendo la palabra de la ley suplantaron a los fusiles, los tanques, el color pardo del uniforme militar, los gritos y las órdenes imperativas. La claridad de los tribunales suplantó a la oscuridad de la noche en que operaban los “grupos de tareas”, los calabozos, los gritos de dolor de los torturados y el anonimato de los torturadores encapuchados. Todas estas imágenes se implantaron como representaciones indelebles en la memoria colectiva de los argentinos.

Tal vez una diferencia central entre la clase de justicia transicional realizada en el Brasil y la llevada a cabo en la Argentina, estriba en que mientras en el primero todos los dispositivos legales se centraron casi exclusivamente en la figura de las víctimas y la “Amnistía” de las mismas, en la Argentina el escenario cubrió en forma dramática y equilibrada no solo la presencia de las víctimas sino también la de los victimarios, sujetos al escarnio de la televisión y la exposición pública, los medios de prensa internacionales, el “escrache” (abucho público) y finalmente la cárcel. Esto explica las diferencias de significado que sugiere el término “amnistía” entre los brasileros y los hispanoparlantes, ya que el gobierno de Menem – posterior a Alfonsín – resuelve otorgar una amplia amnistía a los militares condenados, generando así un permanente estado de indefinición legal, dependiendo de las posiciones particulares de cada uno de los sucesivos gobiernos. Aún hoy, después de un cuarto de siglo desde la realización de los juicios, se siguen procesos – imprescriptibles – por el secuestro de niños de hijos de desaparecidos.

Hoy finalmente podemos afirmar que los miles de desaparecidos han sido incorporados como una presencia a la memoria colectiva. Han sido asumidos e *incluidos* como figuras simbólicas en las mentes, en los libros de historia, en monumentos, en muchísimos temas de investigación y de tesis y aún en los discursos del gobierno peronista actual (2003-2010). Podemos decir que la justicia ya superó la etapa “transicional”, para instalarse – junto al derecho a la memoria – como un valor universal dentro del discurso y las prácticas de una democracia que sin embargo siempre debe ser considerada transicional, o sea en transición a formas más justas y radicales de democracia.

Quiero terminar mi presentación recordando las palabras directrices inscriptas entre las fotos y las celdas de los reclusos, los torturados y los asesinados que se presentan en el Museo del Apartheid de Sud África: “*Democracy, Equality, Reconciliation, Diversity, Responsibility, Respect, Freedom*”. Apartheid Museum/ South Africa.

PASSAGENS DO DIREITO: NOTA SOBRE A CIRCULAÇÃO DE IDEIAS JURÍDICAS

Eduardo R. Rabenhorst¹

Para Antônio Carlos Wolkmer

Introdução

A constante defesa da interdisciplinaridade no campo do direito não elimina o visível desconforto causado por vezes pela simples menção a determinados temas que ultrapassam as tradicionais fronteiras do conhecimento jurídico. É bem verdade que os juristas estão cada vez mais abertos a domínios de pesquisa que antes poderiam lhes custar reputação acadêmica. Com muito maior frequência eles se interessam por assuntos alheios aos seus habituais campos de atuação, tais como literatura, cinema, gênero e sexualidade, entre tantos outros. Porém, isso não significa que o direito, enquanto ramo do saber, tenha simplesmente decidido escancarar suas portas, outrora tão cuidadosamente fechadas. Mesmo considerados atuais ou relevantes, alguns desses “motivos” ainda suscitam muita desconfiança. Afinal, como já observara Pierre Bourdieu há mais de uma década, a força do direito segue dependendo de regras restritas sobre quem está autorizado a falar, sobre o que se pode falar, e de que forma isso deve ser feito (BOURDIEU, 2000). E é muito pouco provável que essas regras consintam que um investigador situado na área jurídica, como é o meu caso, venha a se interessar por domínios teóricos aparentemente tão afastados da seara do direito como parecem ser os processos de circulação de ideias e as transferências culturais.

Se o faço, entretanto, não é por mero espírito de transgressão, mas por entender que o interesse em tela despe-se de sua aparente extravagância quando lembramos que a mobilidade é uma das características da condição global contemporânea, e, como tal, ela é algo que concerne, e muito, ao mundo do direito. Vivemos a época da intensificação das passagens, dos deslocamentos, das travessias, em variados sentidos e significados. Por isso, é o espaço e não mais o tempo que ocupa o centro de nossas preocupações². De fato, uma das singularidades do mundo atual é precisamente a dimensão que o fenômeno da transnacionalização, em seus diversos aspectos, confere ao espaço. Situados em um momento no qual tudo se movimenta ou se desloca,

¹ Diretor e professor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Pesquisador PQ2 do CNPq.

² Como lembra Haesbaert (2009), Michel Foucault já teria alertado para a centralidade do espaço na era contemporânea. “A época atual talvez seja sobretudo a época do espaço. Estamos na época da simultaneidade: estamos na época da justaposição, na época do perto e do distante, do lado a lado, do disperso. Estamos num momento, creio eu, em que nossa experiência de mundo é menos a de uma longa via se desdobrando através do tempo, de que a de uma rede que conecta pontos e entrecruza sua própria trama” (Foucault, 1984).

sentimo-nos todos deambulando, de alguma maneira³. Daí não causar surpresa o emprego cada vez mais corrente nas ciências humanas e sociais da metáfora da viagem, como também as constantes referências que tais ramos do conhecimento fazem aos temas do nomadismo, migração, diásporas, cruzamentos culturais e experiências de fronteiras. Donde também o interesse crescente de se refletir sobre a territorialidade, os movimentos de pessoas (especialmente trabalhadores imigrantes, refugiados e exilados), objetos e informações (dados, imagens, produtos culturais etc.).

Na verdade, a própria viagem vem se convertendo nos últimos anos em tema “nobre” de investigação acadêmica. Primeiro por parte da chamada sociologia do turismo, ramo das ciências sociais já bem institucionalizado, que procura pensar o conjunto de dimensões sociais, culturais e política desta forma “industrial” de se viajar. Em seguida, por parte do que se poderia nomear vagamente de “teoria da viagem”, uma forma de reflexão mais independente em relação a linhas disciplinares, praticada principalmente por filósofos, antropólogos, teóricos da literatura e historiadores⁴.

De todo modo, ao inscreverem a reestruturação do espaço como objeto de suas reflexões, as ciências sociais foram levadas a reconfigurar suas próprias relações com outros ramos do conhecimento. Afinal, como o espaço se relaciona a tudo (ele é um *traveling concept*, diriam talvez alguns), é inevitável que filósofos e cientistas sociais e das humanidades interessados pelo tema venham a ultrapassar os limites habituais de suas esferas de atuação.

O mesmo acontece em relação ao direito. Não podendo estar alheio a essa intensa reorientação do espaço na contemporaneidade, o saber jurídico também começa a ampliar seu interesse pelo tema da circulação, sobretudo no que concerne à compreensão da mobilidade experimentada pelo próprio direito enquanto produto cultural. Com efeito, para além de todos os aspectos jurídicos que envolvem a movimentação de pessoas, bens e informações (marcos regulatórios, direitos e deveres daqueles que se deslocam, responsabilidade dos que prestam esse serviço etc.), problemas normalmente estudados pelos juristas, o direito é ele mesmo examinado hoje como cultura ou “mentalidade” que se desloca incessantemente de um lugar a outro. Afinal, o direito viaja, circula, transita. Foi assim no passado, quando a cultura jurídica romana se disseminou na Europa medieval (MONATERI, e GEOFFREY, 2006). É assim no presente, especialmente quando uma determinada concepção do direito é imposta pelos organismos internacionais ao resto do mundo, em um processo que vem sendo chamado de “americanização do direito” (MATTEI, 2003).

³ Como diz Baumann, “estamos todos – de uma forma ou de outra, no corpo ou no espírito, aqui e agora ou no futuro antecipado, de bom ou de mau grado – em movimento: nenhum de nós pode estar certo/a de que adquiriu o direito a algum lugar uma vez por todas, e ninguém acha que sua permanência no lugar, para sempre, é uma perspectiva provável. Onde quer que nos aconteça parar, estamos, pelo menos parcialmente deslocados ou fora do lugar” (Cf. BAUMAN, 1998, p. 118).

⁴ A teoria da viagem surgiu principalmente como resultado do clima intelectual criado em torno das reflexões acerca do pós-colonialismo e do imperialismo, bem como sobre o papel das viagens na obra de escritores ditos “migrantes” (Vide SAID, 2008; BHABHA, 1998; KAPLAN, 1999; e CLIFFORD, 1997).

Compreender o sentido e o significado da circulação do direito é tarefa de várias especialidades acadêmicas, particularmente da história do direito e do direito comparado. De modo muito genérico, podemos dizer que a primeira rastreia a dinâmica do direito do ponto de vista temporal (diacrônico). A segunda, por seu turno, identifica e cataloga as semelhanças e diferenças existentes entre diversas “famílias” ou sistemas jurídicos.⁵ As duas disciplinas, entretanto, costumam pensar a movimentação do direito sempre em sentido “formal” (o direito como leis, instituições, procedimentos etc.) e acordam pouca atenção às viagens do direito enquanto cultura jurídica, isto é, como conjunto de ideias, atitudes, valores, crenças e comportamentos sobre o direito. Ora, como muitos autores têm procurado insistir, inclusive aqui na América Latina (por exemplo, BONILLA, 2009), não é apenas como legislação que o direito viaja. Ele o faz também enquanto forma de pensar e de agir de uma coletividade, isto é, como cultura. Donde a importância de se compreender a circulação jurídica a partir de uma perspectiva mais ampliada do que a convencional, tal como fazem os estudos sobre interculturalidade, especialmente a história do cultural e a teoria das transferências culturais.

Sobre viagens e teorias

Enquanto modo especial de relacionar-se com o espaço e o tempo, a viagem é uma forma de deslocamento tipicamente humana. Parece que o ser humano, errante e aventureiro por natureza, para se encontrar, precisa antes se perder. Por curiosidade, obrigação ou prazer, a criatura humana está sempre a viajar, concreta ou metaforicamente. Claro, existem aqueles que odeiam a incerteza do movimento constante e preferem a segurança da vida sedentária. Porém, com muita frequência o ser humano, para usar os termos de Michel Onfray, é mais pastor que agricultor, preterindo o conforto do enraizamento em favor da vida ziguezagueante (ONFRAY, 2009).

Porém, o que significa viajar? Certamente não é apenas o fato de alguém se deslocar de um lugar a outro. A movência humana pressupõe projeto, ainda que ela contenha também a possibilidade de deriva, isto é, de um desvio de rota ou derrapagem imprevista, que faz com que uma viagem se converta em aventura (MALABOU e DERRIDA, 1999). Contudo, viajar não ganha sentido sem a probabilidade de um regresso ao ponto de partida. E é em razão deste “círculo” que a viagem se distingue de um simples deslocar-se. Viagem pressupõe volta, ainda que isso nem sempre venha a acontecer.

A viagem exige assim um lar, uma morada, um ponto fixo de onde se parte e para onde se retorna. Por isso, os nômades, de algum modo, não viajam, visto encontrarem-se sempre numa situação de itinerância. O mesmo acontece com aqueles que vivem as experiências dos deslocamentos forçados, tais como o êxodo, a emigração, o banimento, a deportação etc. Por não serem resultantes de escolhas livres, tais des-

⁵ A alusão à generalidade dessas definições não é aqui mera estratégia de estilo. Afinal, parte considerável dos debates travados no âmbito na historiografia jurídica e no direito comparado concerne exatamente à natureza e à função destas disciplinas, aos métodos empregados, e às relações que elas entretêm com outros ramos afins.

locamentos não são propriamente viagens, mas formas de exílio ou de expatriação. Os exilados, os refugiados, os migrantes, experimentam assim um dos destinos mais tristes que é o de nunca se sentirem em casa⁶.

Exploradores, aventureiros, missionários, peregrinos, vagabundos, turistas... Existem tantos tipos de viajantes quantas são as formas de viagem. Contudo, para Paul Fussel, autor de um livro clássico sobre o tema, o autêntico viajante se encontraria a meio caminho entre as figuras do explorador e do turista. O primeiro se movimentaria em direção ao risco do desconhecido, da novidade. O segundo, por seu turno, buscaria “a segurança do puro clichê”. O viajante, portanto, situado entre os dois polos, mesmo estando longe do inseguro e do inóspito, reteria o máximo “da excitação da imprevisível adesão à exploração”.⁷

Essa visão, no entanto, é fortemente criticável, principalmente por supor a existência de viagens autênticas ou verdadeiras. Como indaga James Clifford (1997), o que havia de realmente desconhecido no cume do Everest quando Edmund Hillary lá chegou pela primeira vez? E a lua para Neil Armstrong? A imagem do “genuíno viajante” construída por Fussel e por muitos discursos similares parece estar presa a certos pressupostos de autenticidade, pureza e independência bastante questionáveis. O viajante ideal, diz Kaplan (1999: 50), é invariavelmente o homem ocidental, branco, de classe burguesa, e de formação humanista, cuja percepção, traduzida em relato, apesar de visivelmente comprometida com estes traços, pretende ser objetiva e universal.

De fato, uma das etapas essenciais da viagem é a sua narrativa. Uma viagem precisa ser narrada, contada, mostrada na forma de imagens, e se possível escrita, de forma literária, ficcional ou científica. Escrever é uma forma de viajar, mas a própria viagem, como muitos já disseram, é também escrita. Afinal, o viajante deve contar o que viu com os próprios olhos, muito embora ao menos um célebre viajante, James Holman, tenha sido cego (ROBERTS, 2008).

As viagens costumam assim se converter em textos, em registros escritos (ou imagéticos) que visam dar testemunho daquilo que foi conhecido. Narrados a partir de uma posição assimétrica, isto é, a de quem domina e, por conseguinte, de quem está autorizado a falar, os livros de viagem sempre estiveram a serviço dos interesses coloniais e imperialistas das grandes potências europeias. Através deles, exploradores e viajantes coletaram e transmitiram informações importantes sobre as colônias para as metrópoles, e ajudaram assim a construir o próprio imaginário do Ocidente acerca das outras culturas (PRATT, 1999).

Mas não são apenas as pessoas que viajam. As teorias e os conceitos também o fazem, observa Edward Saïd (2008), acrescentando que a relação entre teoria e viagem

⁶ Aquele que se encontra nessa situação, escreve Edward Saïd, “vive num estado intermediário, nem de todo integrado ao lugar, nem totalmente liberto do antigo, cercado de envolvimento e distanciamentos pela meta-de; por um lado, ele é nostálgico e sentimental, por outro, um imitador competente ou um pária clandestino” (Cf. SAID, 2005a, p. 57).

⁷ Daí que para Fussel, a chamada literatura de viagem, gênero literário especialmente forte no século XIX, estaria morta, pois ela apenas teria sido possível na época burguesa. Na presente cultura de massa, diz Fussel, a sensação da descoberta, típica da viagem, foi substituída pela “experiência vazia e organizada do turismo”, que procura sempre o já conhecido (Cf. FUSSEL, 1980, p. 39).

aponta para a necessidade de se perceber a primeira não apenas em sua dimensão histórica, mas também em sua amplitude “geográfica”.⁸ Em outros termos, é necessário compreender não apenas o momento histórico em que as teorias surgiram, isto é, *quando* elas foram construídas, como é o habitual, mas também de considerar o *espaço* de *onde* elas se originaram e, sobretudo, entender como elas transitaram em diferentes contextos geográficos. Escreve Said: “Tal como as pessoas e as escolas críticas, as ideias e teorias científicas também viajam; de uma pessoa a outra, de uma situação a outra e de uma época a outra” (Cf. SAID, 2008, p. 303).

As teorias circulam, atravessam fronteiras, emigram, e nesta espécie de “exílio”, acrescenta o intelectual palestino, elas não são apenas lidas, mas também reapropriadas e reconfiguradas em um processo que contempla várias fases:

“Primeiro há um ponto de origem ou o que parece sê-lo, um conjunto de circunstâncias iniciais sob as quais a ideia nasceu ou ingressou no discurso. Segundo, há uma distância percorrida, uma passagem através da pressão de diferentes contextos na medida em que a ideia passa de um momento anterior a outro tempo e lugar no qual alcançará nova relevância. Terceiro, há um conjunto de condições – chamemo-las condições de aceitação ou como parte inevitável da aceitação, resistências – que depois entram em confronto com a teoria ou ideia transplantada, tornando possível sua introdução ou tolerância, por mais estranha que possa parecer. Quarto, a ideia já adaptada (ou incorporada) por completo (ou parcialmente) se vê até certo ponto transformada por seus novos usos, sua nova posição em novo tempo e lugar” (Cf. SAID, 2008, p. 304)⁹.

Hoje, como no passado, as teorias viajam no âmbito de uma estrutura assimétrica de distribuição do saber. O trajeto, em geral, é das antigas metrópoles para as antigas colônias, do centro para as periferias. Como denunciaram as teorias pós-coloniais, existe uma divisão geopolítica do conhecimento. Contudo, mesmo sendo desigual ou vertical, o roteiro das teorias cria o que Pratt chama de “zonas de contato”, isto é, pontos de entrelaçamento entre as partes envolvidas, de modo que a apropriação do pensamento metropolitano por parte dos nativos termina por incidir – como uma espécie de refluxo inevitável – sobre a própria forma como este pensamento se configurou originalmente (PRATT, 1999). Daí que uma das consequências da itinerância das teorias é exatamente a dificuldade de identificação de um “marco zero” delimitador de sua própria autenticidade.

O conceito de zona de contato remete a uma discussão bastante presente no pensamento latino-americano sobre mestiçagem e sincretismo culturais. A Semana de Arte Moderna de 1922, refletiu sobre esse intrigante processo de desterritorialização

⁸ Aliás, em grego clássico, o próprio termo teoria (*theôria*) significa viagem. O teórico (*theôros*) era na cultura grega o observador (*oros*), um emissário que se desloca para outra cidade no intuito de *ver* uma procissão religiosa, um espetáculo (*Thea*) ou simplesmente para consultar o oráculo. Etimologicamente, portanto, a teoria está ligada à viagem e à busca de conhecimento (EUBEN, 2006).

⁹ Na época em que escreveu o texto acima transcrito, Said acreditava que percurso das teorias acabava por fazer sempre com que elas perdessem seu radicalismo. Posteriormente, o teórico palestino passou a entender que o fluxo de uma teoria pode, ao contrário, fazer com que a mesma venha a se tornar muito mais inovadora, como testemunha a recepção por parte de Frantz Fanon das ideias de Lukács (SAID, 2005b).

e territorialização de teorias e ideias, em termos de uma “antropofagia cultural” que deglutiria o pensamento alheio, “aproveitando suas proteínas e jogando fora os ossos” (ROUANET, 1993). Mais recentemente, escritores caribenhos como Eduard Glissant e Patrick Chamoiseau propuseram o neologismo “criolidade” (*créolité*) para definir a heterogeneidade cultural antilhana e caribenha, em oposição às noções tradicionais de negritude e assimilação. Outra voz que vem se destacando nesse debate é a do semiólogo argentino Walter Mignolo, para quem a cultura latino-americana forma um “pensamento de margem” (*borderthinking*), necessariamente mestiço, vez que resultante do cruzamento de culturas distintas. Por fim, pode-se evocar aqui a ideia de “consciência mestiça” proposta por Glória Anzaldúa (LIMA COSTA e ÁVILA, 2005)¹⁰. Em todas essas perspectivas o que se pretende realçar é o fato de que as culturas são tecidas umas com as outras (nenhuma é isolada ou forma um tecido homogêneo), de modo a deslegitimar concepções que durante séculos foram dominantes, e que continuam a postular algum tipo de “pureza”.

Passagens do direito

Foi principalmente através do método comparativo que os juristas buscaram compreender a dinâmica da circulação do direito. Contudo, sempre existiu muita discussão no âmbito da reflexão teórica sobre o direito acerca do estatuto da comparação. De fato, no que consiste a comparação? O que se pode comparar? Para que serve a comparação no direito? São perguntas difíceis sobre as quais comparatistas e historiadores do direito divergem, inclusive dentro de cada grupo. E a divergência começa na própria identificação de um conceito de direito a servir como elemento prévio da comparação. Afinal, existiria um objeto chamado “Direito” (assim mesmo com maiúsculas) a funcionar como solução universal e racional para problemas idênticos, e pairando acima da diversidade cultural? Não seria o direito, conforme observou Marc Bloch, “o envoltório formal de realidades em si mesmas extremamente variadas”? (Cf. BLOCH, 2001, p. 131).¹¹

A comparação, na verdade, é um método que acompanha as ciências sociais desde que elas surgiram no final do século XIX. Neste período, o projeto colonial

¹⁰ Outra proposta de se pensar esse “terceiro espaço” formado nas margens vem do intelectual hindu Homi Bhabha, que também concebe o encontro entre culturas nos termos de ação e de conflito, mas igualmente como um processo de negociação do qual resultaria o híbrido (BHABHA, 1998). Obviamente, tanto a posição dos autores latino-americanos quanto a de Bhabha, entre tantas outras similares, são alvo de infundáveis controvérsias, a começar pelos próprios termos por eles empregados para designar as mesclas de culturas. Mestiçagem e hibridizem apresentam conotações biológicas ou orgânicas (cruzamento de raças ou plantas), da mesma forma que o vocábulo sincrético, muito usado por Roger Bastide, remete a fusões religiosas ou de crenças. O neologismo “criolidade”, por sua vez, tende a privilegiar os momentos de recriação ou de apropriação de uma cultura em relação à outra, esquecendo, como diz Bernd (2003), seguindo Alberto Moreiras, que no âmago dessas misturas também há “censura, exclusão, eliminação, de um certo número de fatos culturais e eleição privilegiada de outros” (BERND, 2003:20).

¹¹ Nesse sentido, posição de Bloch sobre os limites de uma história do direito é bastante clara: “A história do direito, em suma, poderia muito bem só ter existência separada como história dos juristas: o que não é, para um ramo de uma ciência dos homens, maneira tão ruim de existir” (BLOCH, 2001, p. 131).

européu foi redesenhado e a percepção dos habitantes das colônias ressignificada com o alvorecer das chamadas “ciências do homem”. Tais ciências (na verdade, ciências do “homem colonial”, num duplo sentido, isto é, feitas por colonizadores sobre colonizados tomados como objetos) foram profundamente marcadas pelo uso do método comparativo. Através da comparação, os evolucionistas puderam identificar, agrupar e classificar práticas culturais diversas, encontrando nelas um princípio comum subjacente (JUCQUOIS e VIELLE, 2000). No campo do direito, a comparação seguiu a mesma lógica. Aos olhos dos primeiros comparatistas, o “gênio” próprio de cada povo ocuparia um espaço fundamental na configuração das “famílias” jurídicas, que evoluíam tal como um organismo, segundo um pano de fundo comum¹².

Recentemente, o método comparativo foi interpelado por abordagens mais horizontais dos processos de circulação. Tais perspectivas, no lugar de privilegiarem os pontos de partida e de chegada, acordam maior atenção ao que se passa entre os dois: a viagem, o “entre lugar”, a fronteira (CLIFFORD, 1997; LOTMAN, 1966; e TURGEON, 1998). Uma dessas abordagens é a chamada “teoria das transferências culturais” (*transfertsculturels*, *Kulturtransfer*, *cultural mobility* etc.), cuja proposta é refletir sobre o deslocamento ou trânsito de objetos materiais e imateriais entre as diversas culturas, como também sobre os agentes propiciadores dessa circulação (ESPAGNE, 1999).

A teoria das transferências culturais faz parte, na verdade, de um campo maior de estudos sobre interculturalidade em seus vários aspectos: histórias cruzadas, empréstimos culturais, tradução etc.¹³. Nesses estudos, um conceito central é o de transculturação. Concebido pelo antropólogo cubano Fernando Ortiz na década de 1940, o termo buscou substituir a descrição das transferências culturais até então feita, sobretudo, em termos de aculturação, por um modelo que privilegiava não a perda ou a absorção de uma cultura pela outra, mas, ao contrário, a produção de uma cultura

¹² É sempre importante lembrar que a aurora do direito comparado coincide com as primeiras “exposições universais” europeias no final do século XIX, no chamado *fin de siècle*. A mais famosa delas, a de Paris, em 1900, é considerada o apogeu desse novo momento da história europeia que recebe o nome de *Belle époque*. É uma época de profundas transformações científicas e tecnológicas. Nela se desenha o caráter global da economia capitalista, a ser impulsionado pelo desenvolvimento dos transportes (veículos automotores, aviões, transatlânticos etc.) e das comunicações (transmissões de rádio a longa distância, surgimento da fotografia, do cinema e da televisão), bem como pela disputa por matérias-primas necessárias ao incremento tecnológico, algo que ensejará alguns anos depois o primeiro confronto militar mundial (Vide DA COSTA e SCHAWRCZ, 2007). Do ponto de vista do direito, as transformações ocorridas nesse período também são decisivas. O século XIX é a época das codificações nacionais (o BGB alemão é de 1900, e o Código Suíço, de 1907) e das experiências de transporte de códigos para as novas colônias. É também no *fin de siècle* que método comparativo desponta nas ciências biológicas e na literatura. Em 1831, é criada no *Collège de France* a disciplina História Geral e Filosofia das Legislações Comparadas, e em 1869 surge em Paris a Sociedade de Legislação comparada. No Brasil, no ano de 1900, em Recife, Clóvis Bevilacqua realiza seu primeiro curso de Direito Comparado (CONSTANTINESCO: 1998; LOSANO: 2007).

¹³ A teoria das transferências culturais foi elaborada em dois níveis teóricos distintos. O primeiro, mais empírico, buscou descrever os processos de recepção e transformação dos empréstimos culturais, sobretudo aqueles ocorridos entre alemães e franceses a partir do século XVIII. Nesta linha estão situados, por exemplo, os trabalhos de Michel de Espagne e Michael Werner. O segundo nível teórico, por sua vez, está voltado principalmente para o exame dos fenômenos da hibridação e da mestiçagem cultural. Neste plano, as referências mais “clássicas” são os textos de Fernando Ortiz (1983) e Ángel Rama (1970).

de “trânsito”, heterogênea, híbrida. Como observa Zilá Bernd, o conceito de transculturação procurava, portanto, “encarar o processo cultural como dinâmico e suscetível de constantes mesclas e imbricações, aberto ao reaproveitamento e à reciclagem de vestígios culturais de origens diversas, alijados, por vezes, à periferia dos sistemas” (BERND, 2003: 215).

O conceito de transculturação foi utilizado também por Angel Rama na busca de uma compreensão da “plasticidade cultural” da literatura latino-americana. Para o ensaísta uruguaio, alguns escritores como Guimarães Rosa e Gabriel García Márquez, por exemplo, construíram narrativas transculturais, engendrando assim, a partir do manejo de elementos de várias culturas, uma produção ficcional inteiramente nova. Silvia Spitta, por sua vez, na mesma linha do escritor e crítico literário brasileiro Silviano Santiago, concebeu a transculturação em termos espaciais, isto é, como um lugar ambivalente e intermediário, lugar de passagem ou, de maneira mais poética, um “entre lugar” (TURGEON, 1998). Por fim, a categoria da transculturação foi igualmente empregada por alguns historiadores para descrever os “encontros coloniais” e os produtos deles resultantes. Neste sentido, através da leitura das narrativas construídas por viajantes europeus, Pratt procurou entender “em que medida as construções europeias sobre outros subordinados teriam sido moldadas por estes últimos, através da construção de si próprios e de seu ambiente” (PRATT, 1999:31).

Concebida para funcionar no âmbito das ciências humanas, especialmente nos campos da literatura e da história, a teoria das transferências culturais poderia talvez vir a ser transposta para o domínio da comparação jurídica, de modo a ampliar o tradicional debate entre contextualistas e textualistas¹⁴. Porém, este uso da teoria dos *transfertsculturels* nos estudos jurídicos, especialmente nos campo da história do direito e do direito comparado, exigiria a tomada de consideração do direito não apenas em seu invólucro formal (enquanto conjunto de normas e instituições), mas antes de tudo como cultura, isto é, como *prática e conduta* de indivíduos e grupos, e ao mesmo tempo, enquanto *representação e significado* que os indivíduos e grupos elaboram acerca dessas práticas (SARAT e KEARNS, 2003).

Tal é, por exemplo, a proposta de análise cultural do direito elaborada por Paul Kahn (1999). O escopo desta proposição é fornecer uma compreensão *genealógica* das modificações do significado dos conteúdos da prática social chamada direito, unida a uma *cartografia* de sua estrutura atual. É conectar genealogia com arquitetura,

¹⁴ Utilizo aqui a terminologia proposta por Sefton-Green (2001). Textualistas são aqueles que pensam como Alan Watson, autor de um livro clássico sobre “transplantes jurídicos” (WATSON, 1993). Para Watson, os transplantes jurídicos são transportes institucionais de regras, institutos e procedimentos de um sistema jurídico a outro. De acordo com Watson, a circulação jurídica depende menos da cultura e mais das necessidades e estratégias das “elites jurídicas” de transplantar determinados elementos de uma tradição a outra. Em confronto com esse ponto de vista estão os contextualistas representados, por exemplo, por Pierre Legrand, para quem não há algo que possa ser chamado de transferência ou transplante jurídico, simplesmente porque uma sociedade não pode tomar emprestadas as regras de outra sem convertê-las, através do processo de interpretação, em regras completamente novas. Assim, para Legrand, rigorosamente a transferência do direito termina por inexistir, pois não há como conduzir o sentido das regras e instituições de uma cultura para outra (LEGRAND, 1997).

de modo a proporcionar rastreamentos verticais dos conceitos jurídicos (ligados ao tempo) e rastreamentos horizontais (ligados ao espaço) das concepções do direito enquanto prática cultural.

A interseção genealogia/cartografia proposta por Kahn pode ser articulada às teses da teoria das transferências culturais, fornecendo assim uma compreensão renovada dos processos de circulação do direito. Como resultado dessa junção de métodos, pode-se vislumbrar uma representação alternativa da comparação jurídica que superaria a tradicional discussão sobre originalidade e recepção, e concentraria sua atenção no “entre lugar” e nos espaços jurídicos híbridos ou intersticiais.

Nos moldes estabelecidos por um importante investigador da área, o professor William Twining, estar-se-ia assim a construir uma *démarche* mais complexa das passagens ou viagens do direito, isto é, um ponto de vista capaz de ultrapassar o paradigma clássico da transposição institucional, bipolar, direta e unidirecional. Noutros termos, em contraposição ao modelo canônico de difusão jurídica, ter-se-ia uma perspectiva “translegal”, que visualizaria a circulação do direito de maneira multipolar, multidirecional, e não necessariamente formal, operando com transferências em níveis cruzados, a partir de vias complexas e com influências recíprocas, incidindo sobre um conteúdo bem mais amplo que o convencional: qualquer fenômeno ou ideia jurídica poderia “viajar” ou ser transferido de uma cultura a outra (TWINNING, 2004; também BONILLA, 2009).

Esta análise da circulação do direito permitiria uma compreensão diferenciada e mais dinâmica da formação do direito europeu e de seu transporte através do processo de colonização para outras partes do mundo. Ao longo de séculos, colonos, missionários e comerciantes, levaram seu direito consigo, mas de igual modo também o fizeram os escravos, os degradados e os refugiados. O direito, alerta Twining, foi transportado pela legislação, mas também pela literatura e pela religião. E como não existe transporte sem transformação, acrescenta o professor inglês, nas passagens do direito, o que foi transplantado teve de se adaptar às “condições locais”, perdendo assim elementos de sua própria configuração original.

Um bom exemplo do que acabamos de expor pode ser encontrado na história dos direitos humanos. Com efeito, a contribuição das culturas não ocidentais para a construção da ideia de direitos humanos continua escapando em grande medida à compreensão dos intelectuais ocidentais. Concebidos como uma genuína produção europeia e norte-americana, os direitos humanos são invariavelmente abordados nos termos de uma trajetória histórica que se inicia com a *Magna Charta* e culmina na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1779. Vistos como inovação da nova racionalidade imposta pela modernidade, os direitos humanos representariam a própria concretização do ideário iluminista do século XVIII de uma sociedade constituída por homens livres e iguais em direitos.

Entretanto, o que esta representação habitual da história dos direitos humanos tende a ignorar é que os direitos humanos também foram forjados nas “zonas de contato”, isto é, nestes “espaços sociais onde culturas díspares se encontram, se chocam, se entrelaçam uma com a outra, frequentemente em relações extremamente

assimétricas de dominação e subordinação” (PRATT, 1999, p. 27). Não se trata aqui simplesmente de evocar o amplo histórico de “lutas sociais” travadas no continente latino-americano, principalmente aquelas conduzidas pelas populações escravizadas, indígenas e negras, mas de entender que os direitos humanos não foram simplesmente transpostos da Europa para o resto do mundo. Com efeito, uma pergunta decisiva que não costuma ser feita pelos historiadores do direito é de onde os europeus, que viviam sob o jugo da tirania e do obscurantismo religioso, tiraram o próprio ideal de uma sociedade formada por indivíduos livres e iguais? Nunca é demais recordar que os próprios pais do constitucionalismo norte-americano reconheciam um débito em relação às práticas e crenças indígenas. Ao que parece, foi a visão da liberdade dos índios que levou Jefferson a substituir “propriedade” por busca da felicidade como terceiro termo dos direitos naturais no texto da Constituição norte-americana (SHOHAT e STAM, 2006)¹⁵.

O que a história dos direitos humanos parece requerer não é um modelo de uma única raiz, mas sim uma perspectiva “rizomática”. Tratar-se-ia no caso, menos de buscar a origem, e mais de realizar uma genealogia, nos moldes propostos por Kanh. Uma boa pista de trabalho pode ser encontrada nos textos de Mary Louise Pratt. No entender da historiadora canadense, os nativos sul-americanos utilizaram teorias produzidas na Europa para compreender suas próprias experiências históricas e acabaram assim por elaborar novos conteúdos e significados, que foram empregados, inclusive, como argumentos contra a colonização e a escravidão indígena.

Exemplar, neste sentido, seria para Pratt petição dirigida a Coroa da Espanha por um grupo de chefes indígenas dos Andes, em 1562, que utiliza os símbolos e imagens do colonizador espanhol para expressar suas reivindicações (PRATT, 1996). Outro registro, do mesmo gênero, seria a crônica do índio inca Guaman Poma de Ayala, escrita entre 1615 e 1616, que condena a forma colonial de governo imposta pela coroa hispânica e o tratamento dispensado à população indígena através de um discurso que mescla elementos hebraicos e cristãos com a mitologia andina (PRATT, 1999)¹⁶.

Na verdade, ainda estamos longe de compreender a influência da descoberta da América e do processo de colonização no próprio modo como os europeus passaram a ver a si mesmos a partir do século XV. Como diria Boaventura de Sousa Santos, ainda que noutro contexto, o que há de mais intrigante nas descobertas imperiais é exatamente a dificuldade de saber quem é quem. A descoberta, neste caso, é necessariamente recíproca, e fincada numa relação de poder e de saber: quem descobre é também descoberto e vice-versa, de modo que o “descobridor” é tão somente aquele que tem a capacidade de declarar o outro como descoberto (SANTOS 2006: 181).

¹⁵ Aqui é interessante lembrar a frase de Oswald de Andrade no Manifesto Antropofágico da Semana de Arte Moderna de 1922 sobre a “origem” latino-americana dos direitos humanos: “Queremos a Revolução Caraíba. Maior que a Revolução Francesa. A unificação de todas as revoltas eficazes na direção do homem. Sem nós a Europa não teria sequer a sua pobre declaração dos direitos do homem”.

¹⁶ Devo a Fernanda Bragatto (2009), a primeira menção ao texto de Guaman Poma de Ayala, quando da análise de sua tese de doutorado defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS.

Porém, é bastante evidente que a “descoberta” de outros continentes e povos ensejou profundas mudanças no imaginário social das duas partes envolvidas no processo. A América não significou para os europeus apenas o encontro de novas terras, mas também o descobrimento de uma nova humanidade. Para os nativos dos Andes, por sua vez, a chegada dos invasores foi interpretada como um *pachakuti*, isto é, uma verdadeira revolução do tempo, do espaço e do mundo. Nos dois casos o encontro entre europeus e nativos produziu utopias. Os primeiros foram levados a indagar acerca dos valores e costumes vigentes em suas metrópoles, bem como sobre a possibilidade de reformá-los. Entre os índios andinos, por sua vez, a conquista foi considerada como uma catástrofe, mas ela foi também concebida, numa apropriação do messianismo cristão, como o prenúncio de uma nova era, livre de opressões e injustiças (Vide CANTÚ, 2002) ¹⁷.

Outro exemplo interessante de transculturação, que vem sendo estudado por historiadores brasileiros e holandeses, são as chamadas “Cartas Tupis”, missivas trocadas entre índios potiguara quando da invasão batava no século XVI. Escritas em tupi¹⁸, essas cartas trocadas entre Filipe Camarão, indígena aderido dos portugueses, e o insurgente Pedro Poty, aliado dos holandeses, expressam, a partir do entrelaçamento entre a cultura cristã europeia e a cultura tupi, posições sobre temas importantes como tolerância religiosa, escravidão e direitos das populações indígenas.

Considerações finais

O objetivo deste breve ensaio foi suscitar reflexões iniciais sobre o uso da teoria das transferências culturais nos estudos jurídicos, seguindo as pistas já traçadas por alguns autores, de modo a reorientar a compreensão dos processos de circulação das culturas jurídicas. Sua principal hipótese é a de que o conceito de transculturação poderia ser um instrumento útil para o redimensionamento de algumas dicotomias e hierarquias, tais como fonte e influência, origem e recepção, original e cópia, muitas vezes utilizadas nos campos do direito comparado e da história do direito numa perspectiva de oposição rígida. Tal redimensionamento importaria não apenas a uma abordagem da mobilidade ou trânsito do direito em termos históricos, mas ela poderia ser igualmente fecunda em outros domínios, principalmente a tradução jurídica concebida como um modo de transferência intercultural.

¹⁷ Neste sentido, é interessante lembrar que um dos primeiros registros de uso da expressão “direitos do homem” foi a tragédia de M. Le Blanc, escrita em 1763, portanto, antes da independência norte-americana e da Revolução Francesa, intitulada *Manco-Capac premier Ynca du Pérou* (LE BLANC, 1782; vide a propósito HUNT, 2009).

¹⁸ Essas cartas foram enviadas à Holanda aos chamados senhores XIX e traduzidas pelo pastor Johannes Eduardus e estão, segundo a informação de Shalkwijk (2004), guardadas em arquivo. O historiador cearense Pedro Souto Maior publicou algumas delas em seu livro *Fastos Pernambucanos*. O mesmo fizeram Darcy Ribeiro e Carlos de Araújo Moreira Neto em *A Fundação do Brasil* (1992).

REFERÊNCIAS

- ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1980
- BAUMAN, Zigmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998 (capítulo 2: “Turistas e vagabundos: os heróis e as vítimas da pós-modernidade”).
- BERND, Zilá. *Americanidade e transferências culturais*. Porto Alegre: Movimento, 2003.
- BHABHA, Homi. *O local da cultura*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1998.
- BONILLA, Daniel Maldonado (Ed.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes/Pontificia Universidad Javeriana- Instituto Pensar, 2009.
- BRAGATTO, Fernanda. *Pessoa humana e direitos humanos na Constituição brasileira de 1988 a partir da perspectiva pós-colonial*. Tese de doutorado defendida no Programa de Pós-Graduação da UNISINOS, São Leopoldo, 2009.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
- CLIFFORD, James. *Travel and Translation in the Late Twentieth Century*. Cambridge: Harvard UP, 1997.
- CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- CANTÚ, Francesca. “America y utopia en el siglo XVI”. *Cuadernos de Historia Moderna Anejos*. I, 2002, p. 45-64.
- DA COSTA, Angela Marques e SCHWARCZ, Lilia Moritz. *1890-1914 – No tempo das certezas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- ESPAGNE, Michel. *Les transferts culturels franco-allemands*. Paris, PUF, 1999.
- EUBEN, Roxanne L., *Journeys to the other shore. Muslim and Western Travelers in Search of Knowledge*. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2006.
- FIRESTONE, Mike. *O Desmanche da cultura. Globalização, pós-modernismo e identidade*. São Paulo: Studio Nobel/SESC, 1997.
- FOUCAULT, Michel. Des espaces autres (conférence au Cercle d'études architecturales, 14 mars 1967), *Architecture, Mouvement, Continuité*, n°5, octobre 1984, p. 46-49.
- FUSSEL, Paul. *Abroad: british literary travelling between the wars*. Oxford: Oxford University Press, 1980.
- HAESBERT, Rogério. *O mito da desterritorialização*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.
- HALL, Edward. *A dimensão oculta*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- JUCQUOIS, Guy e VIELLE, Christophe. *Le comparatisme dans les sciences de l'homme*. Bruxelles: De Boeck Université, 2000.
- KANH, Paul. *The cultural study of law. Reconstructing Legal Scholarship*. The University of Chicago Press, 1999.
- KAPLAN, Caren. *Questions of travel. Postmodern discourses of displacement*. Duke University Press, 1999.
- LE BLANC, M. *Manco-Capac premier Ynka du Pérou*. Paris: Belin, 1782. Disponível em formato eletrônico em: http://books.google.com.br/books?id=HkY6AAAACAAJ&pg=PA5&dq=Manco-Capac&chl=ptBR&ei=9U6NTJqpAsOqlAeQvdRk&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CDIQ6AEWAQ#v=onepage&q&f=false. Acesso em 12 de setembro de 2010.

- LEGRAND, Pierre. "The impossibility of 'Legal Transplants'". *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4, 1997.
- LIMA COSTA, Cláudia de e ÁVILA, Eliana. "Glória Anzaldúa, a consciência mestiça e o feminismo da diferença", *Revista de Estudos Feministas*, vol. 13, n. 3, set/dez 2005.
- LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LOTMAN, Youri. *La sémiosphère*. Presses Universitaires de Limoge, 1966.
- MALABOU, Catherine e DERRIDA, Jacques. *La contreallée*. Paris: La quinzainelittéraire, 1999.
- MARGATO, Izabel e GOMES, Renato Cordeiro. *Espécies de espaço*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2008.
- MATTEI, Ugo. "A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2003, p. 383-448.
- MONATERI, P. G. e GEOFFREY, Samuel. *La invención del derecho privado*. Bogota: Universidad de Los Andes, 2006.
- ONFRAY, Michel. *Teoria da viagem: poética da geografia*. Porto Alegre: L&PM, 2009.
- ORTIZ, Fernando. Del fenómeno de latransculturación y su importância em Cuba. In: *Contrapunteo cubano del tabaco y del azúcar*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1983.
- PRATT, Mary Louise. *Os olhos do império*. Bauru: EDUSC, 1999.
- RAMA, Ángel. Transculturização na narrativa americana. *Cadernos de Opinião*, Rio de Janeiro, 1975, p. 71-82.
- RIBEIRO, Darcy e MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. *A fundação do Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1992.
- ROBERTS, Jason. *O viajante cego*. Lisboa: Casa das Letras, 2008.
- ROUANET, Sergio Paulo. "Vingança do Bispo Sardinha", In: ROUANET, Sergio Paulo, *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- ROULAND, Norbert. *Introduction historique au droit*. Paris: PUF, 1998.
- _____. *Antropologie juridique*. Paris: PUF, 1990.
- SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SAID, Edward Said. *El mundo, el texto y el crítico*. Barcelona: Debolsillo, 2008.
- _____. *Representações do intelectual*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005 a.
- _____. "Reconsiderando a teoria itinerante." In: SANCHES, Manuela Ribeiro (Org.). *Deslocalizar a Europa*. Lisboa: Cotovia, 2005 b.
- SOUSA SANTOS, Boaventura. *Gramática do tempo*. São Paulo: Cortez, 2006.
- SARAT, Austin e KEARNS, Thomas. *Cultural analysis, cultural studies and the law*. Duke University Press, 2003.
- SEFTON-GREEN, Ruth. "Compare and contrast: monstre a deuxtêtes." *Global Juristes Advances*. Vol. 1, Issue 3, 2001.
- TURGEON, Laurier. *Les entre-lieux de la culture*. Presses de l'Université Laval, 1998.
- TWINNING, William. "Diffusion of Law: A Global Perspective." *Jornal of Legal Pluralism* 1-45, vol. 49, 2004.
- WATSON, Alan. *Legal Transplants: A approach to Comparative Law*. The University of Georgia Press, 1993.

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO: EL CAMINO HACIA UNA LECTURA SOCIAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS¹

Elizabeth Salmón²

Introducción

De acuerdo a la normativa del sistema interamericano³, la Corte interamericana no tiene competencia directa para conocer la violación de los DESC contenidos en la Declaración Americana ni en el Protocolo de San Salvador, salvo los casos de los derechos a la educación y libertad sindical ya antes mencionados. No obstante, en la práctica no se ha cerrado la puerta de entrada a los DESC sino que, por el contrario, se ha generado una serie de pronunciamientos que configuran una línea jurisprudencial en el tema. En efecto, la Corte interamericana ha implementado una verdadera interpretación “social” de los derechos civiles y políticos contenidos en la Convención Americana que sirve tanto para dotarlos de contenido, como para responder a una serie de demandas individuales en que están inmersos los DESC. De este modo, se ha generado a este nivel una jurisprudencia sostenida que abunda en esa alianza y que ha servido no sólo para evitar los límites materiales que la Convención Americana le establece, sino también como una forma de dar respuesta a las múltiples demandas de los ciudadanos latinoamericanos en materia social.

Debe notarse que la técnica usada por la Corte no le es exclusiva. En efecto, en el marco del sistema universal uno de los casos que marcó la pauta sobre la posibilidad fue el asunto *Zwaan de Vries vs. Países Bajos*, resuelto por el Comité de Derechos Humanos el 9 de abril de 1987. Dicho asunto se refería a la afectación del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en virtud a la discriminación de una mujer en el otorgamiento de una pensión, lo cual resultaba también violatorio de su derecho a la seguridad social. Un supuesto muy similar se presentó en el caso *Derksen y Bakker*

¹ Extracto del libro “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tomo 1: Los derechos económicos, sociales y culturales” (Lima: GTZ, 2010).

² Doctora en Derecho Internacional. Profesora Principal del Departamento de Derecho y Coordinadora de la Maestría en Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

³ En relación a la competencia de la Corte, el artículo 62.3 de la Convención Americana dispone que:

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Mientras que el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador señala que:

En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

vs. Países Bajos, resuelto el 1 de abril de 2004 por el mismo Comité. En este asunto se denegó el otorgamiento de la pensión de jubilación a una mujer viuda y su hija, sobre la base de que no se encontraba casada con el beneficiario al momento de su muerte. En este segundo caso, se protegió igualmente el derecho a la seguridad social de las peticionarias a partir del artículo 26 del PIDCP referido al derecho a la igualdad ante la ley.

Igualmente, la Corte Europea no se ha limitado a proteger únicamente los pocos DESC contenidos en la Convención Europea, sino que igualmente ha realizado una interpretación social de los derechos civiles y políticos para proteger los DESC. En el caso *López Ostra vs. España*, por ejemplo, el Tribunal se valió del derecho a la familia (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) frente a un caso en el cual la contaminación ambiental producida por una planta que desechaba desperdicios había producido consecuencias perjudiciales para la salud de miembros de su familia.⁴ Igualmente, a través del artículo 8, el Tribunal ha protegido el derecho a la vivienda, no incluido expresamente en la Convención, en aquellos casos en que se alegó la destrucción y quema deliberada de viviendas de ciudadanos kurdos.⁵ De otro lado, constituye jurisprudencia reiterada del Tribunal la protección del derecho a la seguridad social a partir de las garantías del debido proceso contenidas en el artículo 6.1 del Convenio, al considerar que los individuos tienen derecho a un juicio justo para tutelar sus derechos, aun cuando éstos no estén incluidos en el Convenio.⁶

Por otro lado, si bien la Comisión Africana puede directamente conocer situaciones referidas a los DESC –debido a su expresa provisión en la Carta Africana– ésta también ha destacado la interdependencia e indivisibilidad entre ambos grupos de derechos, al tutelar también los DESC frente a alegadas vulneraciones de derechos civiles y políticos. En el caso *Malawi African Association vs. Mauritania*, frente a los hechos referidos a las malas condiciones de detención de los peticionarios –como consecuencia de la falta de alimentos, frazadas e higiene adecuada– la Comisión Africana consideró que los actos que violan los DESC (como negación de alimentos y servicios de salud) también constituían violaciones de los derechos civiles y políticos, lo cual muestra claramente la indivisibilidad e interdependencia entre dichos derechos.⁷

Paralelamente, esta práctica se viene siguiendo por parte de distintos tribunales internos, los cuales, cuestionando el entendimiento tradicional de los DESC como derechos programáticos, dotan de efectividad a los mismos respondiendo así a sus

⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). *Lopez Ostra v. Spain*, Judgment of 9 December 1994. Véase también *Guerra and others v. Italy*, Judgment of 19 February 1998. Citados por: KOCH, Ida Elizabeth. “Economic, social and cultural Rights as Components in Civil and Political Rights: A Hermeneutic Perspective.” *The international Journal of Human Rights*. Volumen 10. Número 4, 2006, Routledge. p.408.

⁵ Véase, TEDH. *Selcuk and Asker v. Turkey*, Judgment of 24 April 1998; *Bilgin v. Turkey*, Judgment of 16 November 2000; *Dulas v. Turkey*, Judgment of 30 January 2001 y *Orhan v. Turkey*, Judgment of 18 June 2002. Citados por: KOCH, Ida Elizabeth. Óp.cit., p.409.

⁶ TEDH. *Feldbru'gge v. the Netherlands and Deumeland v. Germany*, Judgments of 29 May 1986 y *Salesi v. Italy*, Judgment of 26 February 1993.

⁷ Comisión Africana de Derechos Humanos. *Malawi African Association vs/Mauritania, Amnesty Internacional vs/Mauritania, Ms. Sarr Diop, Union Interafricaine des Droits de l'Homme and RADDHO vs/Mauritania; Collectif des Veuves et Ayants-droit vs/Mauritania, Association Mauritanienne des Droits de l'Homme vs/Mauritania*. 50/91, 61/91,98/93,164/97 a 196/97 y 210/98. 11 de mayo de 2000.

propias realidades de reclamación de derechos sociales. Sólo por mencionar algunos ejemplos, resulta interesante un caso resuelto por la Corte Constitucional de Colombia el 22 de enero de 2004, referido a población desplazada.⁸ Los demandantes interpusieron una acción de tutela contra distintas instituciones públicas ante la falta de cumplimiento de sus obligaciones de proteger a la población desplazada. La Corte Constitucional consideró que sus condiciones de especial vulnerabilidad, sumada a la omisión del estado de brindarles la protección oportuna y adecuada, constituía una violación de sus derechos a una vida digna, a la integridad personal y a la igualdad, además de afectarse con ello sus derechos al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación, entre otros.

A semejanza de su par colombiano y sobre la base de jurisprudencia de éste, el Tribunal Constitucional del Perú también ha tutelado los DESC por encima de los límites materiales establecidos por la Constitución. Ciertamente, en el caso *Azanca Alhelí Meza García*, el Tribunal consideró que:

Si bien en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales establecidos en el artículo 2° de la Constitución, sino más bien se lo reconoce en el capítulo de los derechos económicos y sociales a que se refieren los artículos 7° y 9° de la Constitución, este Tribunal, al igual que nuestro similar colombiano [STC N.° T- 499 Corte Constitucional de Colombia], considera que cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho adquiere carácter de derecho fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía la acción de amparo.⁹

En particular, nos interesa ahora identificar los estándares que ha marcado la Corte Interamericana en su jurisprudencia a través del uso de esta estrategia. De este modo, nos referiremos a continuación al contenido social que ha brindado al derecho a la vida, a la integridad personal, a la protección y garantías judiciales, al principio de legalidad y retroactividad, a la libertad de asociación, a la nacionalidad, a la propiedad y a la igualdad ante la ley.

Artículo 4. El derecho a una vida digna

Una de las contribuciones más interesantes e importantes que ha realizado la Corte a través de su jurisprudencia de los últimos años es la relativa al concepto de vida digna. De acuerdo a Melish, la idea detrás de esta comprensión del derecho a la vida tiene su primera aparición expresa en la sentencia de reparaciones dada por la Corte

⁸ Corte Constitucional de Colombia. *Acción de tutela instaurada por Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montaño, Agripina María Núñez y otros contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el INURBE, el INCORA, el SENA, y otros*. 22 de enero de 2004.

⁹ Tribunal Constitucional de Perú. Recurso extraordinario interpuesto por Azanca Alhelí Meza García contra la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Expediente N° 2945-2003-AA/TC. 20 de abril de 2004.

Interamericana en el caso *Loayza Tamayo Vs. Perú*,¹⁰ en la que se refiere a la frustración del proyecto de vida de la víctima como consecuencia de la violación a sus derechos fundamentales. De este modo, la fundamentación que subyace se encuentra en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone.¹¹ Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha utilizado la noción de vida digna, en casos como *Pretty vs. The United Kingdom* en que consideró que este derecho supone la obligación positiva de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna.^{12 13}

Este derecho se inserta en la afirmación de que el derecho a la vida no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva).¹⁴ Esto último supone una ampliación al menos en dos sentidos. Uno primero, que podríamos denominar *vertical*, lleva a que el derecho a la vida implica el ejercicio de una serie de derechos tales como el derecho a la salud, educación, identidad cultural, entre otros, sin los cuales no es posible gozar de una vida armoniosa con el principio de dignidad inherente del ser humano, vale decir, con el derecho a una vida digna. Por otro lado, el contenido material del derecho a la vida también se expande de una manera *horizontal* cuando comprende, con todas sus especificidades, a grupos particulares como las personas que viven con discapacidad, grupos indígenas, niños, migrantes, entre otros. El resultado, es la afirmación de un derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna,¹⁵ lo que la Corte se ha encargado de definir a través de casos concretos en razón de las circunstancias *de facto*, pero también considerando a los titulares de los derechos directamente concernidos.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. parágrafo 148.

¹¹ Al respecto, véase MELISH, Tara. "The Inter-American Court of Human Rights. Beyond Progressivity." En: *Social Rights Jurisprudence: Emerging trends in comparative and international Law*. Nueva York: Cambridge University Press. 2008.

¹² TEDH. *Pretty vs. The United Kingdom*. Judgement of 29 April 2002.

¹³ En la jurisprudencia de tribunales internos, como la Corte Constitucional de Colombia, también se encuentra la utilización del concepto de vida digna. Este tribunal, en el caso *Manuel José Cepeda Espinosa*, sostuvo que el hecho de que Colombia sea un Estado Social de Derecho "le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, y que resulta –en consecuencia– vinculante para las autoridades, quienes deberán guiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema: la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo." Corte Constitucional de Colombia, Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia T-772 de 2003.

¹⁴ Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. parágrafo 139. Esta sentencia constituye una de las decisiones más relevantes de la Corte en relación con los DESC, porque integra por primera vez elementos de otros sistemas y de su propia reflexión, para ampliar la noción de los derechos civiles y políticos aplicables, e incluir en ella elementos propios de los derechos económicos y sociales.

¹⁵ Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Óp.cit., parágrafo 144.

De esta forma, en el caso de los niños se ha estimado que el artículo 19 de la Convención Americana que dispone que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial¹⁶. Por su parte, en el caso de las comunidades indígenas, la Corte ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos pueblos indígenas cuyo acceso a tierras ancestrales puede verse amenazado y, junto con ello, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia¹⁷, como medios esenciales para garantizar una vida digna. Igualmente, en el caso de los trabajadores migrantes, “generalmente (...) se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes).” Como ha reconocido la Corte expresamente, “[e]sta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.”¹⁸

La comprensión del derecho a la vida como una vida digna, como afirman los profesores Cançado y Abreu, “conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los DESC, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos”¹⁹. La jurisprudencia de la Corte ha construido, por tanto, un derecho a la vida en clave social que tiene manifestaciones concretas en función del titular del derecho, pero que al hacerlo expande el contenido material del derecho a la vida para todos los que, de manera general, detentamos ese derecho.

a. El derecho a la vida digna de los niños incluye el derecho a la educación y la salud

En el caso de los niños el derecho a la vida incluye “el deber del Estado de realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a los DESC y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles”²⁰ y, en concreto, “de manera destacada el derecho a la educación, que favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el

¹⁶ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. parágrafo 54 y Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. parágrafo 164.

¹⁷ U.N. Doc. E/C.12/1999/5. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), (20º período de sesiones, 1999), párr. 13, y U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (29º período de sesiones 2002), párr. 16. Citado por: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. parágrafo 167.

¹⁸ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. parágrafo 112.

¹⁹ Voto razonado concurrente de los Jueces Augusto Cançado Trindade y Aurelio Abreu Burrelli en el *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, parágrafo 4.

²⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. parágrafo 81.

menor y la propia sociedad”.²¹ Adicionalmente, la propia Opinión Consultiva No. 17/02 señala que:

86. En suma, la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos.

Estas obligaciones se tornan todavía más imperiosas cuando se trata de menores en situación de reclusión frente a los cuales el estado tiene una posición especial de garante por encontrarse estos bajo su custodia o cuidado.²² En el caso del *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, la Corte afirma contundentemente que “un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, *inter alia*, proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida”.²³ Esto además, debe ser leído junto con la necesidad, ya señalada por el Comité de los Derechos del Niño, de garantizar el desarrollo del niño, lo cual abarca el aspecto físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social.²⁴

Precisamente, en el caso del *Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay* se verificó que, a pesar de que existía un programa educativo, éste era “deficiente, ya que carecía de maestros y recursos adecuados” lo que, aunado a las condiciones de detención,²⁵ llevó a la Corte a concluir que:

[E]l Estado no cumplió efectivamente con su labor de garante en esta relación especial de sujeción Estado – adulto/niño privado de libertad, *al no haber tomado las medidas positivas necesarias y suficientes para garantizarles condiciones de vida digna a todos los internos y tomar las medidas especiales que se requerían para los niños*. Más aun, fue el Estado quien permitió que sus agentes amenazaran, afectaran, vulneraran o restringieran derechos que no podían ser objeto de ningún tipo de limitación o vulneración, exponiendo de manera constante a todos los internos del Instituto a un trato cruel,

²¹ Ídem. párrafo 84.

²² Respecto a esta posición especial de garante del estado frente a las personas privadas de libertad, véase: *Caso de los Hermanos Gómez Paquíyauri*, Óp.cit., párrafo 98 y *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003, párrafo 138.

²³ Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*, Óp.cit., párrafo 161. Asimismo, Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. Óp.cit., párrafos 80-81, 84, y 86-88; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, Óp.cit., párr. 196; y la regla 13.5 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985. Citados por: Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*, Óp.cit., párrafo 161.

²⁴ Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Observación General No. 5. 27 de noviembre de 2003, párrafo 12.

²⁵ Se constató que el Instituto no contaba con una infraestructura adecuada para albergar a los internos, que había una sobrepoblación carcelaria y, consecuentemente, éstos se encontraban en una situación de hacinamiento permanente. Estaban reclusos en celdas insalubres, con escasas instalaciones higiénicas y muchos de los internos no tenían camas, frazadas y/o colchones, lo cual los obligaba a dormir en el suelo, hacer turnos con sus compañeros, o compartir las pocas camas y colchones. Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay*. Óp.cit., párrafos 134.9 y 134.10.

inhumano y degradante, *así como a condiciones de vida indigna que afectaron su derecho a la vida, su desarrollo y sus proyectos de vida, configurándose de este modo una violación de los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 5.6 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, y respecto de los niños, leídos también a la luz del artículo 19 de la misma Convención.*²⁶ (La cursiva es nuestra).

b. La vida digna de las personas migrantes incluye el disfrute de los derechos laborales

La jurisprudencia de la Corte interamericana participa activamente del desarrollo de normas, principios y estándares relativos a la situación jurídica de los extranjeros en situación irregular. Dos factores influyen decididamente en este proceso. Uno primero es que la gran mayoría de los estados de Latinoamérica y el Caribe constituyen, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, importantes lugares de emigración, cuyo destino principal son países del norte, como Estados Unidos y Europa.²⁷ Este fenómeno genera una consciencia y necesidad social de resguardar sus derechos.

En segundo lugar, la Corte y su jurisprudencia se han distinguido por afirmar la existencia de un acervo humanitario-un *corpus iuris*, en sus propios términos- que busca acercar el desarrollo de los derechos humanos con los aspectos tradicionales de la soberanía estatal, modelando su comprensión y alcances. En este sentido, la Corte Interamericana contribuye a internacionalizar y *humanizar* el régimen jurídico²⁸, tradicionalmente estatal, de los migrantes en el Derecho internacional contemporáneo.

La Opinión Consultiva No. 18/03, relativa a la condición jurídica y derechos de los migrantes, realiza varios aportes fundamentales que, para efectos de este estudio, se centran en dos ejes interpretativos: de un lado, relacionar el ejercicio de derechos laborales como una condición esencial para el acceso a condiciones de vida digna y, de otro, enfatizar la separación que existe entre estatus migratorio y ejercicio de derechos, es decir, que las personas son titulares de derechos independientemente de su situación migratoria.

En este sentido, y dada la situación particular de las personas migrantes, los derechos laborales-contemplados en los artículos 6 y 7 del Protocolo de San Salvador; artículo XIV de la Declaración Americana; artículos 25, 26 y 27 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares²⁹; entre otros- conforman el ámbito material del derecho a la vida digna, inherente a todo ser humano. En efecto, la Corte afirma que “el ejercicio de los referidos derechos laborales fundamentales garantiza al trabajador y a sus familiares

²⁶ Ídem. párrafos 165-174.

²⁷ Véase al respecto CASTLES, Stephen y Mark J. MYLLER. “La migración a los países altamente desarrollados a partir de 1945”. En: *La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno*. Capítulo 3. México: Porrúa. 2004, pp. 89-119.

²⁸ Utilizamos este término en el sentido dado por Carrillo Salcedo en su obra anteriormente citada. Véase CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Óp.cit.*, pp. 13-14.

²⁹ Adoptada el 18 de diciembre de 1990 y en vigor desde el 1 de julio de 2003. Cuenta al momento con 42 estados partes. Destaca que, prácticamente la totalidad de estos, son países emisores de personas migrantes, sin embargo los principales países de destino de migrantes no han ratificado la Convención.

el disfrute de una vida digna”, por lo que, “los trabajadores tienen derecho a desempeñar una actividad laboral en condiciones dignas y justas, y recibir como contraprestación de su trabajo una remuneración que permita a ellos y sus familiares gozar de un estándar de vida digno”.³⁰ Esta afirmación se condice con la visión contemporánea de los derechos laborales que forman parte del patrimonio jurídico esencial para la consecución de las “aptitudes, habilidades y potencialidades (...) en aras de alcanzar un desarrollo integral como ser humano.”³¹

c. La vida digna de los pueblos indígenas

La jurisprudencia de la Corte se muestra plenamente consciente de las múltiples dificultades que atraviesan los pueblos indígenas en nuestro continente. De hecho, temas como miseria extrema, malnutrición, falta de acceso a la tierra y recursos naturales (como el agua), entre otros, son factores que influyen en una lectura social de todos sus derechos. En el caso específico del derecho a la vida digna, la Corte ha enfatizado nuevamente la vinculación intensa entre alimentación, salud, vivienda y educación con el pleno ejercicio del derecho a una vida digna. De esta forma, en casos como el de la *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, la Corte se pronunció en el siguiente sentido:

161. (...) El desplazamiento de los miembros de la Comunidad de estas tierras ha ocasionado que tengan especiales y graves dificultades para obtener alimento, principalmente porque la zona que comprende su asentamiento temporal no cuenta con las condiciones adecuadas para el cultivo ni para la práctica de sus actividades tradicionales de subsistencia, tales como caza, pesca y recolección. Asimismo, en este asentamiento los miembros de la Comunidad Yakye Axa ven imposibilitado el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como a agua limpia y servicios sanitarios.

162. Estas condiciones impactan negativamente en la debida nutrición de los miembros de la Comunidad que se encuentran en este asentamiento (supra párr. 50.97). A ello se suma, tal como ha sido probado en el presente caso (supra párrs. 50.98 y 50.99), las especiales deficiencias en la educación que reciben los niños y la inaccesibilidad física y económica a la atención de salud en la que se encuentran los miembros de la Comunidad.³²

Cabe destacarse la alusión especial que hace la Corte al tema de la salud y las condiciones para la salud en el contexto específico del derecho a la vida de las comunidades indígenas, pues la Corte enfatiza que la alimentación y acceso al agua limpia se encuentran íntimamente vinculados al derecho a la salud y éste, a su vez, resulta requisito *sine qua non* para el ejercicio del derecho a la vida digna (y sana). El acceso a la salud debe ser, además, física y económicamente posible para ser real y, sobre todo, para garantizar también el ejercicio de otros derechos humanos como a la educación o a la propia identidad cultural.

³⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. párrafo 158.

³¹ *Ibidem*.

³² Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Óp.cit. párrafos 161-162.

Asimismo, la Corte reconoce el papel de la medicina tradicional de las comunidades y su papel fundamental en la prevención y cura de enfermedades, por lo que, el derecho a la salud requiere también, en este caso específico, la garantía de acceso a las tierras y a la propiedad comunitaria.³³ En cualquier caso, la Corte, siguiendo jurisprudencia anterior, reafirma el papel de garante del estado en relación con estos grupos desde el momento en que las autoridades saben o deben saber de la existencia de una situación de riesgo real e inminente para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados.³⁴ En virtud a ello, una interpretación correcta del artículo 4 de la Convención Americana, nos llevaría a afirmar que el estado tiene obligaciones positivas generales y obligaciones positivas particulares en el caso de grupos vulnerables, en especial cuando se presenta un riesgo inminente y real de violación de derechos.

d. La vida digna de las personas con discapacidad mental

El caso de *Ximenes Lopez v. Brasil* constituye un hito en la jurisprudencia de la Corte interamericana al tocar, por vez primera, un supuesto de discapacidad mental en situación de internamiento y por la relación que establece la Corte entre el cuidado de la salud de estas personas y su derecho a la vida digna. Haciéndose eco del desarrollo universal que este tema viene teniendo³⁵, la Corte señala la situación de vulnerabilidad particular que acompaña a este grupo de la población cuando se encuentra sometido a un tratamiento de salud, en especial, la situación de internamiento psiquiátrico. Y esto “en razón del desequilibrio de poder existente entre los pacientes y el personal médico responsable por su tratamiento, y por el alto grado de intimidad que caracterizan los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas”³⁶. Un segundo punto fundamental de la sentencia es la afirmación de que los estados tienen “el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental”, lo que se traduce en “asegurar los servicios de salud básicos, la promoción de la salud mental, [la menor restricción posible a] la prestación de servicios de esa naturaleza y la prevención de las discapacidades mentales”.³⁷

³³ Ídem. párrafo 168.

³⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. párrafo 155.

³⁵ Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución No. 46/119 de 17 de diciembre de 1991; Organización Mundial de la Salud. División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias. Diez Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental, 1996; Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidades, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución No. 48/96, el 20 de diciembre de 1993; Declaración de los Derechos del Retrasado Mental. Resolución de la Asamblea General de la ONU, Documento A/8429 (1971); y Programa de Acción Mundial para los Impedidos. Resolución No. 37/52 de la Asamblea General de la ONU, Documento A/37/51 (1982), párrafos 95 al 107.

³⁶ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006, párrafo 129. Igualmente, Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidades, Op.cit. artículo 9.4; Comité de DESC. *Las personas con Discapacidad*. Observación General No. 5 (1994). párrafo. 9. Citados por: Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*.

³⁷ Ídem. párrafo 128.

De otro lado, un caso similar conocido por la Comisión y que resulta muy significativo es el de *Víctor Rosario Congo vs. Ecuador*, en el cual el señor Rosario Congo, quien sufría de trastornos mentales, fue recluido en una celda de aislamiento. Como consecuencia de ello, la víctima falleció producto de la deshidratación y desnutrición que sufrió durante los cuarenta días que estuvo recluido. Al respecto, la Comisión señaló que "por su estado mental [el señor Rosario Congo] no se encontraba en condiciones de responsabilizarse por su propio cuidado."³⁸ Asimismo, ante las alegaciones del estado de padecer "obstáculos estructurales que le impiden proveer tratamiento médico y psiquiátrico a las personas bajo custodia", la Comisión afirmó que este hecho "no lo exime del deber de prestar atención médica a [estas] personas."³⁹ En conclusión, la Comisión consideró que el estado no tomó las medidas a su alcance para asegurar el derecho a la vida de una persona que, por su salud mental, se encontraba en estado de indefensión, además de aislado y bajo su custodia, por lo que violó el artículo 4 de la Convención Americana.⁴⁰

De este modo, la jurisprudencia de la Corte y Comisión intenta paliar uno de los problemas más dolorosos y olvidados en la región, cual es la vida digna de las personas que viven en situación de discapacidad mental que bien puede ser producto de una causa genética como también psicológica, especialmente las derivadas de situaciones de violencia y violación de derechos humanos. Por ello, resulta muy importante afirmar que en el caso de este grupo vulnerable el estado resguarda su derecho a la vida cuando cumple con un deber de cuidar, regular y fiscalizar e investigar la situación de los pacientes. Es decir, al deber general de garante, que se aplica a las personas que se encuentran bajo su custodia o cuidado (como responsable de los establecimientos de detención), se suma un deber particular, que surge con las personas que se encuentran recibiendo atención médica y, el deber especialísimo, cuando se refiere a los pacientes con discapacidad mental. Sin esta triada de obligaciones difícilmente se puede afirmar el cumplimiento del derecho a una vida digna que tienen todos los seres humanos.

Artículo 5. El derecho a la integridad personal

El derecho a la integridad personal y su manifestación punitiva (la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes) tiene, de acuerdo a la Corte, una relación directa con derechos como el derecho a la salud, el cuidado médico durante una situación carcelaria y en particular, la situación de los niños.

³⁸ CIDH. *Víctor Rosario Congo vs. Ecuador*. Informe No. 63/99. 13 de abril de 1999. párrafo 73.

³⁹ Idem. párrafos 76-81.

⁴⁰ Idem. párrafo 84.

a. El derecho a la salud de las personas en situación carcelaria se inserta dentro del ámbito material de protección del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el caso *Lori Berenson vs. Perú*, con ideas que tienen su origen en pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Corte reafirma que “la detención de un preso con otras personas, en condiciones que representan un peligro serio para su salud, constituye una violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.⁴¹

De esta forma, la Corte ingresa a evaluar las condiciones carcelarias generales que pueden terminar generando una situación contraria al artículo 5 de la Convención Americana. En particular, sostuvo que:

[E]ste Tribunal ha señalado que la detención en condiciones de hacinamiento, el aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen una violación a la integridad personal⁴².

En virtud a estas consideraciones, y “atendiendo al conjunto de las circunstancias del caso y al contexto en que se produjeron los hechos, estima este Tribunal, sin lugar a duda razonable, que cuando menos parte de los actos de agresión examinados en esta causa pueden ser calificados como torturas, físicas y psíquicas. Considera también la Corte que dichos actos fueron preparados e infligidos deliberadamente contra el señor Cantoral Benavides cuando menos con un doble propósito. En la fase previa a la condena, para suprimir su resistencia psíquica y forzarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas. En la etapa posterior a la condena, para someterlo a modalidades de castigo adicionales a la privación de la libertad en sí misma.”⁴³

Adicionalmente, ya en el caso *Tibi v. Ecuador*, la Corte había anunciado que no proporcionarle alimento al detenido durante un día entero, también debía ser entendido como una violación del artículo 5 de la Convención.⁴⁴ La alimentación constituye ciertamente una condición esencial para disfrutar del derecho a la salud.

Esto además se condice con la obligación positiva, surgida del propio artículo 5, a que hace referencia la Corte interamericana en el caso *De la Cruz Flores v. Perú* cuando señala que “el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado

⁴¹ Se basa en el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos recaído en el asunto *Moriana Hernández Valentini de Bazzano c. Uruguay*, No. 5/1977 del 15 de agosto de 1979, párrs. 9 y 10.

⁴² Corte IDH. *Caso Lori Berenson Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párrafo 102. Igualmente, *Caso Cantoral Benavides*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párrafo 89 y ONU. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, Reglas 10 y 11.

⁴³ Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Óp.cit., párrafo 104.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párrafo 151.

debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal⁴⁵. De esta forma, la Corte, de manera general relaciona la salud (a través de una serie de condiciones para la salud) y la atención médica como elementos necesarios para comprender los alcances de la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.

En un sentido similar, se pronunció la Comisión Interamericana en el caso *Hernández Lima v. Guatemala*, referido al fallecimiento del peticionario durante su detención a causa del tratamiento médico insuficiente que recibió tras haber sufrido un edema cerebral y un ataque de cólera. De este modo, la Comisión destacó que, en virtud a su posición de garante especial de los detenidos, el estado cometió una omisión que violó el “derecho a la integridad física, psíquica y moral, y a la prohibición de infligir tratos inhumanos, crueles o degradantes, consagrados en el artículo 5 de la Convención Americana.”⁴⁶

b. El caso de los niños sometidos a reclusión en centros de internamiento penitenciario. Salud, educación y derecho a permanecer separados de los adultos.

En la situación específica de los niños en condiciones de detención, la Corte Interamericana ha aplicado también este estándar en casos como *Bulacio v. Argentina* de 18 de setiembre de 2003 y *el Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay* de 2 de setiembre de 2004. Aquí la Corte afirma la necesidad de conjugar la protección general de las personas en situación carcelaria con el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”.⁴⁷ Se alude también a que “los niños se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de una u otra forma en su proyecto de vida”⁴⁸.

Presentándose además, como una consecuencia particular, la necesidad de que para “salvaguardar los derechos de los niños detenidos, especialmente su derecho a la integridad personal, es indispensable que se les separe de los detenidos adultos”.⁴⁹

Resulta también importante destacar el énfasis que hace la Corte en relación a la salud mental y los efectos desfavorables en el desarrollo psíquico de su vida e integridad personal.⁵⁰ Igualmente, aunque de manera menos clara que en los casos anteriores, la Corte menciona la necesidad de contar con programas de educación (pues esto se asocia indistintamente con el derecho a una vida digna y con el derecho a la integridad personal).⁵¹

⁴⁵ Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. párrafo 132.

⁴⁶ CIDH. Caso *Hernández Lima v. Guatemala*. Informe 28/96. Caso 11.297. párrafo 59-61.

⁴⁷ Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*, Óp.cit., párrafo 136. Asimismo, Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, Óp.cit., párrafo 56.

⁴⁸ Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*. Óp.cit. párrafo 172.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*, Óp.cit., párrafo 136.

⁵⁰ Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*. Óp.cit. párrafo 168.

⁵¹ Ídem. párrafo 172.

c. Los tratamientos a las personas con discapacidad mental y el derecho a la integridad personal.

Ya se ha mencionado antes el deber especialísimo de cuidado que tiene el estado en relación con las personas que viven con una discapacidad mental y, en el caso específico de la salud y la integridad física y psíquica, la Corte se ocupa de la medida de sujeción que, según los parámetros exigidos por el artículo 5 de la Convención Americana, “debe ser empleada como medida de último recurso y únicamente con la finalidad de proteger al paciente, o bien al personal médico y a terceros, cuando el comportamiento de la persona en cuestión sea tal que ésta represente una amenaza a la seguridad de aquéllos. La sujeción no puede tener otro motivo sino éste, y sólo debe ser llevada a cabo por personal calificado y no por los pacientes⁵². De tal forma, que debe existir un equilibrio entre el interés del paciente y la necesidad de proteger su integridad psíquica, física o moral.

En un sentido similar, el Tribunal Europeo ha señalado en el caso *Herczegfalvy v. Austria* que normalmente los pacientes de hospitales psiquiátricos se encuentran en una posición de inferioridad y carencia de poder respecto de quienes están a su cargo. Por tal motivo, ha destacado que debe tenerse especial cuidado en el respeto y garantía del derecho a la integridad de estas personas.⁵³

Artículos 8 y 25. La lectura social de la protección y garantías judiciales y el debido proceso

Existe una vasta jurisprudencia sobre el contenido y alcances de estos derechos (conjunta y separadamente) que tiene, para el tema que aquí nos interesa, dos manifestaciones particularmente interesantes. Se refieren a casos en que el asunto de fondo se vincula con, por un lado, la propiedad de la tierra de las comunidades indígenas y, por otro, los derechos laborales. No se trata ciertamente de que el derecho a la protección y garantías judiciales cambie de contenido en estos supuestos, sino de que adquiera, precisamente por los intereses que están en juego, dimensiones particulares.

a. Acceso a la propiedad de las tierras por parte de pueblos indígenas

La Corte ha enfatizado la necesidad de delimitar, demarcar y proceder a un proceso de titulación de las comunidades indígenas para lo que debe existir un “mecanismo (procesal) efectivo”. De tal manera, que el estado violaría los artículos 8 y 25, en conjunción con el deber de adoptar medidas internas consagrado en el artículo 2 de la Convención Americana, si no prevé en su ordenamiento jurídico una herramienta procesal que sirva para tal fin. En efecto, los artículos 8 y 25 “obligan al Estado a ofrecer un recurso eficaz con las garantías del debido proceso a los miembros de las

⁵² Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, parágrafo 134.

⁵³ TEDH. *Herczegfalvy v. Austria*. Judgement of 24 September 1992. paragraph 82.

comunidades indígenas que les permita solicitar las reivindicaciones de tierras ancestrales, como garantía de su derecho a la propiedad comunal⁵⁴.

De ello la Corte desprende tanto la obligación de contar con un mecanismo procesal, como condiciones específicas de efectividad que tengan en cuenta el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de las propias comunidades.⁵⁵ La necesidad de resguardar los derechos de estas comunidades incluye, por tanto, el acceso a la propiedad pero también, como resulta conforme a Derecho, los mecanismos procesales *ad hoc* para lo que las garantías judiciales deben saber ajustarse a las características particulares de quien detenta el derecho.

b. Derechos laborales y la protección y garantías judiciales

Al igual que en el caso de la comunidades indígenas, la trascendencia de los derechos en juego, en este caso laborales, -consagrados en el Protocolo de San Salvador y en numerosos convenios de la Organización Internacional del Trabajo- marca el ingreso de una mirada social al tema de las garantías judiciales y el debido proceso. En ese sentido, la Corte reafirma la necesidad de que el trabajo, y los derechos que ello implica, tengan acceso a la justicia y todas las garantías judiciales. Es decir, reafirma el carácter general de estos derechos independientemente de si lo que se reclama es un derecho de tipo civil y político o de carácter económico, social o cultural. Pero además, el bien a protegerse, genera una especial preocupación de la Corte porque, como se afirma en el *caso Baena Ricardo v. Panamá*:

134. No escapa a la Corte que los despidos, efectuados sin las garantías del artículo 8 de la Convención, tuvieron graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida.

Esta misma argumentación, hace más perentoria aún la necesidad de que los estados garanticen el cumplimiento de una sentencia nacional. El caso *Acevedo Jaramillo v. Perú* constituye un precedente importante acerca de ejecución de sentencias relativas a derechos sociales, pues se refiere al incumplimiento de órdenes de reposición emitidas por instancias internas desde el año 1996, en virtud al despido arbitrario de trabajadores de la Municipalidad de Lima, las mismas que no habían sido ejecutadas hasta 1999, año en que se presenta la denuncia ante la Comisión. En este asunto, la Corte no aceptó el argumento del estado peruano por el cual la falta de presupuesto suspendía los efectos de la sentencia a favor de las víctimas a reincorporarse a su plaza. En tal sentido, un factor económico -insuficiencias presupuestarias- no puede justificar la demora durante años del cumplimiento de las sentencias⁵⁶, algo que se

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Óp.cit. parágrafo 67.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. parágrafo 138.

⁵⁶ Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*. Óp.cit., parágrafo 225.

considera sumamente grave “ya que implic[ó] que durante muchos años se afectar[a] n derechos laborales amparados en las mismas [sentencias]”.⁵⁷

Igualmente en el caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú*, la Corte analizó otro supuesto violatorio de las garantías judiciales, aunque en esta ocasión se trataba de las dificultades en la fase de admisibilidad de los recursos y el acceso a la justicia. En opinión de la Corte, ese “contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia” y en particular “el clima de inseguridad jurídica propiciado por la normativa que limitaba la impugnación respecto del procedimiento de evaluación y eventual cesación de las presuntas víctimas”⁵⁸ (que no tenían certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que se consideraran vulnerados, fuera administrativa, contencioso administrativa o de amparo) se considera especialmente por ser el trabajo la fuente principalísima de acceso a condiciones de vida dignas. En tal sentido, como señaló la Comisión Interamericana en su informe sobre *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos supone:

[Una] obligación para los estados que no es sólo negativa --de no impedir el acceso a esos recursos-- sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos. A tal efecto, los estados deben remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia.⁵⁹

De esta forma, a los derechos laborales también se les aplican las garantías judiciales y el debido proceso (conclusión que puede fácilmente extraerse de los propios artículos de la Convención) y los intereses laborales son vistos como prioritarios al momento de evaluar la posible vulneración de los artículos 8 y 25 (aporte social a la lectura de tales normas). En todos los casos, sin embargo, razones de tipo económico y social no pueden justificar el incumplimiento de sentencias, extremo que forma parte de las garantías judiciales básicas en el marco de un Estado de Derecho.

Artículo 9. Principio de legalidad y retroactividad

La Corte interamericana hace uso de este principio fundamental para, de un lado, plantear su aplicación para poner fin a la relación laboral y, de otro, para señalar que se debería tener en cuenta la norma más favorable al trabajador y las consecuencias de no hacerlo.

En efecto, en el caso *Baena Ricardo (270 trabajadores) v. Panamá*, la Corte debe hacer frente a una demanda por el despido de trabajadores estatales por causas no existentes al momento de comisión de los hechos (participar en un paro nacional lo

⁵⁷ Ídem, parágrafo 278.

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Óp.cit., parágrafo 129.

⁵⁹ CIDH. *Informe sobre el acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4. 7 de septiembre de 2007.

cual era visto como atentatorio de la democracia y el orden constitucional) “pese a que esta normativa (la que se les aplicaba temporalmente) beneficiaba más a los trabajadores estatales”.⁶⁰ Esta última afirmación entra en diálogo con principios protectores del derecho del trabajo que también se ven como aplicables para evaluar el principio de legalidad y retroactividad consagrado en la Convención Americana. Considera que esto se justifica en el carácter indivisible de todos los derechos humanos incluso en aspectos tradicionalmente considerados ajenos a tal visión.

Artículo 16. Libertad de asociación y libertad sindical

La jurisprudencia de la Corte afirma el vínculo indisociable entre la libertad de asociación de la Convención americana (del grupo de los derechos civiles y políticos) con la libertad sindical (de claro contenido laboral). En efecto, en el caso Baena, la Corte entiende que la libertad de asociación debe ser analizada en relación con la libertad sindical pues:

158. Esta Corte considera que la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos.

Esto último apunta a una lectura de derechos interdependientes e indivisibles que producen sinergia para el mejor resguardo de los derechos humanos en general. Unión conceptual que también se refleja en la utilización, por parte de la Corte, de mecanismos propios de los derechos laborales como son las Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT.⁶¹ Asimismo, en el caso Huilca Tecse v. Perú, la Corte entiende que la ejecución extrajudicial de un dirigente sindical viola no sólo su derecho a la vida, sino también la libertad de asociación en su manifestación social, es decir, la libertad sindical. Esto último porque “el ejercicio legítimo que hizo el señor Pedro Huilca Tecse del derecho a la libertad de asociación, en materia sindical, le provocó una represalia fatal, que a su vez consumó una violación en su perjuicio del artículo 16 de la Convención Americana. Asimismo, el Tribunal considera que la ejecución del señor Pedro Huilca Tecse tuvo un efecto amedrentador en los trabajadores del movimiento sindical peruano y con ello disminuyó la libertad de un grupo determinado de ejercer ese derecho”.⁶²

En el caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz v. Perú, otro supuesto de ejecución extrajudicial de dirigentes sindicales, la Corte entiende que la libertad de asociación, en su manifestación de libertad sindical, implica obligaciones negativas y

⁶⁰ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo (270 trabajadores) Vs. Panamá*. Óp.cit., parágrafo 113.

⁶¹ Ídem, parágrafo 171. Para arribar a conclusiones sobre si el Estado vulneró el derecho a la libertad de asociación, la Corte toma particularmente en cuenta *las afirmaciones contenidas en la demanda de la Comisión*, las constancias que figuran en el expediente y las *Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT*; al resolver el caso No. 1569, las cuales no fueron contradichas o desvirtuadas por el Estado, en relación con los siguientes hechos: a) que la Ley 25 se expidió 15 días después de los hechos que dieron origen al presente caso; b) que no se observó la normativa referente al fuero sindical en relación con el despido de trabajadores; c) que fueron obstruidas las instalaciones e intervenidas las cuentas bancarias de los sindicatos; y d) que numerosos trabajadores despedidos eran dirigentes de organizaciones sindicales.

⁶² Corte IDH. *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*. Óp.cit., parágrafo 78.

positivas de prevenir los atentados contra tal libertad y proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad⁶³. La Corte nuevamente recurre al Comité de Libertad Sindical de la OIT para reafirmar que “los derechos sindicales no pueden ser ejercidos en un contexto de impunidad frente a situaciones de violencia sindical caracterizadas, *inter alia*, por ejecuciones extrajudiciales”.⁶⁴

La libertad de asociación es, por la reiterada jurisprudencia de la Corte, un ejemplo claro de la necesidad -y también ventajas- de realizar una lectura social de los derechos civiles y políticos que utilice tanto los contenidos de los DESC como los procedimientos creados para resguardarlos. Ciertamente, la ejecución de dirigentes sindicales no sería correctamente apreciada si no se evalúan también las consecuencias que estas muertes tenían en el movimiento sindical peruano en el contexto determinado del régimen de Alberto Fujimori.

Artículo 20. La nacionalidad de los niños y sus consecuencias en la educación primaria gratuita a la que tienen derecho

Ciertamente, el derecho a acceder a una educación primaria gratuita no es un derecho que se encuentre condicionado a la ostentación de determinada nacionalidad. No obstante, lo que la Corte enfatiza es que la falta de nacionalidad generaba, en el caso de las Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana, una situación de extrema vulnerabilidad por la falta de nacionalidad y la condición de apátridas que le impidió (en el caso de la niña Violeta Bosico) estudiar en una escuela por no contar con el acta de nacimiento⁶⁵. Pero no se trata solamente del acceso a la educación, sino también -señala la Corte- la obligación del Estado “de proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual”.⁶⁶ Esto último no se lograba en el contexto de una escuela nocturna donde la niña debía estudiar con mayores de 18 años.

Cabe destacarse que la utilización del derecho a la educación se hace por la alegación del artículo 26 de la propia Convención americana y no por el artículo 20 sobre nacionalidad que aquí comentamos, pero lo que sí parece reflejo de una lectura integrada es el rechazo a la instrumentalización de un derecho civil para poder acceder a un derecho de naturaleza social (la educación).

El artículo 21 y el derecho de propiedad de las comunidades indígenas, su lectura social y el derecho a la seguridad social

El derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y la utilización que estos mismos han hecho del derecho liberal por excelencia, merecen una mención y desarrollo meticuloso que se hace en otro volumen de esta misma publicación por lo que el

⁶³ Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Óp.cit., párrafo 144.

⁶⁴ Ídem. párrafo 145.

⁶⁵ Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Óp.cit., párrafo 175.

⁶⁶ Ídem. párrafo 185.

análisis se remite a esa parte del trabajo. No obstante, cabe señalarse aquí que los casos en que la Corte se ha referido a este tema como el de *Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, *Comunidad Moiwana v. Suriname*, *Comunidad Yakye Axa v. Paraguay*, *Comunidad indígena Sawhoyamaya v. Paraguay* y *Caso del Pueblo Saramaka v. Suriname*⁶⁷, tocan uno de los aspectos más importantes y postergados del desarrollo jurídico en la región, cual es el régimen del derecho de propiedad de los pueblos indígenas.

La jurisprudencia ha intentado llenar los enormes vacíos derivadas de la ausencia de una norma especializada en América Latina, pero también —como en el caso de la desaparición forzada de personas— intenta erigirse como un motor de la actividad normativa de los estados y los órganos internacionales encargados de apoyar ese proceso. La Corte asume un papel de liderazgo cuasi normativo que si bien no puede generar una norma en sí misma, sí hace uso de los derechos ya previstos en la Convención para dotar de protección a las comunidades que recurren a su jurisdicción directamente, como al resto de comunidades de manera indirecta por la acción jurisprudencial de los propios estados. En este sentido, se busca un efecto reflejo que impulse a la jurisprudencia estatal para proteger a estos grupos particularmente vulnerables.

No obstante, hay dos líneas jurisprudenciales adicionales que merecen destacarse. De un lado, los efectos devastadores de la falta de propiedad como consecuencia de un contexto de violencia generalizada, como se manifestó en el caso de *Masacres de Ituango v. Colombia*, y, de otro, el derecho de propiedad sobre la pensión de cesantía en el contexto de la regulación laboral.

En efecto, en el primero de los casos mencionados, la Corte expresa que el robo, por parte de los paramilitares, de 1200 cabezas de ganado a los civiles de una población llamada El Aro, rompe una forma de vida en que “las características del corregimiento y de las actividades cotidianas de sus habitantes (hace que se desprenda) una estrecha vinculación entre éstos y el ganado, dado que el principal medio de subsistencia para esa población consistía en el cultivo de la tierra y la crianza del ganado. En efecto, el daño sufrido por las personas que perdieron su ganado, del cual derivaban su sustento, es de especial magnitud. Más allá de la pérdida de su principal fuente de ingresos y de alimento, la manera en la que el ganado fue sustraído con la colaboración explícita e implícita por parte de miembros del Ejército, elevó el sentimiento de impotencia y vulnerabilidad de los pobladores”.⁶⁸ Con algunas ideas que también parecen provenir de las normas del Derecho internacional humanitario aplicable a la situación colombiana, la Corte enfatiza el derecho de propiedad de bienes que son indispensables para la supervivencia de la población civil. Esto no sólo refleja la relación que existe con este cuerpo normativo ad hoc, sino sobre todo los efectos económicos y sociales de la privación de propiedad en el contexto específico de la población civil en

⁶⁷ Cabe señalar que el Pueblo Saramaka no es considerado, en estricto, un pueblo indígena, pues “fueron llevados durante la época de colonización a lo que hoy se conoce como Surinam”. De este modo, entendiéndolo un pueblo tribal con elementos sociales, culturales y económicos particulares, la Corte consideró que requieren medidas de protección especiales, a semejanza de un pueblo indígena.

⁶⁸ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. parágrafo 178.

zona de conflicto. En este sentido, se evalúan las consecuencias económicas y sociales que tal hecho genera para afirmar un derecho de la propiedad que debe ser resguardado por tratarse de personas que tienen en esos bienes la única forma de sobrevivir.

Finalmente, un supuesto particularmente interesante se refiere al tema de las pensiones y la seguridad social y, en concreto, del caso *Cinco pensionista v. Perú*. La Corte es categórica al afirmar que:

102. (...) [E] artículo 21 de la Convención protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto-Ley N° 20530, en el sentido de que se trata de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas.

Por lo que:

121. La Corte constata (...) que el Estado, al haber cambiado arbitrariamente el monto de las pensiones que venían percibiendo las presuntas víctimas y al no haber dado cumplimiento a las sentencias judiciales emitidas con ocasión de las acciones de garantía interpuestas por éstas (*infra* Capítulo VIII), violó el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención (...) en cuanto fueron conculcados los derechos reconocidos en dichas sentencias.

De esta forma, las pensiones son objeto de protección a través del derecho de propiedad de la Convención dándose cabida a un claro derecho de tipo económico y social consagrado en el Protocolo de San Salvador. Frente a esto, no cabe, como intentó el Estado peruano, afirmar la falta de competencia de la Corte porque el derecho de los pensionistas se subsume en el ámbito de aplicación material del derecho de propiedad. Tampoco la Corte admite la posibilidad de imponer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los DESC (artículo 5 del Protocolo de San Salvador) en este caso por no cumplirse “mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”. Con lo que la Corte no sólo analiza la lógica de la limitación de los derechos sociales, sino que pone una segunda barrera a tal posibilidad de restricción, al afirmar que “si la restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, ésta debe realizarse, además, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana”⁶⁹.

Artículo 24. La igualdad ante la ley en lectura social

a. Las exigencias de igualdad de los migrantes indocumentados

La Corte interamericana ha afirmado la obligación de los estados de proteger los derechos laborales de los migrantes indocumentados. En efecto, en la Opinión Consultiva No. 18/03 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados afirma que los Estados “tienen la obligación de velar para que dentro

⁶⁹ Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú*. Óp.cit., parágrafo 116.

de su territorio se reconozcan y apliquen todos los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, derechos originados en instrumentos internacionales o en normativa interna”⁷⁰.

Adicionalmente, comprende, dentro del ámbito personal de esta obligación, a terceros particulares -que suelen ser los empleadores directos- señalando la eventual responsabilidad internacional que se generaría para el estado “cuando tolera acciones y prácticas de terceros que perjudican a los trabajadores migrantes, ya sea porque no les reconocen los mismos derechos que a los trabajadores nacionales o porque les reconocen los mismos derechos pero con algún tipo de discriminación”

Con esto, la Corte impone una obligación positiva para el estado que se justifica también por la particular situación de los migrantes indocumentados y la necesidad de acceder a los derechos laborales como forma de desarrollar un proyecto de vida digna, pero también de ejercer, en un plano de igualdad con el resto de la población, derechos de tipo laboral. Precisamente esta lectura del principio de igualdad ante la ley faculta a la Corte a afirmar “que los trabajadores migrantes indocumentados, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a los trabajadores nacionales, poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos.”^{71 72}

b. La igualdad de género y derechos laborales

En el año 2001 la Comisión Interamericana conoció el caso *María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala* en el que se alegó que diversas disposiciones internas definían el papel de cada cónyuge en el matrimonio, estableciendo distinciones entre hombres y mujeres que resultaban discriminatorias. En concreto, se indicó que se confería al marido la representación y la administración del patrimonio conyugal; mientras que la esposa tenía “el derecho y la obligación” especial de cuidar de los hijos menores y del hogar. Igualmente, se establecía que una mujer casada “sólo puede ejercer una profesión o tener un empleo cuando ello no perjudique sus funciones de madre y ama de casa” y que además si el marido tenía razones justificadas, podía oponerse a la mujer realice fuera del hogar. Al respecto, la Comisión consideró que las distinciones basadas en el género establecidas en los artículos impugnados no pueden justificarse y contravienen el derecho a la igualdad. Con ello, tuteló el goce igualitario de los derechos laborales de las mujeres.⁷³

⁷⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. Óp.cit., parágrafo 153.

⁷¹ Ídem. parágrafo 160.

⁷² Para un estudio acerca de las implicancias del derecho a la igualdad de las personas migrantes, véase CHOLEWINSKI, Ryszard. “The human and labor rights of migrants: visions of equality”. *Georgetown Immigration Law Journal*. Volumen 22, número 2, año 2008.

⁷³ CIDH. Caso *María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala*. Caso 11.625. Informe de fondo N° 4/01. 19 de enero de 2001. parágrafo 39.

De modo similar, encontramos en la Comisión el caso *Mónica Carabantes Galleguillos Vs. Chile*, en el que se alegó la desigualdad en el goce del derecho a la educación por motivos de género, en virtud a “la negativa de los tribunales de dicho país a sancionar la injerencia abusiva en la vida privada de Mónica Carabantes Galleguillos, quien reclamó judicialmente la decisión del colegio privado que la expulsó por haber quedado embarazada.”⁷⁴ Si bien este asunto culminó mediante un acuerdo de solución amistosa, es importante destacar que en la propuesta del estado está implícito el reconocimiento de que los hechos del caso constituyen una afectación al derecho de igualdad de la peticionaria. Cabe notar además que en esta ocasión, como en varias otras, el proceso ante la Comisión propició encuentros entre las partes, favorecidos por el esfuerzo que ésta realiza para la concreción de acuerdos de solución amistosa que permiten dar respuesta efectiva a la afectación de derechos sociales.

Conclusiones

En el marco del sistema interamericano, -al igual que en el universal y los demás regionales- el diseño de la normativa y los mecanismos de protección en materia de DESC no se ha desarrollado de modo tal que garanticen *per se* completa y uniformemente el resguardo de estos derechos. No obstante, ello no ha impedido que los DESC sean -aunque indirectamente- tutelados por los órganos de protección de derechos humanos del sistema. Ciertamente, la Corte y Comisión Interamericanas han utilizado una lectura “social” de los derechos civiles y políticos contenidos en la Convención Americana para evitar sus límites materiales y responder a las múltiples demandas de los ciudadanos latinoamericanos en materia social.

A partir de ello, el derecho a la vida se ha ampliado para entenderse como vida digna e incluir, de este modo, el derecho a la educación y la salud de los niños y niñas, los derechos laborales de las personas migrantes, el acceso a la tierra y recursos naturales de los pueblos indígenas y el cuidado especial que merecen las personas con discapacidad mental. Asimismo, una interpretación social del derecho a la integridad personal ha permitido proteger el derecho a la salud de las personas privadas de libertad, a lo que se suma el derecho a la educación cuando se trata de niños recluidos. De otro lado, la protección y garantías judiciales, requieren procesos y recursos que tengan en cuenta el derecho consuetudinario, valores y usos de las comunidades indígenas e igualmente, exige la ejecución de sentencias de carácter laboral, sin constituir las insuficiencias presupuestarias motivo válido para excluirse de su cumplimiento. Por último, esta estrategia de la Corte ha dado como resultado que el principio de legalidad y retroactividad permita proteger contra despidos arbitrarios; que la libertad sindical sea tutelada como manifestación de la libertad de asociación; que el derecho a la educación de niños y niñas se garantice con independencia de su nacionalidad; y que se asegure la igualdad de condiciones en el goce de derechos laborales de las mujeres y de las personas migrantes, sean éstos documentados o no.

⁷⁴ CIDH. *Caso Mónica Carabantes Galleguillos Vs. Chile*. Petición 12.046. Informe de solución amistosa N° 32/02. 12 de marzo de 2002. párrafo. 1.

Son estos entonces los estándares fijados por la Corte y la Comisión en la materia hasta el momento. Es justo mencionar que esta estrategia de ampliación de los derechos civiles y políticos presenta ciertas limitaciones, pues la Corte solo puede moverse dentro del universo de casos que llegan a su conocimiento. A pesar de no ser quizás el escenario ideal, la protección que permite brindar es innegable. En cualquier caso, resulta de suma importancia verificar que la línea jurisprudencial utilizada por la Corte interamericana propone una visión integral de todos los derechos humanos que influye –y debe influir– en la actividad estatal. En efecto, la finalidad última del sistema interamericano no es únicamente responder *ex post* a los casos de violaciones concretas, sino que de lo que se trata es de construir un sistema de derechos que pueda ser aplicado en todo momento por los estados, de una manera general y preventiva. En este sentido, creemos que el mensaje de la Corte es claro al indicar a los estados que la lectura contemporánea de los derechos contenidos en la Convención debe incluir necesariamente los aspectos sociales de los mismos, máxime en un continente donde los niveles de pobreza y la falta de acceso a los servicios básicos demandan permanentemente la visibilidad de los DESC.

REFERENCIAS

- ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Ed. Trotta, 2002.
- ASBJØRN, Eide (editor). *Economic, social and cultural rights*. Segunda edición. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales.” En: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: IIDH, 1994.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*. Segunda edición. Madrid: Tecnos, 2001.
- CASTLES, Stephen y Mark J. MYLLER. “La migración a los países altamente desarrollados a partir de 1945”. En: *La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno*. Capítulo 3. México: Porrúa, 2004.
- CHOLEWINSKI, Ryszard. “The human and labor rights of migrants: visions of equality”. *Georgetown Immigration Law Journal*. Volumen 22, número 2, año 2008.
- CHURCHILL, Robin y Urfan KHALIQ. “The collective complaints system of the European Social Charter: an effective mechanism for ensuring compliance with economic and social rights?” En: *European Journal of International Law*. Volumen 15, Número 3. Oxford: 2004.
- CRAVEN, Matthew. “*Economic, Social and Cultural Rights*” *The Inter-American System of Human Rights*. New York: Clarendon Press – Oxford, 1998.
- DE ROUX, Carlos Vicente. “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales”. En: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*. Volumen II.
- DRZEWICKI, Krzysztof. “Internationalization of human rights and their juridization”. En: HANSKI, Rajja y Markku SUKSI (editores). *An introduction to the international protection of human rights*. Segunda edición. Turku/Abo: Institute for Human Rights, Abo Akademi University, 2000.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. “Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano”. En: VOLIO, Lorena González (coordinadora). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*. Tomo II. San José de Costa Rica: Editorama, 2004.

- JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco. “El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos: el Consejo de Europa y la Carta Social”. En: FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Tercera edición. Madrid: Editorial Dilex S.L. 2007.
- KOCH, Ida Elizabeth. “Economic, social and cultural Rights as Components in Civil and Political Rights: A Hermeneutic Perspective.” *The international Journal of Human Rights*. Volumen 10. Número 4, Routledge, 2006.
- MUTUA, Makau. “The African Human Rights System. A Critical Evaluation”. Disponible en: http://hdr.undp.org/docs/publications/background_papers/MUTUA.PDF#search=%22african%20system%20of%20human%20rights%22
- NIETO-NATVIA, Rafael. *Introducción al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. San José de Costa Rica: IIDH, 1993.
- PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Ediciones CINCA, 2008.
- ROSAS, Allan y Martin SCHEININ. “Categories and beneficiaries of human rights”. En: HANSKI, Raija y Markku SUKSI (editores). *An introduction to the international protection of human rights*. Segunda edición. Turku/Abo: Institute for Human Rights, Abo Akademi University, 2000.
- ROSSI, Julieta y Víctor ABRAMOVICH. “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. En: *Revista Estudio Socio-jurídico*. Volumen 9. Número 1. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007.
- SALMÓN, Elizabeth. “Derechos Humanos en América Latina”. Comentarios a la Declaración de San José sobre los Derechos Humanos. En: *Revista de la Asociación para las Naciones Unidas en España*. Número 1, IV época. Barcelona, 1994.
- SALMÓN, Elizabeth. “Los aportes del Derecho internacional de los derechos humanos”. En: SALMÓN, Elizabeth (coordinadora). *Miradas que construyen: perspectivas multidisciplinarias sobre los derechos humanos*. Lima: Idehpucp / PUCP, 2006.
- SALVIOLI, Fabián. “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos”. En: *Revista IIDH*. Volumen 39. San José de Costa Rica: IIDH, 2004.
- TOMUSCHAT, Christian. *Human Rights. Between Idealism and Realism*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- URQUILLA BONILLA, Carlos Rafael. “Los Derechos Económicos, Culturales y Sociales en el contexto de la Reforma al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos” En: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)*. Volumen 31. San José de Costa Rica: IIDH, 2000.
- VILJOEN, Frans. “Africa’s contribution to the development of international human rights and humanitarian law.” En: *The African Human Rights Law Journal*, Volumen 18, 2001.

DECISIONES INTERNACIONALES

- Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009.
- Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007.

Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006.

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006.

Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005.

Corte IDH. *Caso Huilca Tese Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 03 de marzo de 2005.

Corte IDH. *Caso Lori Berenson Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004.

Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004.

Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004.

Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003.

Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo (270 trabajadores) Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000.

Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

Voto concurrente del Juez Carlos Vicente de Roux en la sentencia del caso *Cinco Pensionistas Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003.

Voto razonado concurrente de los Jueces Augusto Cançado Trindade y Aurelio Abreu Burelli en el *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

Voto separado del juez Rodolfo Piza Escalante, en Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984.

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003.

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002.

Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989.

Corte IDH. Informe anual 1985, OEA/Ser.L/V/III.12 doc. 13, del 15 de agosto de 1985.

CIDH. *Caso Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*. Informe No. 63/08. Caso 12.534. 25 de julio de 2008.

CIDH. *Caso Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros (Jubilados de la Empresa Venezolana de Aviación Viasa) vs. Venezuela*. Informe de admisibilidad N° 70/04. Petición 667/01. 13 de octubre de 2004.

CIDH. *Caso Marie y Carrie Dann vs. Estados Unidos*. Informe No 75/02. Caso 11.140. 27 de diciembre de 2002.

CIDH. *Caso Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua*. Informe N° 100/01. Caso 11.381. 11 de octubre de 2001.

CIDH. *Caso Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*. Informe N° 29/01. Caso 12.249. 7 de marzo de 2001.

CIDH. *Caso Amilcar Menéndez y Juan Manuel Caride vs. Argentina*. Informe No. 3/01. Caso 11.67. 19 de enero de 2001.

CIDH. Segundo informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú. 2000.

CIDH. Informe sobre la situación de los Derechos humanos en Ecuador. 1996.

CIDH. Casos No. 9777 y 9718. Argentina. 30 de marzo de 1988.

CIDH. *Caso de la Comunidad Yanomami vs. Brasil*. Caso 7615. 5 de marzo de 1985.

CIDH. *Caso Aché vs. Paraguay*. Caso 1802. 27 de mayo de 1977.

CIDH. Informe anual 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68 doc. 8 rev. 1, del 26 de septiembre de 1986, Capítulo V-II.

CIDH, Informe anual 1984-1985, OEA/Ser.L/V/II.66 doc. 10 rev. 1, del 1 de octubre de 1985, Capítulo V-II.

CIDH. Informe anual 1983-1984, OEA/Ser.L/V/II.63 doc. 10, del 28 de septiembre de 1984, Capítulo V-II.

Comité de DESC. *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*. Observación General No. 3 (1990).

Comité de DESC. *Las personas con Discapacidad*. Observación General No. 5 (1994).

Comité de los Derechos del Niño. *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Observación General No. 5 (2003).

Comisión ADH. *Media Rights Agenda et Autres c. Nigeria* RADH 2000 202 (CADHP 1998).

Comisión ADH. *International Pen et Autres (pour le compte de Saro-Wiwa) c. Nigeria* RADH 2000 217 (CADHP 1998).

Comisión ADH. *Union Interafricaine des Droits de l'Homme et Autres c. Angola* RADH 2000 20 (CADHP 1997).

Comisión Africana de Derechos Humanos (Comisión ADH) *Union Interafricaine des Droits de l'Homme et Autres c. Angola* RADH 2000 20 (CADHP 1997).

Comisión ADH. *Pagnouille (pour le compte de Mazou) c. Cameroun* RADH 2000 61 (CADHP 1997).

CADH. *Malawi African Association vs/Mauritania, Amnesty Internacional vs/Mauritania, Ms. Sarr Diop, Union Interafricaine des Droits de l'Homme and RADDHO vs/Mauritania; Collectif des Veuves et Ayants-droit vs/Mauritania, Association Mauritanienne des Droits de l'Homme vs/Mauritania*. 50/91, 61/91,98/93,164/97 a 196/97 y 210/98. 11 de mayo de 2000.

TEDH. *Orhan v. Turkey*, Judgment of 18 June 2002.

TEDH. *Dulas v. Turkey*, Judgment of 30 January 2001.

TEDH. *Bilgin v. Turkey*, Judgment of 16 November 2000.

TEDH. *Selcuk and Asker v. Turkey*, Judgment of 24 April 1998.

TEDH. *Guerra and others v. Italy*, Judgment of 19 February 1998.

TEDH. *Lopez Ostra v. Spain*, Judgment of 9 December 1994.

TEDH. *Salesi v. Italy*, Judgment of 26 February 1993.

TEDH. *Feldbru"gge v. the Netherlands and Deumeland v. Germany*, Judgments of 29 May 1986.

DERECHOS HUMANOS E INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA

Felipe Michelini¹

Antes de referirme al tema que se me ha solicitado que exponga, inaugurando este “VI Seminario Internacional de Derechos Humanos” de la Universidad Federal de Paraíba en Brasil, quisiera agradecer a los organizadores por su invitación, especialmente en las personas de María Lujiza Alencar Feitosa y Giuseppe Tosi, haciendo extensivo a todos los integrantes de de la Universidad que ha tenido la gentileza de darme esta oportunidad de estar esta noche con todos ustedes. Expreso deseo de reconocimiento al Profesor Alberto Filipi quien ha sido el que ha sugerido mi nombre y por el estoy aquí con ustedes.

Es un deber felicitarles por esta actividad que se inicia en esta jornada inaugural, pero fundamentalmente por el hecho de la “I” endurance” pues en derechos humanos se ven interesantes iniciativas pero que lamentablemente por una razón u otra luego no permanecen en el tiempo.

Esta exposición señala mi parecer sobre la protección de los derechos humanos desde una visión jurídica, una aproximación sobre la integración en clave de oportunidades para la afirmación de los derechos humanos y como tercer aporte el rol de la academia y de las organizaciones no gubernamentales en esos desafíos.

Sin perjuicio de ello, el título del seminario “Derechos Humanos e Integración Latinoamericana” debe ser precisado pues su conceptualización puede ser o es equívoca. Si no se aclara de qué hablamos se manifiestan ambigüedades o no se expresa claramente el razonamiento.

Derechos humanos es según mi concepto, una categoría jurídica de deber ser – expresada en normas internacionales de protección del ser humano, asumidas por la comunidad internacional imponiéndolas a los estados, pues ha cedido el concepto absoluto del derecho de soberanía que estos detentaban. Derechos Humanos como derechos plenos o derechos subjetivos, no simples aspiraciones, deseos o expectativas. Derechos que se detentan por el sólo hecho de ser humano y por ello son universales, intransferibles, inalienables, indivisibles e interdependientes.

¹ Felipe Michelini, uruguayo nacido en 1961. Abogado y activista especializado en derechos humanos y en justicia internacional. Docente en la materia derechos humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay desde 1993. Titulado en esa casa de estudios, obtuvo una maestría LL.M en la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia en Nueva York, EE.UU. Ha ejercido desde 1995 hasta la fecha el cargo de Diputado en la Cámara de Representantes de Uruguay, y desde 2010 como legislador en el Parlamento del MERCOSUR. Subsecretario de Educación y Cultura en Uruguay 2005 – 2009, representó a su gobierno a nivel internacional en varias instancias tales como el Consejo de Derechos Humanos, la UNESCO y la Conferencia Iberoamericana de Ministros de Justicia y la Conferencia Americana de Ministros de Justicia. Fue parte del equipo técnico de la Comisión de la Verdad en el Salvador asesorando a las Naciones Unidas, consultor del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ejerció la dirección ejecutiva de CEJILSUR en 1993 y miembro fundador del Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos del MERCOSUR. Miembro del Comité Ejecutivo de Parlamentarios por la Acción Mundial desde enero 2011 a la fecha.

Los estados son los sujetos jurídicamente obligados a respetar y garantizar su plena vigencia y en caso de no hacerlo, el derecho internacional de protección a través de diversos mecanismos puede corregir tal situación. Este concepto se define como el carácter o naturaleza supletoria del derecho internacional de protección de los derechos humanos.

El deber de respeto y garantía es uno complejo, pero es un haz de derechos mínimos, un denominador común basado en la igualdad y la no discriminación. En síntesis: ninguna actividad del Estado puede basarse en la indignidad del ser humano o considerarlo a este como un objeto.

La segunda mitad del siglo XX ha mostrado una franca y clara evolución en la consolidación de este concepto fundamental, tanto en el derecho interno en general y en el derecho internacional público en particular.

Es cierto que previamente a la formulación de la Carta de las Naciones Unidas en 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos – hace 62 años – hubo antecedentes nacionales e internacionales sustantivos, pero fueron esos dos instrumentos que marcaron el jalón conceptual e histórico de los derechos humanos.

Desde esa fecha a 1966 se puede observar que hubo una etapa de afirmación, consolidación y codificación de los derechos humanos incluido el derecho a la libre determinación de los pueblos. Entre 1966 – 1993 es constante la expansión de instrumentos específicos de carácter individual, tanto universal como regional y desde 1993 en ocasión de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas de Derechos Humanos en la ciudad de Viena, la atención estuvo centrada en determinados colectivos como los niños y adolescentes, mujeres, indígenas o discapacitados.

La aprobación del Estatuto de Roma y la creación del sistema de la Corte Penal Internacional en 1998 y la entrada de este en vigencia en el año 2002, así que devino operativo, recogió la experiencia de los Tribunales de Ruanda y de la Ex Yugoslavia, muestra todo lo que se ha avanzado en estas seis décadas.

Si a ello le agregamos la optimización de los mecanismos universales como el Alto Comisionado de Derechos Humanos, el Consejo de Derechos Humanos y su examen periódico universal, así como la adhesión y consolidación de los sistemas regionales europeo, americano y africano, vemos que el panorama es alentador.

Derechos humanos altamente sofisticados, y un complejo sistema de protección en un mundo global amenazado por nuevos enfoques en el cual se abordan nuevos problemas como son el terrorismo, el crimen organizado internacional, y su eventual consecuencia de abatimiento de estándares en relación a la los derechos humanos. Todo esto en una situación de crisis financiera y política que tiene a la mayor potencia militar, económica y financiera como epicentro.

Por su parte el concepto “latino americano” todavía es controversial. Intentar circunscribir a latino américa a ciertos espacios geográficos, no es posible pretender definirlo por su lengua u origen nacional tampoco, o por lo menos no resulta sencillo. A su vez el hemisferio tienes expresiones políticas como las Organización de Estados Americanos o la Cumbre Iberoamericana que trascienden ampliamente la idea de de Latinoamérica. Sin embargo hay aun sentimiento de un pasado común,

de un presente compartido y un futuro asociado, pues la categoría latinoamericana o latinoamericanismo a los que vivimos y trabajamos en este ámbito no nos es artificial su definición.

La integración es sumar y mezclar para hacer de objetos diferentes uno. Así es una definición política qué integrar y como por parte de aquellos actores que operan en el espacio público. Tanto los partidos políticos, la sociedad civil, el mundo académico, las empresas, el cooperativismo, los sindicatos. También los gobiernos, las burocracias nacionales e internacionales. En ese crisol hay elites que no solo no quieren que avance la integración, sino que desearían que no hubiera ningún cambio en el status quo que los favorece y la perciben a aquella como un peligro real a sus intereses.

Hechas esta precisiones, todos los que trabajamos en derechos humanos, sabemos que esta es una tarea permanente y dinámica para adaptarse a las nuevas realidades, que conlleva un sentir sobre la justicia y la dignidad de las personas previo al análisis racional del tema.

Se habla siempre que en la materia hay un triple enfoque: el de la realidad, el de la ética y el del derecho. Por mi parte subrayo que lo emotivo, es un elemento fundamental, pues hay respuestas que frente a la injusticia, la primera respuesta es desde la emoción, la empatía con el otro la de asumir que ciertas cosas no deberían pasar y por ello nos repugnan. Esto lo expresan los artistas e interpretes con naturalidad y para poner un solo ejemplo el fenómeno del genocidio puede ser explicado de múltiples maneras, pero seguramente contemplar el “Guernica” de Picasso nos da la impronta de que es el genocidio.

Por tanto las indefiniciones o complejidades no deben ser elementos paralizantes o desmotivantes, sino datos de la realidad para sumir los desafíos de hoy, superando el presente y construyendo el futuro del ser humano “libre e igual en libertad y derecho” como reza la declaración Universal en su artículo primero.

No me consta que exista en nuestro continente hoy una situación de violación sistemática de los derechos humanos -aunque igual hay que estar siempre alerta- que muestre una total y absoluta falta de garantía y una erosión sustantiva de una sociedad democrática, como fueron las situaciones de terrorismo de estado en el Cono Sur en la década de los años setenta o la guerra civil centroamericana en la años ochenta. Sin embargo, pueden señalarse que hay según el país o la región, violaciones graves a los derechos humanos.

En clave de derechos humanos deberíamos mirar.

- a) la adopción de estándares mínimos basados en los compromisos internacionales y su internalización en cada estado,
- b) Fortalecimiento de los mecanismos nacionales de protección y la adopción de otros nuevos para abordar fenómenos no comprendidos en los existentes.
- c) El legado del pasado reciente de violencia política o terrorismo de estado, vinculado a las graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y las políticas de verdad, memoria y justicia.
- d) Situaciones endémicas de violación persistente de los derechos humanos en particular de los colectivos más vulnerables.

A todo ello hay que identificar y proponer con el propósito de respetar y garantizar los derechos humanos, políticas públicas activas, de promoción y difusión, horizontales que convoquen a la mayor cantidad de actores, y que puedan perdurar en tiempo. Superar la antinomia de derechos civiles y políticos con los económicos, sociales y culturales, así como el divorcio entre la obligación de respetar y garantizar como obligaciones incompatibles entre sí. En fin, orientar todo el accionar y las estructuras del Estado para ser un sostén de los derechos humanos.

Vivimos en un mundo global basado en las nuevas formas de comunicación a través de las nuevas tecnologías, la rapidez y cobertura de los transportes y la interrelación económica financiera. Suponer que la globalización no tiene efectos en la plena vigencia de los derechos humanos es un error.

Hay fenómenos que trascienden las fronteras como el crimen organizado, el terrorismo, el tráfico de personas y otras que se dan precisamente en la frontera como la situación de las personas migrantes. Por otra parte y al mismo tiempo de la globalización, existe un proceso de regionalización económico – comercial, que ser percibe inevitable.

En este sentido, en clave de derechos humanos, todo proceso de integración tiene que contener ingredientes de respeto y garantías que sea superadora de una visión simplemente de libertad de mercado o de regimenes democráticos en su aspecto externo formal.

La experiencia del MERCOSUR, ciertamente mejorable, pero a su vez alentadora en tanto se han instalado espacios y ámbitos como el Foro Económico – Social, la red de Altas Autoridades en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR, las reuniones entre otros de los Ministros de Justicia, Interior o Educación, el Parlamento del MERCOSUR –PARLASUR y el reciente creado Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del MERCOSUR.

Se debería apuntar a objetivos más ambiciosos como por ejemplo, el desarrollo de una política común exterior en la materia de derechos humanos, o por un plan común en la promoción, educación y difusión de los derechos humanos o incluso en la cooperación en el tema. También el fortalecimiento de la sociedad civil y el abordaje académico de los derechos humanos.

UNASUR es un escalón mas en el desarrollo del proceso de de integración. Ya ha mostrado la fortaleza en la acción conjunta tanto en Bolivia como Ecuador y ha incorporado nuevos elementos –al menos en su dimensión geográfica- como Surinam o la República Cooperativa de Guyana.

Todo un capítulo aparte debería ser como hacemos para construir, consolidar y desarrollar una sociedad civil que pueda analizar la región como un todo y no solamente detenerse en las fronteras. Por ejemplo los reportes, de la situación de derechos humanos en nuestros países no contemplan, en forma general, la región y la extensión de sus análisis coinciden con las fronteras. Asimismo, deberíamos pensar en cómo se dinamiza una sociedad civil que tenga vocación regional, y en ese sentido los trabajos del Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos del MERCOSUR que tuve el honor de ser miembro fundador, es una buena experiencia. La situación es tan

paradójica, que muchos de los encuentros de los principales dirigentes de las organizaciones, ¡se dan en Europa o Estados Unidos!

Habría que impulsar mecanismos para que nuestros estados, que dicho sea de paso algunos tienen presupuestos millonarios en dólares, deban establecer fondos manejados sin intervención gubernamental para que las organizaciones puedan obtener financiamiento. Desde 1990 las fundaciones europeas y estadounidenses han abandonado nuestro continente en forma gradual pero constante y ello ha significado un deterioro creciente en la capacidad de acción de la sociedad civil, cuando por otra parte, las elites de nuestros países no perciben que valga la pena colaborar con temas de derechos humanos.

En este contexto de enormes desafíos de consolidar y profundizar la plena vigencia de los derechos humanos en un marco de integración creciente un continente lleno de posibilidades materiales y de capacidades humanas, pero signada por una brutal desigualdad en la distribución de la riqueza y de las oportunidades, el mundo académico tiene un papel clave a desempeñar en materia de derecho humanos.

Si repasáramos el listado que señale anteriormente sobre objetivo en relación a las acciones a tomar en la materia, son aquellos objeto de violaciones endémicas donde existen factores culturales los más difíciles de modificar y orientar hacia una cultura respetuosa de la dignidad de todas las personas. Allí la investigación, la enseñanza, la extensión universitaria tienen un papel fundamental un rol decisivo para lograr que las normas jurídicas tengan efectos prácticos y concretos y no sean en el mejor de los casos, meros avances en el papel.

A su vez si queremos una integración regional enmarcada en el respeto de los derechos humanos y en el estado de derecho, se necesita fundamentalmente pensamiento crítico y los aportes de las ciencias sociales en general y ciencia jurídica en particular. Si no hay reflexión, habrá territorios integrados, pero ni países, ni pueblos, ni naciones.

Aquí creo que hay una responsabilidad tanto de las organizaciones no gubernamentales como del mundo académico, pues no se ha priorizado este factor. Por una parte se ha dejado en los países del norte la construcción del pensamiento en la materia y su análisis crítico como su acumulación constante. Ello hace que muchas veces –si no la mayoría– los análisis reposen en elementos de realidades que tienen poco que ver con las que abordamos en nuestra cotidianeidad.

A su vez, en muchos casos el pensamiento crítico se deja a sectores que no perciben a los derechos humanos como factor de cambio dinámico para hacer de la calidad de vida de las grandes mayorías, si no como elementos de defensa de un status quo lleno de privilegios e impunidades.

La agenda es amplia y desafiante. Es mucho lo que hay para soñar, pensar y hacer. La iniciativa “VI Seminario Internacional de Derechos Humanos” nos alienta, nos convoca y nos empuja a seguir construyendo y aportando a un mundo de dignidad de todas las personas y una sociedad donde reine la justicia. Este compromiso es el debido homenaje a las víctimas de ayer y de hoy, y el mejor legado a las generaciones futuras. Muchas gracias.

LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EN UN CONTEXTO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA

Itziar Gómez Fernández¹

1. Europa: Diagnóstico esquizofrenia o las contradicciones de la integración sin rostro social

El diagnóstico de una enfermedad, resulta obvio, parte del análisis de los síntomas. La crisis económica y consiguiente recesión que arrancó en el año 2008, la escalada vertiginosa de las cifras del paro en Europa, la revisión del sistema europeo de bienestar social, la reestructuración de los mercados de trabajo y de buena parte de los sistemas de seguridad social son algunos de los síntomas, someramente descritos que ponen de manifiesto la enfermedad que castiga al sistema de integración de la Unión Europea, un sistema de integración económica que se veía, quizá excesivo optimismo, con un rostro social en el que ahora parece que le cuesta reconocerse, lo que provoca una suerte de malestar entre los europeos que creyeron en esa Europa de amable perfil social².

Seguramente esa dificultad de reconocimiento deriva de que la integración europea parte, en los años 50 del siglo XX, de una idea de integración económica de inspiración netamente liberal, y de identidad claramente capitalista. Y en un contexto así, la integración política, que es la que en la década de los 90 se reviste del ya mencionado “rostro social”, es solo una decantación del *príus* lógico que viene dado por la integración económica. La imagen social es, por tanto, una suerte de máscara superpuesta a una identidad con la que es difícil asemejarla, una identidad anclada en una fuerte política económica promotora de un único mercado interior³.

La política social europea surge, poco a poco, y a medida que se consolida el mercado único, con la intención de desarrollar su alcance y mejorar las condiciones del mismo, y quizá bajo la presión de dos tipos de fuerzas. Por un lado la de las legislaciones y políticas nacionales, en cuyas manos había quedado la gestión de las cuestiones socio-laborales. Por otro lado la del derecho internacional de la OIT, organización que, en la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en junio de 1998 en Ginebra, aprobaría la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, que resalta como fundamentales los derechos de los trabajadores a la libre asociación, a la libertad sindical y a la negociación colectiva, la

¹ Profesora Titular de Universidad. Universidad Carlos III de Madrid.

² Sobre las causas, consecuencias y respuestas de la UE ante la actual crisis económica véase: COMISIÓN EUROPEA (DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y FINANCIEROS): *Economic Crisis in Europe. Causes, Consequences and Responses*, en *European Economy* 7/2009, disponible en http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/publication15887_en.pdf, a 1 de marzo de 2011.

³ Sobre la identidad de la integración económica europea son interesantes las reflexiones de ZORRILLA RUIZ, M. Ma.: “Fatigosa introducción de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores en el espacio de la Unión Europea”, en *Estudios de Deusto*, enero-junio 2010, págs. 287-308.

eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación⁴. En la medida en que la integración económica se da entre Estados que son miembros de esta organización internacional, la cohabitación entre las normas OIT, cuyo objetivo primordial es la protección de los trabajadores y el progreso social, y las normas UE, cuyo objetivo básico es la integración y el progreso económico por la vía de la desaparición de las trabas a la libre competencia⁵, se convierte en una necesidad fundamental.

Pero ese surgimiento progresivo, y quizá obligado por un juego de interacciones normativas, no deja de ser instrumental de una de las libertades comunitarias, la libertad de circulación de trabajadores que evolucionará paulatinamente a la libertad de circulación de personas⁶. A medida que avanza la creación del mercado único se percibe, desde las instituciones comunitarias, que su consolidación y expansión encontrará un freno en las dificultades derivadas de la falta de cohesión social entre las distintas regiones europeas. Dicho de otro modo, si no existe un nivel de bienestar social equivalente en todos los socios del proceso de integración, la libertad de desplazamiento de trabajadores será una entelequia⁷. Junto a esta percepción, la certeza de que las condiciones socio-laborales pueden convertirse en un elemento de distorsión de la toma de decisiones empresariales, o dicho de otro modo, de la libre competencia, puesto que pueden condicionar el establecimiento de las empresas en aquellos territorios en que los costes salariales y los costes sociales asociados al empleo sean menores, impulsa también a las Comunidades a detenerse en los problemas relacionados con los derechos laborales. Deteniéndonos un poco más en esta idea: no existiendo barreras legales al desplazamiento de capitales o al establecimiento de empresas, el mercado será quien determine los criterios de ubicación de los medios de producción, y, en un contexto tal, los derechos laborales, las expectativas salariales, y los costes sociales asociados al empleo (esto es los seguros sociales, para simplificar mucho su denominación), se convierten en un elemento básico para la

⁴ A su vez estos derechos se reconocen en los siguientes Acuerdos de la OIT, que pasan a ser considerados como Convenios Fundamentales de la OIT: el Convenio relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); el Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); el Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, 1930 (núm. 29); el Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); el Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo, 1973 (núm. 138); el Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, 1999 (núm. 182); el Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, 1951 (núm. 100); el Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958 (núm. 111).

⁵ En relación con el conflicto y cooperación entre las normas de la OIT y de la UE véase el trabajo de CASAS BAAMONDE, M. E.: "Normas laborales internacionales, Derecho social europeo y derechos fundamentales", en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 1996, págs. 62-72, aquí pág. 62.

⁶ Recuérdese que las libertades que han configurado el mercado único son la libertad de establecimiento, la libertad de circulación de capitales y de mercancías, a la que acompaña la creación del arancel exterior común, y la libertad de circulación de trabajadores. Como trabajo reciente sobre esta cuestión véase PÉREZ DE LAS HERAS, B.: *El mercado interior europeo: las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2008.

⁷ En el mismo sentido ZORRILLA RUIZ, M. M^a: *Op. Cit.*, Pág. 292.

toma de decisiones sobre el establecimiento de las empresas, de modo que los derechos laborales, entendidos en sentido amplio, son fundamentales en la configuración de un mercado común no distorsionado.

Ahora bien, si son los anteriores planteamientos los que provocan la inclusión de los derechos de los trabajadores, de los derechos socio-laborales, en el ámbito de actuación de la Unión Europea, y parece que existen pocas dudas de que así sea, ¿cuál es la finalidad de la garantía de estos derechos? ¿es un fin en sí misma o un medio para garantizar la efectividad de las libertades comunitarias?, ¿es una forma más de proteccionismo ad-extra del mercado común? Y, en este contexto, ¿qué lugar ocupan los derechos sociales de los trabajadores, el de suelo o el de techo del edificio conformado por el mercado?

Como ya se ha apuntado, en el origen del proceso de integración europeo, los objetivos económicos del mismo concedieron poco margen a la construcción de unas comunidades europeas “sociales”⁸. De hecho el Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE) de 1957, cuyo art. 2 definía los objetivos de la organización en torno a los parámetros del desarrollo, crecimiento y estabilidad del sistema económico con el mercado común como medio para alcanzarlos, sólo se refirió a la necesidad de limitar la semana laboral a 40 horas y a la promoción de la igualdad entre trabajadores y trabajadoras, pero no se aproximó de manera sistemática al tema de los derechos laborales, como no lo hizo tampoco en relación con el resto de derechos fundamentales, cuyo sistema sólo se desarrollaría posteriormente⁹. Las razones de ello, siguiendo a Pérez de los Cobos, podrían congregarse en torno a tres ideas: a) la creencia de los redactores del Tratado de Roma de que una organización de naturaleza económica como la Comunidad Económica Europea no tendría incidencia alguna sobre los derechos humanos; b) la convicción de lo innecesario de establecer a nivel comunitario nuevos instrumentos de tutela de los derechos, redundantes de los previstos a nivel nacional y a nivel internacional en el Consejo de Europa, institución en la que todos los Estados miembros fundadores estaban integrados; y c) la percepción de que esa ausencia de alusiones a los derechos humanos en los tratados constitutivos era garantía de un mantenimiento más claro de la distribución de competencias que en el mismo se llevaba a cabo¹⁰.

Así pues, la aproximación a la cuestión de los derechos de los trabajadores, se articularía en torno a una construcción funcionalista del sistema de integración europeo, de modo tal que el desarrollo de los derechos laborales es instrumental de la construcción del mercado único, y nunca eje promotor de las políticas europeas. Por tanto los derechos laborales en la pequeña Europa se construyen por agregación, y

⁸ Al respecto véase MAESTRO BUELGA, G.: “Constitución Económica y derechos sociales en la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 4, nº 7, 2000, págs. 123-156, aquí pág. 129.

⁹ Respecto de la progresiva protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea la bibliografía es rica y extensa. Por todos cabe citar por su calidad y por ser de las obras más recientes la de DÍAZ CREGO, M.: *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados Miembros*, Reus, Madrid, 2009.

¹⁰ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUELA, F.: “El reconocimiento de los derechos sociales fundamentales en la Unión Europea”, en *Foro, Nueva Época*, núm. 9/2009, págs. 13-31, aquí pág. 14.

sin que su finalidad primera sea la protección de los trabajadores, sino el progreso del mercado único, lo cual lleva, inevitablemente, a la aparición de las crisis de esquizofrenia a las que nos hemos referido al principio.

2. El remedio: la positivación de los derechos laborales y activismo judicial

Como bien explica Maestro Buelga, *“mientras pudo mantenerse un esquema de relación entre Estados y Comunidad que preservaba la autonomía sustancial de decisión del Estado en el ámbito económico, fue posible mantener un reparto de espacios en el campo social. A los Estados les era confiado el espacio de materialización del Estado social mientras que la Comunidad, en esta materia, asumía cierta comunicabilidad de las condiciones de protección que favorecían la ampliación del mercado (especialmente en materia de Seguridad Social) y confiaba el bienestar no a mecanismos públicos de distribución, sino a la actuación del propio mercado”*. Pero en un momento dado esa estructura relacional fue revelándose como insostenible, y ello marcó el inicio de la positivación y reconocimiento de los derechos de los trabajadores en el ámbito comunitario, un inicio marcado también por la toma de conciencia de que la visión aconflictual del derecho comunitario en el ámbito de actuación de los derechos humanos fue una visión absolutamente errónea¹¹. Este proceso ha sido lento y tímido hasta llegar a la aprobación de la Carta de Niza y a su incorporación al Derecho Comunitario con carácter vinculante por vía de la aprobación y entrada en vigor del Tratado de Lisboa¹², y además ha estado marcado por una compleja distribución de competencias entre los Estados Miembros y la Unión, de modo tal que el derecho comunitario se ha centrado en las cuestiones de:

- a) la libre circulación de trabajadores¹³,
- b) la igualdad de oportunidades en general¹⁴ y entre hombres y mujeres en particular, con particular atención al desarrollo de políticas activas de conciliación para lograr el aumento de la tasa de actividad femenina¹⁵,
- c) el establecimiento de normas mínimas en lo que se refiere a algunos derechos de los trabajadores y a la organización del trabajo, muy particularmente la

¹¹ En este sentido PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUELA, F.: *Op. Cit.*, pág. 15.

¹² Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, Diario Oficial n° C 306 de 17 diciembre, 2007.

¹³ Véase la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

¹⁴ Véase la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

¹⁵ En relación con este eje de actuación véase ORTIZ LALLANA, C.: “Igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer en la Unión Europea”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 47, págs. 99-109. Destacan en este ámbito las Directivas 2006/54/CE del Consejo, de 10 de agosto de 2009, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos; y la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental.

- protección frente a los despidos colectivos¹⁶ y frente a las situaciones de insolvencia¹⁷ y traspaso de empresas¹⁸, la promoción del derecho de consulta y la información¹⁹ de los trabajadores, y la organización del tiempo de trabajo²⁰.
- d) la atención a las modalidades de flexibilización del mercado laboral²¹,
 - e) y el interés por la adopción de medidas mínimas de seguridad y salud en el trabajo²².

Ahora bien, el desarrollo de estas competencias, siempre a través de la aprobación de Directivas que dejaban un margen de actuación a los Estados en el momento de la trasposición de las mismas, ha corrido en paralelo a una lenta positivación de los derechos laborales, considerados de manera global y sistemática, en los textos comentarios fundadores, esto es en lo que podríamos denominar el “derecho constitucional comunitario”.

a. La positivación de los derechos de los trabajadores en el ámbito comunitario europeo

En 1986 el *Acta Única Europea (AUE)* refuerza el mercado interior, acentuando la dimensión económica del proyecto comunitario. No obstante va a reconocer también que es necesario reforzar la cohesión económica y social de la Comunidad. Desde esa afirmación, se hace posible el salto al desarrollo de una política social adecuada, que fomente el diálogo social a nivel europeo y que empiece a trabajar, por tanto, en el desarrollo de los derechos laborales fundamentales. Así, desde la percepción de que el mercado único exige, para su puesta en práctica, de una adecuada dimensión social, es posible desarrollar esa dimensión, porque la libre circulación de las personas, así como la realización del mercado interior, va a tener una serie de repercusiones sociales que no pueden ser negadas, y que tendrán que ver con la necesidad de garantizar la cohesión regional, es decir el equilibrio regional intraeuropeo, y la cohesión social europea, uno

¹⁶ Véase la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

¹⁷ Véase la Directiva 80/987/CEE del Consejo de 20 de octubre de 1980 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, modificada por la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

¹⁸ Véase la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

¹⁹ Véase la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación de que el empresario informe al trabajador de las condiciones aplicables al contrato o a la relación laboral.

²⁰ Véase la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

²¹ Véanse las Directivas 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, modificada por la Directiva 98/23/CE; 99/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada de la CES, la UNICE y el CEEP; y 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

²² Véase la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

de cuyos elementos débiles es, sin duda alguna, la presencia de un notable paro estructural²³. Por tanto, desde las bases sentadas por el AUE, se desarrolla el texto de la **Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores** (CDFT), documento de *soft law* (declaración política solemne sin eficacia jurídica)²⁴, firmado en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, por los jefes de Estado y de gobierno de los entonces países miembros, excepto el Reino Unido. La Carta que a lo largo de sus 30 artículos, se refiere a 13 derechos²⁵, se guía por dos ideas fundamentales: compensar las asimetrías entre las dimensiones económica y social de la integración europea y evitar el dumping social, esto es que el desarrollo del mercado único y la promoción de la libre competencia pudiera desembocar en el empeoramiento de las condiciones de vida y trabajo de los europeos²⁶. Según Pérez de los Cobos “*a fuerza de sucesivos compromisos, el texto final de la Carta resultó ser pobre y escasamente innovador: un mínimo común denominador de los derechos ya reconocidos en los diversos ordenamientos nacionales*”²⁷. Seguramente eso sea cierto, pero, cronológicamente, al menos, supone un hito para el reconocimiento de algunos derechos fundamentales de los trabajadores, y para el posterior trabajo tendente a la uniformización de los sistemas sociales de la Unión²⁸, y es que, a partir de entonces, cada reforma de los Tratados Constitutivos va a dar cabida a lo que, podríamos denominar, la cuestión social.

Así el **Tratado de Maastrich** (1992), definidor de la Unión Europea como concepto de integración política, llevará a su art. 6.2 la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo (TJUE) en materia de derechos humanos, e incluirá en un Anexo, por lo demás no suscrito por el Reino Unido, el acuerdo relativo a la política social, o, dicho de otro modo el Protocolo nº 14 al Tratado de la Unión Europea. Este acuerdo se inspira en la convicción, a la que ya se ha aludido, de que la acción comunitaria debe dirigirse a evitar el “dumping social”, controlar la evolución del trabajo en la economía sumergida, y favorecer la convergencia de los costes salariales, todo ello desde la promoción, por parte de la Comisión Europea, del diálogo, la negociación y la concertación social como elementos de regulación del mercado de trabajo y de

²³ En el mismo sentido RICHEZ, N.: “Protection sociale et intégration européenne », en TELÒ, M. (dir.) *Quelle Union Sociale Européenne?*, Editions Université de Bruxelles, 1994, pp. 171-193, p. 171

²⁴ La naturaleza programática de la Carta queda perfectamente clara si se leen los artículos 27 a 30 de la misma. Se refiere además a esta cuestión ORDOÑEZ SOLIS, D. *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*. Comares, Granada, 2006, pág. 49.

²⁵ La libertad de circulación de los trabajadores, la libertad de elección y ejercicio de una profesión, el derecho a una retribución suficiente, el derecho al descanso semanal y a unas vacaciones anuales pagadas, el derecho a la protección social, la libertad de asociación, de negociación colectiva y de recurrir a acciones colectivas, incluida la huelga, el derecho a la formación profesional, a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, el derecho de los trabajadores a la información, consulta y participación, el derecho a la protección de la salud y de la seguridad en el medio de trabajo, a la protección de los niños y de los adolescentes, de las personas de edad avanzada, y de las personas con discapacidad.

²⁶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUELA, F.: *Op. Cit.*, pág. 17.

²⁷ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUELA, F.: *Op. Cit.*, pág. 17.

²⁸ En este sentido RUIZ MIGUEL, C.: “La repercusión constitucional del Tratado de la Unión Europea”. En VVAA: *La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo. XVI Jornadas de Estudio*. Vol. I. Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1995. Págs. 1177 y ss. Aquí pág. 1191.

las relaciones laborales²⁹ y, como correlato, de los derechos de los trabajadores³⁰. Para desarrollar sus objetivos la Comisión no asume competencias sobre la totalidad del ámbito de lo social, sino que se concentra en la mejora de las condiciones de trabajo, en la protección social, y en el diálogo social (representación y defensa de los intereses de los trabajadores y de los empresarios)

Un lustro más tarde, y 46 años después de la entrada en vigor de los tratados constitutivos, se operó la gran reforma social de los tratados constitutivos, por obra de lo dispuesto en el *Tratado de Amsterdam* (1997), que modifica el Tratado de la Unión Europea, para que en el preámbulo del mismo se confirme la adhesión de la Unión a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989; y el TCEE para que su art. 2 afirme que “*la Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria (...), un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer (...) la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros*”, y sus arts. 117 a 120 recojan las políticas destinadas a materializar los objetivos de fomento del empleo y mejora de las condiciones de vida y trabajo “*a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero, y la lucha contra las exclusiones*”.

Finalmente la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (2000) vendrá a recoger, de manera clara, los derechos de los trabajadores. Si bien no es este el lugar para realizar un análisis detallado de la evolución de la Carta, sí que resulta útil recordar que la misma nació³¹, igual que lo hiciera la Carta de derechos de los Trabajadores, como instrumento de *soft law* en Niza en el año 2000, y que el fracaso del proceso de ratificación de la Constitución Europea la congeló en ese estatus hasta el momento en que la ratificación y entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2010) la ha convertido en un documento de derecho comunitario originario, esto es jurídicamente vinculante, al igual que lo son los tratados y con el mismo peso y valor que los mismos, si bien su texto no se integra formalmente ni en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ni en el Tratado de la Unión³². Así pues la Carta de Derechos Funda-

²⁹ RICHEZ, N.: “Protection sociale et intégration européenne », en TELÒ, M. (dir.) *Quelle Union Sociale Européenne?*, Editions Université de Bruxelles, 1994, pp. 171-193, p. 186.

³⁰ Recuérdese que la introducción de esta lógica en el Tratado de Maastricht resultó del empeño y movilización de Jacques Delors, presidente por entonces de la Comisión Europea, de la Confederación Europea de Sindicatos (CES) y del Comité Económico y Social del Parlamento Europeo.

³¹ Recuérdese que la Carta se aprueba bajo la forma jurídica de Declaración Solemne por la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo en el Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000. Al mismo tiempo resulta interesante también evocar el hecho de que en la Convención que redactaría la Carta hubo dos temas que generaron intensos debates. Uno el relacionado con la herencia religiosa de Europa, el otro el relativo a los derechos sociales fundamentales. Recoge esta cuestión MAYER, FRANZ C.: “La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution Européenne » en *RTD eur.* 39 (2), abril-junio 2003, págs. 174-195, aquí pág. 190 y 191.

³² Para la versión consolidada de ambos, así como de la Carta de Derechos Fundamentales, consúltese el Diario Oficial n° C 83 de 30 de marzo de 2010.

mentales ha corrido, formalmente, mejor suerte que la Carta de Derechos de los Trabajadores, y compensa ampliamente, al menos desde un planteamiento teórico, el fracaso de aquella porque incluye, desde un innovador planteamiento de indivisibilidad de los derechos, si no la totalidad, si la amplia mayoría de los derechos recogidos en la CDFT.

Desde esa posición de indivisibilidad, al menos formal, de los derechos, la Carta de Derechos Fundamentales se estructura en torno a los seis grandes valores que se predicán como integrantes del *ethos* de la Unión³³: la dignidad (Título I), la libertad (Título II), la igualdad (Título III), la solidaridad (Título IV), la ciudadanía (Título V) y la Justicia (Título VI). Los derechos de los trabajadores se encuentran fundamentalmente en el Título IV, bajo la rúbrica de la solidaridad evidentemente, pero no solo. Así el Título reservado a la dignidad recoge la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzoso (art.5), el Título dedicado a la libertad integra la libertad profesional y el derecho al trabajo (art. 15), así como la libertad sindical que se asocia a la libertad de asociación y reunión (art. 12)), y el relativo a la igualdad incluye también el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres (art. 23) así como la integración de las personas discapacitadas (art. 26). Por su parte bajo la rúbrica de los derechos de solidaridad, y en lo que hace a los derechos de los trabajadores, se incluyen

- el derecho de los trabajadores a la información y consulta en el ámbito de la empresa (art. 17).
- el derecho de negociación y acción colectiva, incluido el derecho a la huelga (art. 28).
- el derecho de acceso a los servicios de colocación (art. 29).
- el derecho a la tutela en caso de despido injustificado (art. 30).
- el derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y justas (art. 31).
- la prohibición del trabajo de los menores y la protección de los jóvenes en el lugar de trabajo (art. 32).
- el derecho a la vida laboral y profesional (art. 33) se traduce en la tutela frente al despido ligado a las situaciones de maternidad.
- el derecho a la seguridad social y a la ayuda social (art. 34).

b. El Tribunal de Justicia ante los derechos de los trabajadores

La interpretación dinámica dada por la jurisprudencia de la Corte de Justicia a los tratados constitutivos, y sobre todo al derecho comunitario derivado permite observar cómo, en el nivel jurisprudencial, el reconocimiento de muchos derechos de los trabajadores, ya se venía haciendo en el ámbito del derecho comunitario, incluso antes de su traslado a los textos fundadores a través de la Carta de Niza³⁴.

Dicho esto, la “construcción” pretoria de derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea se ha centrado en los derechos de tradición liberal, es decir los clásicos derechos civiles. El desarrollo de los derechos laborales no ha sido tan crea-

³³ En expresión de PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUELA, F.: *Op. Cit.*, pág. 22.

³⁴ En este sentido véase RICHEL, N.: “Protection sociale et intégration européenne », en Telò, M. (dir.) *Quelle Union Sociale Européenne?*, Editions Université de Bruxelles, 1994, pp. 171-193, p. 182.

tivo, sino que ha estado vinculado a la interpretación de las directivas comunitarias que, en desarrollo de las competencias en políticas social, iba elaborando la Unión.

Dicho de otro modo existe una rica jurisprudencia sociolaboral, pero el TJUE, reconociendo la conexión entre la integración económica y la dimensión social de esa integración, pero “siempre reticente a reconocer la efectividad de las previsiones de carácter social”³⁵ sin la intermediación del legislador comunitario, la ha construido en torno la interpretación de las directivas comunitarias en materia laboral, y por tanto en torno a los derechos que en esas directivas se recogen y a las que hacíamos referencia más arriba. Así la jurisprudencia laboral comunitaria atiende preferentemente a las cuestiones de la protección de los trabajadores frente a los despidos colectivos³⁶ y frente a las situaciones de insolvencia³⁷ y traspaso de empresas³⁸, a la promoción del derecho de consulta y la información de los trabajadores³⁹, y la organización del tiempo de trabajo⁴⁰. Ahora bien, si un tema se lleva la atención preferente del Tribunal de Justicia es el que se refiere a la igualdad laboral entre hombres y mujeres y al control de las medidas de acción positiva o de conciliación⁴¹.

Junto a ello el Tribunal tiene muchas más dificultades para reconocer la efectividad de los derechos que no tienen desarrollo a través de normas de derecho comunitario originario, sin perjuicio de lo cual admite por vía indirecta el derecho a la negociación colectiva, afirmando que a pesar de que pueden asociarse algunos efectos restrictivos de la libre competencia a la concertación social, los objetivos de política social que tales acuerdos persiguen justifican esa limitación⁴².

Puede concluirse, por tanto que la creación jurisprudencial de derechos de los trabajadores en el ámbito comunitario ha sido más bien tímida, y prueba accesorio de esta afirmación es que el TJUE ha evitado pronunciarse respecto del carácter vinculante y la eficacia de la Carta Comunitaria de Derechos de los Trabajadores⁴³, aunque ha acudido en ocasiones a ella para reforzar sus argumentos interpretativos⁴⁴.

³⁵ ORDOÑEZ SOLIS, D.: *Op. Cit.* pág. 139.

³⁶ STJUE de 8 de junio de 1994, asunto Comisión/Reino Unido, incumplimiento de la Directiva sobre despidos colectivos.

³⁷ SSTJUE de 15 de mayo de 2003, asunto Karin Mau; y de 11 de septiembre de 2003, asunto Walcher.

³⁸ SSTJUE de 6 de noviembre de 2003, asunto Martín y otros; de 12 de marzo de 1998, asunto Dethier Équipement/Dassy et Sovan; y de 10 de diciembre de 1998, asunto Hidalgo y otros.

³⁹ SSTJUE de 29 de septiembre de 1987, asunto Gimenez Zaera/Instituto Nacional de la Seguridad Social; de 29 de septiembre de 2001, asunto BECTU; de 18 de marzo de 2004, asunto Merino Gómez; y de 5 de octubre de 2004, asunto Bernhard Pfeiffer y otros.

⁴⁰ SSTJUE de 21 de marzo de 2001, asunto Bofrost; de 13 de enero de 2004, asunto Kühne & Nagel; y de 15 de julio de 2004, asunto ADS Anker

⁴¹ SSTJUE de 21 de octubre de 1999, asunto Lewen; de 23 de octubre de 2003, asunto Schönheit; de 30 de marzo de 2004, asunto Alabaster; y de 4 octubre de 2001, asunto Tele Danmark.

⁴² STJUE de 21 de septiembre de 1999 (asunto Albany)

⁴³ Véase la Sentencia de 12 de octubre de 2004, asunto Wippel. A pesar de ello la Abogada General Kokott se había pronunciado en las Conclusiones Generales de 18 de mayo de 2004, en este asunto, a favor de considerar que la Carta, a pesar de carecer de fuerza vinculante debía ser considerada como instrumento de interpretación de las disposiciones de Derecho Comunitario. Referencia tomada de ORDOÑEZ SOLIS, D.: *Op. Cit.* pág. 49.

⁴⁴ SSTJUE de 9 de septiembre de 2003, asunto Jaeger, y de 5 de octubre de 2004, asunto Bernhard Pfeiffer y otros.

3. El estado actual del enfermo europeo

La descripción de los perfiles sociodemográficos europeos, puede ser ilustrativa como punto de partida del análisis de la situación socio-laboral actual⁴⁵. Sin detenerse particularmente en las cifras, sino en la descripción de fondo, puede decirse que si bien la población de la Europa a 27 (EU-27) ha aumentado progresivamente en los últimos 5 años, el motor fundamental de ese crecimiento ha sido la inmigración, que compensa, en términos generales, la evolución natural negativa de la población europea.

Junto a ello, es preciso afirmar que el envejecimiento de la población europea es evidente. Los hijos del baby-boom están llegando a la edad de jubilación. El descenso generalizado de las tasas de fecundidad (que no alcanzan los niveles de renovación poblacional, esto es dos hijos por pareja) y el aumento constante de la longevidad, ha supuesto que las personas mayores representen unan parte creciente de la población en la mayoría de las regiones europeas, con los costes asociados al sistema nacional de Seguridad Social que eso supone, a los que deben añadirse los gastos sanitarios, y la protección social⁴⁶.

A esta preocupante situación se une la reciente recesión económica, provocada por la crisis de los mercados financieros de otoño de 2008 que, después de años de crecimiento económico y creación de empleo en Europa, ha supuesto la pérdida masiva de puestos de trabajo, habiéndose convertido la conservación de los empleos existentes y la recuperación paulatina de los perdidos en prioridad absoluta de la Unión. Según las últimas estadísticas disponibles (Eurostat enero 2011)⁴⁷, la tasa de desempleo en la UE-27 es del 9,5% de media, oscilando entre el 20,4% de España y el 4,3% de Austria o lo Países Bajos, con un equilibrio prácticamente total entre el paro femenino (9,5%) y el paro masculino (9,6%). Esa tasa se duplica cuando hablamos del empleo joven, puesto que el porcentaje de desempleados entre 15 y 24 años se eleva al 20,6% en la Unión Europea (datos de septiembre de 2010), oscilando aquí de nuevo ostensiblemente las cifras entre los máximos de España (42,7%) y los mínimos de Alemania (8,3%). A la situación del empleo se une el importante déficit público, que se sitúa en una tasa media del 62,8% del PIB, siendo en este caso los valores máximos los de Italia (105%) y los mínimos los de Estonia (4,6%).

Junto a todo lo anterior, y a pesar de las activas políticas europeas para modificar esta realidad, debe decirse que la brecha entre la situación laboral de los hombres y de las mujeres sigue siendo notable⁴⁸. Aunque no hay grandes diferencias en las cifras del

⁴⁵ Datos tomados de Eurostat: *Annuarie regional d'Eurostat 2010*, Luxemburgo, 2010

⁴⁶ Si la población mayor de 65 años en 2008 era del 17,1%, se espera que en el 2030 alcance el 23,5%. Esto, traducido en tasas de dependencia de las personas mayores supone que esa tasa aumentará en 10 puntos desde el 2008 (25,4%) y el 2030 (38%), lo que significa que en unos 20 años cada 100 personas en edad de trabajar deberán sufragar las necesidades de los mayores de 65 años.

⁴⁷ Disponible a 1 de marzo en línea en la dirección <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&language=fr&pcode=teilm020&tableSelection=1&plugin=1>

⁴⁸ Tomado del documento Situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea 2004-2008 (P6_TA(2009)0019), Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2009, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea 2004-2008 (2007/2145(INI)) (2010/C 46 E/08).

paro, si las hay en la tasa de empleo⁴⁹, que alcanzaba en 2009 el 58,6% para las mujeres y el 70,7% para los hombres. Una diferencia que, si bien se reduce progresivamente, sigue siendo de 12,1% puntos porcentuales.

Y si las diferencias entre hombres y mujeres son notables, las diferencias regionales también lo son. Pero aquí no utilizaremos como ejemplo de la afirmación las cifras del paro, sino las de los salarios brutos por hora. Tomando datos del 2008 que no reflejan aún los efectos de la crisis⁵⁰, el máximo salario por hora trabajada de la Unión (28,70 Euros en la región londinense) es exactamente 28 veces el salario medio más bajo, que se encuentra en la región de Severna i Iztochna (Bulgaria)⁵¹. La cuestión de las diferencias salariales hay que leerla a la luz de una cuestión relacionada, sin duda, con el respeto a uno de los derechos laborales a que nos hemos referido, concretamente el relacionado con el salario mínimo, y es que no todos los Estados miembros tiene legislación nacional en materia, precisamente, de salario mínimo⁵².

Vemos, por tanto, que existen cinco graves problemas estructurales que tocan a los derechos de los trabajadores:

- La diferencia entre hombres y mujeres en materia de tasa de actividad, o dicho de otro modo de integración en el mercado de trabajo, que pone de manifiesto la falta de consecución real del principio de igualdad laboral entre hombres y mujeres, particularmente si se tiene en cuenta que las mujeres tienen más empleo temporal y más empleo a tiempo parcial, dato este que no reflejan las estadísticas presentadas.
- La altísima tasa de desempleo juvenil.
- Las diferencias regionales en materia de tasa de desempleo y de costes salariales, que supone que estos costes, a los que se unirían los asociados al pago de seguridad social y otras cargas sociales, sean un elemento fundamental en el momento en que los empresarios toman las decisiones relacionadas con la ubicación de sus empresas, lo que puede introducir dificultades en el mercado de trabajo de los países que resulten más “caros” para el empresario.
- El envejecimiento de la población, que carga sobre las espaldas de la población activa el sostenimiento de unas clases pasivas numéricamente muy

⁴⁹ Recuérdese que la tasa de empleo es obtenida dividiendo el número de personas ocupadas entre 15 y 64 años por la población total de la misma franja de edad, mientras que la tasa de desempleo (el paro) representa el porcentaje de personas paradas en el conjunto de la población activa, entendiéndose que son parados las personas que, no teniendo trabajo, lo están buscando o lo han estado buscando, esto es que desean trabajar.

⁵⁰ Datos tomados de Eurostat: *Annuarie regional d'Eurostat 2010*, Luxemburgo, 2010

⁵¹ Así entre las regiones con mejores salarios, que superan los 18 euros de media (Noruega, Dinamarca, Sudeste y Este del Reino Unido, región parisina -Ile de France-, Bruselas, Hamburgo y Hesse -Alemania-, Irlanda y Luxemburgo) y las que tiene los salarios medios más bajos, no alcanzando los 4 euros [Dunántúl, Turquía, Alföld és Észak (Hungría), Lituania, Letonia, Rumanía, Yugozapadna i Yuzhna Tsentralna y Severna i Iztochna (Bulgaria)], hay una diferencia que supone que cuadruple o quintuple el salario de unas regiones europeas a otras, regiones entre las que, no lo olvidemos, existe el derecho al libre desplazamiento de trabajadores.

⁵² Tomado del documento Situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea 2004-2008 (P6_TA(2009)0019), Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2009, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea 2004-2008 (2007/2145(INI)) (2010/C 46 E/08).

importantes, lo que fuerza la reflexión, y ha provocado sin duda las reformas, en materia de edad de jubilación, cuestión que se ve, por parte de los trabajadores, como un ataque a una suerte de derecho adquirido a jubilarse a los 65 años...

- Y las dificultades de inclusión social de las personas alejadas del mercado de trabajo, de los que estando en el mercado de trabajo pueden ser calificados como “trabajadores pobres” y de los trabajadores irregulares.

La cuestión que se plantea es si el elenco de derechos que hemos analizado en las páginas anteriores, y que es de tan reciente factura en lo que a su vinculatoriedad jurídica se refiere, podría hacer algo para superar estos problemas. Sin duda alguna la finalidad de todos ellos es mejorar el nivel de vida del ciudadano pero, sigue existiendo la incertidumbre de si son tan sólo instrumentales de las políticas de mercado o si son también la rienda que controla la tiranía del mercado en la medida en que una vez se ha logrado un cierto nivel de respeto de estos derechos, y a su vez un cierto grado de bienestar social, ya no se renuncia a este nivel⁵³.

El problema es que la idea fundamental que esta inspirando las actuales políticas laborales en los países fuertes de la Unión Europea es la escandinava noción de flexicurity, que llama a desarrollar medidas en que se aúne la flexibilidad del mercado laboral con unos niveles aceptables de protección y seguridad social. El gobierno alemán, por ejemplo, ya en el año 2007 y coincidiendo con la presidencia del Consejo, asociaba la idea de “flexicurity” a la más amable noción del “buen trabajo”, vinculado a su vez a la modernización del derecho laboral para permitir horarios más flexibles de trabajo y combatir la economía sumergida, a la creación de sistemas laborales que garanticen la formación continua y la adaptación permanente de los trabajadores a los cambios rápidos y a las fases de desempleo, y a su vez modernizar la seguridad social para asegurar la movilidad transfronteriza y al acceso al mercado laboral combinado con unos ingresos garantizados y adecuados.

¿Esta idea de flexicurity es compatible con el respeto a los derechos laborales que, en extenso, se recogen en la Carta de Niza? La mayor flexibilidad, se asocia sin duda a la mayor intervención de la negociación colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo, lo cual, en principio ahonda en la positiva idea de concertación, de ejercicio del derecho a la negociación colectiva, de desarrollo de la actividad sindical...pero ¿en un contexto de altas tasas de desempleo como el que hemos analizado, cual es la fuerza real de los sindicatos y de los trabajadores a la hora de negociar las condiciones de trabajo? No cabe duda de que es complicado ofrecer una respuesta general a esta cuestión. En cada país el escenario es diferente, muy diferente.

Lo que sí parece ser predicable del conjunto de la Unión es que, en todo caso, existe un patrimonio común e irrenunciable de derechos de los trabajadores, un patrimonio común que, en cambio, es extraordinariamente exiguo y se refiere a la erradicación del trabajo infantil, a la no obligatoriedad del trabajo, a la ausencia de

⁵³ LA ROCCA, D.: “La patrimonialización de los derechos en la ciencia jurídica europea”, en *REDCE*, nº 5, enero-junio de 2006, pp. 121-144.

discriminación en el trabajo y en el empleo, a la participación de los trabajadores en la empresa y a la negociación colectiva.

Junto a ello la Unión, como se ha apuntado ya, ha decidido ocuparse del desarrollo de algunas de las políticas vinculadas a semejante patrimonio común, y en este sentido, la política social de la UE se preocupa de la cuestión de la igualdad material de hombres y mujeres en el mercado de trabajo, de la integración de las personas excluidas de las relaciones de empleo, de la seguridad y protección social, de la lucha contra las extinciones injustas de los contratos de trabajo y del desarrollo de mecanismos de representación y defensa colectivas; habiendo dejado expresamente de lado las cuestiones relacionadas con el régimen retributivo y el ejercicio de las libertades sindicales y sus derivaciones.

Pareciera, por tanto, que no existe una voluntad política clara de crear un supra-estado social, y ni siquiera parece que exista una mínima voluntad de crear un único mercado de trabajo europeo. Tenemos un mercado laboral europeo fragmentado, con unas condiciones de trabajo dispares, y con derechos de los trabajadores, por tanto, que se reconocen, garantizan y promueven en muy diverso grado de intensidad. Junto a ello no hay una movilización real, paneuropea, de los actores sociales, particularmente de los sindicatos, que siguen actuando sujetos a una lógica ya no nacional, sino perfectamente localista. Así pues falta una verdadera estrategia de convergencia social dirigida a la construcción de un supra-estado social (proveedor) europeo⁵⁴. En este escenario de falta de voluntades, la interdependencia creciente de las políticas económicas reduce el margen de maniobra de cada uno de los estados miembros para gestionar el mercado laboral, puesto que la actuación sobre el mismo influye directamente sobre las variables económicas que condicionan la integración económica y monetaria. De hecho la flexibilidad del mercado de trabajo se está convirtiendo en el principal instrumento de ajuste para las economías europeas⁵⁵ y no siempre se está acompañando de un refuerzo del sistema de seguridad social. La flexicurity, en países como España se está quedando sólo en la dimensión de la "flexibility".

4. ¿Existen tratamientos preventivos?

La situación descrita dista de ser halagüeña en lo que a la situación de los trabajadores europeos se refiere. En nuestro sistema, actualmente, no queda más que plantear tratamientos curativos, y los que parecen apuntarse, particularmente la flexibilización del mercado laboral y la "privatización" de las relaciones laborales llevándolas cada vez más al ámbito de la concertación, y alejándolas del ámbito de la ley, no está claro que sean los más positivos para garantizar los derechos de los trabajadores europeos.

Ahora bien, podríamos afirmar que la situación en que nos encontramos es fruto de una evolución de los acontecimientos que en parte ha escapado a las políticas públicas (situación demográfica) y en parte ha sido obviada por las políticas públicas

⁵⁴ RICHEZ, N.: *Op. Cit.* p. 187.

⁵⁵ Al respecto véase MAESTRO BUELGA, G.: *Op. Cit.* pág. 129.

comunitarias (derechos laborales en sentido amplio y en el ámbito comunitario). En el caso europeo ya no es posible la vuelta atrás, pero ¿es posible diseñar modelos de integración que no incurran en los mismos errores, al menos en el ámbito que nos ocupa, de modo que, ante situaciones de crisis económica, los derechos de los trabajadores salgan indemnes?

Por supuesto habríamos de partir de la convicción de que el fenómeno de la integración ofrece indudables ventajas para los estados y para sus ciudadanos, no sólo a nivel económico, sino también a nivel social. Pero partiendo de este presupuesto, quizá sea preciso plantearse si la integración a través del mercado es por sí sola fuente de legitimación para un proceso de integración...y, visto lo visto en Europa, posiblemente la respuesta deba ser negativa⁵⁶.

La concepción de un proceso de integración que no tenga los condicionantes que marcaron el surgimiento de las Comunidades Europeas, y en realidad ningún otro los tiene porque ningún otro es fruto de la situación creada por una confrontación bélica mundial, quizá deba hacerse desde otra perspectiva, o al menos no exclusivamente desde la perspectiva de la integración de mercados. Sin duda alguna es preciso afrontar también la dimensión de la integración por los derechos.

Y no se trata de enfrentar los derechos al mercado, pero tampoco de diseñar los derechos para el mercado, como ha sucedido, en el caso de los derechos de los trabajadores, en el contexto europeo. No se puede trabajar con el presupuesto de una patrimonialización de los derechos, porque en ese caso se darán fallas en el terreno social, en el terreno de la cohesión interna e intrarregional que pueden provocar la quiebra del sistema de integración.

No ha de leerse esta reflexión como una crítica a la evolución que en la Unión Europea ha experimentado el reconocimiento de los derechos, en particular de los derechos de los trabajadores. Al contrario, creo que desde los neutrales planteamientos de partida de los años 60, en los que se quería y creía al mercado común alejado del ámbito de los derechos humanos, la evolución habida es la mejor de las posibles, puesto que se han llenado muchas de las lagunas de partida. Mejor es tener hoy una Carta de Derechos, aunque la hayamos materializado 50 años después del nacimiento de las comunidades que seguir sin tener nada. Pero la evolución ha condicionado también la aproximación que se ha hecho a los derechos, y, particularmente en el caso de los derechos de los trabajadores, los ha hecho derechos funcionales, derechos instrumentales de los objetivos primarios de la Unión. Y eso ha contaminado en parte su desarrollo hasta la fecha...habrá que ver lo que pasa a partir de ahora. Para algunos autores⁵⁷ la “euro-constitucionalización” de los derechos en la Unión, esto es la incorporación de la Carta no es tan positiva, porque “mercantiliza los derechos”, es decir homologa todos los derechos a un estatuto construido a partir del modelo hegemónico de los derechos patrimoniales, además de imponer una gran precariedad en el nivel de tutela de los mismos pues se fijan límites a los estándares de protección

⁵⁶ En este sentido RODOTÀ, S.: “Tra diritti e mercato: una cittadinanza europea possibile”, en G. BONACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Bologna, 2001, pp. 451 ss.

⁵⁷ A ellos se refiere en su trabajo LA ROCCA, D.: *Op. Cit.*

de los principios, principios entre los cuales se encuentran buena parte de los clásicos derechos sociales. Sin embargo, para otro sector de la doctrina la unificación de los derechos que realiza la Carta de Niza borra las tradicionales diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, y además añade mecanismos de garantía a muchos derechos sociales que hasta ahora carecían de ellos en el ámbito europeo. Habrá que ver quien tiene razón analizando, en los años que están por venir, la jurisprudencia del TJUE en materia de derechos sociales.

En cualquier caso, y volviendo a la reflexión inicial, para aquellos procesos de integración que se encuentran en fases más tempranas que las que vive hoy la Unión Europea, quizá se esté a tiempo aún de plantear una evolución diferente del proceso. Una evolución basada en una construcción no exclusivamente mercantilista del modelo, y que no desarrolle los derechos de los individuos con un mecanismo funcionarial, sino que plantee una integración desde los derechos en paralelo a la integración desde el mercado, porque solo de este modo una eventual futura integración política fuerte podría ser esperable.

Seguramente cualquier modelo de integración debería exigir a sus socios un nivel previo y apriorístico de protección de los derechos, pero no sólo de protección de los clásicos derechos civiles y políticos (que es lo que ha sucedido en la UE) de modo que se garanticen unos mínimos de estabilidad política y gobernabilidad, sino también de garantía de los derechos sociales o al menos de ciertos derechos sociales, entre los que se han de situar, sin duda, y con carácter prioritario, los derechos de los trabajadores. Seguramente puede decirse que la cohesión social interna es necesaria antes de trabajar por la integración económica supranacional, porque en caso contrario, el proceso internacional corre el riesgo de acrecentar los problemas internos de cohesión.

No se debe pretender que el ámbito de los derechos laborales pueda ser inmune a los procesos de integración económica, porque no lo son de facto. Y si no lo son en la práctica, el derecho de la integración debe sentar las bases para que la creación del mercado interior único no distorsione el mercado de trabajo, ni se realice en detrimento de los derechos de los trabajadores.

La buena noticia es que, al menos sobre el papel, la integración latinoamericana (o mejor los distintos sistemas de integración del continente americano) estaría bajando en esta línea.

Desde que entrara en vigor la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1983, los acuerdos comerciales firmados en el continente americano, en particular los Tratados de Libre Comercio, que son el primer paso de los procesos posteriores de integración económica, contienen el catálogo de derechos que recoge la Declaración, bajo el presupuesto de que el respeto de los mismos es imprescindible para garantizar el comercio leal⁵⁸. Sin duda la inclusión de estos derechos en este tipo de acuerdos es muy

⁵⁸ Se refiere a esto LÓPEZ, D.: "Derechos laborales y acuerdos de libre comercio", en *Nueva sociedad*, nº. 202, 2006 (Ejemplar dedicado a: ¿Puede un empresario ser de izquierda?), págs. 45-58. Aquí pág. 47.

positiva, pero es preciso analizar su real eficacia, que no siempre es la que debiera⁵⁹, y valorar las críticas que se les hacen desde el movimiento sindical, y que son fáciles de imaginar: que no fueron diseñadas para proteger a los trabajadores, sino a al mercado común naciente, y para evitar la competencia desigual basada en la reducción de derechos laborales. Dicho de otro modo, son vistas como cláusulas de protección de los países más desarrollados, cuyos estándares de disfrute de derechos laborales son, en principio mayores, dada la mejor situación económica, frente a la eventual deslocalización de sus empresas para desplazarse a países donde el coste económico asociado a los derechos laborales de los trabajadores pudiera ser menor. Pero ello, que efectivamente es cierto, no impide que la valoración pueda ser positiva: al menos el reconocimiento de los derechos está, y está en una norma con efectos internos.

Otra aproximación es preciso realizar al MERCOSUR y al PACTO ANDINO⁶⁰ que, en la medida en que se estructuran como sistemas de integración han de prever la libre circulación de los trabajadores, y en este contexto, construir su modelo de garantía de los derechos de esos mismos trabajadores. El 10 de diciembre de 1998 Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay firmaron la Declaración Sociolaboral del Mercosur, en la que se reconoce un elenco nutrido de derechos de los trabajadores⁶¹, junto con un mecanismo de seguimiento, que aunque no tiene por finalidad sancionar los incumplimientos de la Declaración, si tiene la de vigilar de qué modo se va extendiendo su respeto y observancia. Podrá ponerse en duda la efectividad del mecanismo de garantía, pero al menos existe, y no solo eso, sino que la Declaración, en tanto acuerdo internacional derivado del tratado de Asunción de 1991, es directamente aplicable por los operadores jurídicos de los Estados que la firmaron, y de hecho existe algún

⁵⁹ Tal y como afirma Diego López, *“Si bien estas cláusulas son presentadas por los gobiernos principalmente como compromisos gubernamentales de promover la cooperación bilateral para mejorar el reconocimiento legal y la protección efectiva de derechos fundamentales del trabajo, insistiendo en que no se trata de establecer normas mínimas comunes para las legislaciones internas de los países que se asocian comercialmente ni fijar una homologación normativa entre los ordenamientos jurídicos de los países que adoptan los acuerdos comerciales, el real alcance de las cláusulas laborales estará determinado también por decisiones jurídicas: es evidente la importancia que tiene la adopción e interpretación de las leyes internas para evaluar el cumplimiento o incumplimiento de los compromisos laborales puestos en tratados de libre comercio”*. LÓPEZ, D.: *Op. Cit.* pág. 47.

⁶⁰ MARTÍNEZ, D.: *El mundo del trabajo en la integración económica y la liberalización comercial. Una mirada desde los países americanos*. Documento OIT, Lima, 2004 y VERGÉ, P.: *“¿Hacia una gradual “continentalización” del derecho del trabajo? El impacto de los acuerdos plurinacionales americanos en materia laboral”*, en *Revista Derecho Laboral*, n° 217, Montevideo, 2005.

⁶¹ El derecho a la no discriminación y la promoción de la igualdad en el trabajo (arts. 1 y 2), el derecho de los trabajadores migrantes a recibir ayuda y asistencia y a no sufrir peores condiciones laborales que los nacionales (art. 4), la obligación de eliminación del trabajo forzoso (art. 5), y del trabajo infantil (art. 6), el derecho a la libertad de empresa (art. 7), el derecho a la libre asociación (art. 8), a la libertad sindical (art. 9) a la negociación colectiva (art. 10) y a la huelga (art. 11), a la formación profesional (art. 16), a la seguridad y salud en el trabajo (art. 17) y al mismo tiempo compromete a los Estados a desarrollar procedimientos preventivos y de autosolución de conflictos (art. 12), fomentar el diálogo social (art. 13), y el empleo (art. 14) y mecanismos de protección de los desempleados (art. 15), de inspección de trabajo (art. 18) y de protección y seguridad social (art. 19).

ejemplo de resolución judicial en que esa aplicación se hace efectiva⁶². En el ámbito de la Comunidad Andina de Naciones, no existe una declaración general de derechos laborales, como en MERCOSUR, pero sí distintas Decisiones que abordan el tema desde diferentes perspectivas, y siempre con la idea clave de facilitar el movimiento de personas desde la garantía de los derechos sociolaborales de las mismas. Así tenemos la Decisión 545 sobre ordenación de la migración laboral, la Decisión 583, que aprueba el instrumento andino sobre Seguridad Social y la Decisión 584, sobre seguridad y salud en el trabajo, que se completa con el Reglamento del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo [Resolución 957].

Parece, por tanto, que algo puede estar cambiando en los procesos de integración desde que la vieja Europa iniciase el suyo. La presencia de los derechos laborales se hace sentir en los procesos de integración en América, independientemente de su grado de perfección, al menos desde la aproximación normativa, lo que no es poco. El mayor problema se da, en cambio, y como en tantas otras facetas de la integración continental americana, en la difusión, conocimiento y aplicación de esas normas, esto es en la real eficacia de las mismas. Pero, para cerrar estas páginas redondeando el símil con que las comenzábamos: los procesos de integración en América Latina se ven, ya desde su inicio, con rostro social, con lo cual no precisarán de terapia futura para resolver problemas de identidad, como sucede con la “Europa social”...lo que si parecen necesitar es una terapia actual intensiva que lleve esa imagen desde el espejo en que se miran unos procesos de integración nacientes, a la realidad que se encuentra en este lado del espejo.

⁶² Por citar la primera de una larga serie, sirva la Sentencia de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en la causa “Stringa Domingo Alberto c/Unilever de Argentina”, Sentencia Definitiva N° 53.533 del 23.10.2000, referenciada por MALM GREEN; L. A.: “Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur”, en *HOLOGRAMÁTICA – Facultad de Ciencias Sociales – UNLZ – Año V, Número 8, V2 (2008)*, pp. 95-106 www.hologramatica.com.ar (consultada el 3 de marzo de 2010).

SEGURANÇA PÚBLICA, VIOLÊNCIA, CONTROLE SOCIAL E DIREITOS HUMANOS

João Ricardo W. Dornelles¹

O tema da segurança pública e do controle social penal está presente nas práticas políticas contemporâneas, ganhando cada vez mais destaque na regulação dos conflitos sociais e no enquadramento de comportamentos, posturas e ações que não se adaptam ao modelo hegemônico da sociedade neoliberal.

Para tratar do tema da segurança pública na realidade atual, principalmente no Brasil, é importante traçarmos algumas considerações acerca da lógica contemporânea de controle social e quais são os mecanismos utilizados visando à manutenção de uma determinada ordem pública.

Dessa forma, tais considerações visam refletir sobre as condições materiais que servem de base para as políticas de segurança pública adotadas nas sociedades contemporâneas e as diferentes transformações que se operam nas práticas punitivas que passam a ter um papel central nos discursos e políticas adotadas contra amplos segmentos sociais marginalizados ou em situação de vulnerabilidade.

Em relação aos instrumentos contemporâneos de controle social, partimos do conceito trabalhado pelo autor Stanley Cohen², que entende o controle social como o conjunto de mecanismos que uma sociedade dispõe para responder aos indivíduos e/ou grupos sociais que, por algum motivo, colocam em risco a ordem existente. O autor parte do princípio de que, nas sociedades contemporâneas, os mecanismos de controle social são variados e de que identificam a ordem a partir de uma referência de valores que se expressam nas práticas sociais, nas instituições, criando expectativas para o conjunto da sociedade. Qualquer comportamento ou evento que se afaste desta referência de ordem passa a ser um desvio, uma ameaça à ordem estabelecida. A partir da existência destes mecanismos de controle social, os indivíduos ou grupos sociais são definidos, classificados como desviantes, transgressores, rebeldes, perigosos, delinquentes, suspeitos, ameaçadores, inadaptados, problemáticos, subversivos, indesejáveis, inimigos etc. Este mecanismo procura induzir à conformidade com a ordem social estabelecida. Assim, segundo Stanley Cohen, o controle social pode se manifestar como uma parte do aparato coercitivo do Estado ou como uma parte das instituições da sociedade civil. Busca a conformidade ao modelo, busca a acomodação e aceitação acrítica da realidade existente com o objetivo de manutenção e reprodução contínua de uma determinada ordem social.

¹ Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio); Coordenador-geral do Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da PUC-Rio.

² COHEN, Stanley. *Visions of Social Control: Crime, Punishment and Classifications*. Cambridge: Polity Press, 1985.

São variados os mecanismos de controle social, alguns públicos, outros privados. Estes mecanismos são utilizados para adestrar, controlar, adequar, excluir, segregar, vigiar, punir, tratar, corrigir, aniquilar aqueles que colocam em risco a ordem social (em quaisquer dos seus níveis). Servem também para buscar a integração dos que ameaçam a ordem, através dos meios de adestramento, educação, correção, ressocialização, reforma e medicalização.³

Segundo o jurista e criminólogo Juarez Cirino dos Santos, as análises criminológicas advindas do funcionalismo, sob um aparato conceitual da sociologia do consenso, de corte positivista, entendem que o controle social é um resultado espontâneo do organismo social, visando dar coesão ética que deve se expressar através do consenso social.⁴

Michel Foucault, por seu lado, com a noção de controle social, analisou como as sociedades urbano-industriais elaboraram mecanismos disciplinares, meios e instrumentos de controle com alto grau de sofisticação baseados nas ciências sociais, no conhecimento científico, na medicalização dos espaços sociais e na planificação social. Este mecanismo foi chamado por Foucault de ordem disciplinar.

Autores como Zygmunt Bauman e Alessandro De Giorgi, por outro lado, re-colocaram a questão dos mecanismos contemporâneos de controle social, a partir da constatação de passagem de uma sociedade capitalista baseada numa economia fordista para uma sociedade de economia pós-fordista. Os processos de transformação que se desenvolveram a partir do início dos anos de 1980, que culminaram com o advento da ordem neoliberal, levaram a modificações significativas no campo da acumulação do capital que repercutiram em todas as dimensões da vida social, incluindo as práticas de controle social, especialmente as de controle social penal.

Para Bauman, a passagem da ordem capitalista fordista para a ordem neoliberal – ou da modernidade rígida para a modernidade líquida – flexibilizou também os mecanismos disciplinares, tratados por Michel Foucault. A realidade das sociedades contemporâneas não se baseia mais somente na ordem industrial, com a existência de um exército industrial de reserva que tem um papel útil no processo de acumulação de capital. O modelo flexível do neoliberalismo adotou a lógica da flexibilização da produção, do mercado de trabalho flexível. A consequência mais notada destas transformações foi a ampliação do desemprego, onde o “trabalho flexível” passou a ser a referência e a incerteza e vulnerabilidade passou a ser a regra geral, levando à exclusão social em larga escala. Nessa ordem, o exército de reserva deixa de ter sentido. Ou, pelo menos, não tem mais o papel que desempenhava no processo de acumulação de capital das sociedades fordistas.

Com estas transformações estruturais, que se estendem para todas as relações da sociedade, o que se verificou é uma modificação dos papéis desempenhados pelas instituições de controle social, especialmente aquelas relacionadas com o controle penal.

³ DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e Segurança. Entre Pombos e Falcões*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 21.

⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *As Raízes do Crime: Um Estudo sobre as Estruturas e as Instituições da Violência*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 26.

O sistema penitenciário, que tinha sentido como instituição total que buscava ressocializar parte do exército de reserva, deixa de cumprir o seu papel numa sociedade de controle, que não tem espaço para os indesejáveis. A mudança de referências levou a que os diferentes grupos humanos descartados, excluídos, colocados em situação vulnerável, passasse a ser controlados apenas – ou quase somente – pelos mecanismos penais. Os amplos processos de criminalização, o advento do direito penal máximo, ou de emergência, incluindo aí a sua versão de direito penal do inimigo, passa a ser um mecanismo poderoso de controle social, dominação política e, até mesmo, de extermínio dos indesejáveis considerados perigosos.

O sociólogo Loïc Wacquant, em diversas obras, tem estudado o fenômeno do encarceramento em massa. Não mais, como no modelo fordista, pré-neoliberal, com o objetivo de “tratar” e “reeducar” aqueles que seriam reaproveitados nos processos produtivos, através de políticas de recuperação social. Agora, na era neoliberal, trata-se de um encarceramento em massa das multidões que não mais tem espaço na sociedade. São aqueles que Bauman chamou de “consumidores falhos”. Aqueles que estão nas margens da sociedade de consumidores, mas que não tem acesso aos benefícios do ultra-capitalismo tecnológico. Esta multidão diversificada de excluídos e vulneráveis são aqueles que Loïc Wacquant chamou de “*urban underclass*”, ou os “desproletarizados”.

Os processos ampliados de “desproletarização” foram acompanhados pelos processos de degradação social que tiveram como consequência direta a segregação e a estigmatização de amplos segmentos das sociedades industriais.

Wacquant partiu, em sua análise, dos Estados Unidos da América, como “laboratório” que serve de modelo para as práticas de controle social contemporâneas. Aponta, também, que houve uma erupção do Estado-Penal nos Estados Unidos, com a adoção de políticas de segurança pública de cunho eficientista, expressa de diferentes maneiras, mas com uma experiência modelo na chamada “tolerância zero”, aplicada nos anos de 1990 na cidade de Nova Iorque.

A experiência estadunidense da “guerra ao crime” acabou por se impor, como referência de sucesso, para o chamado primeiro mundo. Rapidamente passou, também, a ser indicada como modelo para as sociedades da América Latina. A fonte teórica de tal modelo retoma princípios do positivismo, o darwinismo social, traduzindo-se no endurecimento penal, nas práticas repressivas, na ampliação de condutas criminalizadas, na flexibilização dos princípios jusnaturalistas do direito penal. A lógica de “guerra ao crime” aplica métodos bélicos, vê a sociedade como um território de conflito, onde existem os inimigos, que deverão ser aniquilados. O resultado direto, além da repressão ampliada, foi o endurecimento das penas e o encarceramento em massa.

Todo este processo foi acompanhado por ações políticas de formação de uma opinião pública favorável às políticas eficientistas de “lei e ordem”, através de campanhas nos meios de comunicação contra as políticas públicas de bem-estar social, com agências governamentais e de corporações econômicas financiando pesquisas acadêmicas sobre o tema. O papel da difusão do medo, histórica em diversas experiências políticas anteriores, foi outro elemento utilizado. Criar o medo dos criminosos, do terrorista, do narcotraficante, do desordeiro. Um medo difuso que parte da construção de figuras

do mal, o inimigo. Figuras que acabam por coincidir com aqueles grupos, segmentos e classes sociais vulneráveis – pobres, imigrantes, trabalhadores, desempregados etc. Na difusão do medo generalizado joga um papel importante o racismo, o preconceito, a ignorância, a não informação. E é aqui que uma cultura ultraconservadora passa a ter espaço e vem acompanhada de reivindicações por políticas regressivas, antidemocráticas, que ameaçam os direitos da cidadania e as conquistas de direitos humanos.

Para entender esta complexa realidade contemporânea, Alessandro De Giorgi trabalha com as referências de uma análise crítica. O autor italiano parte da constatação de estarmos vivendo uma sociedade baseada no capitalismo de barbárie, onde o mercado tomou conta de todas as direções, esfacelando as redes de proteção social do Estado de Bem –Estar Social (Welfare State). Percebe que no campo penal ocorreu uma expansão análoga, com os encarceramentos em massa e a ampliação, sem precedentes, da criminalização dos pobres e vulneráveis. O que Alessandro De Giorgi percebe é que a força de trabalho excedente, cada vez em maior número, passou a ser tratada não com políticas públicas de cunho social, mas sim com políticas criminais. Aqui se verifica a ampliação do discurso punitivo, dos processos seletivos e da gestão social como “caso de polícia”.

Assim, Alessandro De Giorgi faz uma profunda crítica materialista da pena. O seu estudo desmistifica a idéia de ressocialização da pena, fazendo uma crítica feroz aos mecanismos do capitalismo neoliberal, ou capitalismo da barbárie. Dessa maneira é que os novos dispositivos de controle social penal, na sociedade capitalista atual, são dirigidos à contenção de uma população excedente, sem espaço, sem utilidade, descartável, uma força de trabalho que não tem valor e se torna desqualificada, não precisando para a sua criminalização e penalização da consumação de um crime. Trata-se de “tirar de circulação” o maior número de pessoas que compõem este universo plural e diversificado de miseráveis, excluídos, vulneráveis, que são, pela sua própria subjetividade, perigosos à ordem estabelecida. São aqueles que passam a ser tratados como inimigos, como explicou Zaffaroni⁵ em seu livro *O inimigo no Direito Penal*.

A tese do professor Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho, citado anteriormente, também tratou do tema, afirmando que diante do quadro atual, com a globalização neoliberal, assume um papel central o sistema penal.

Segundo Sergio Graziano Sobrinho, a violência que amedronta as sociedades atuais é um produto social, uma construção onde existem sujeitos que disputam politicamente posições. Para a sua compreensão é necessário penetrar nos aspectos econômicos, políticos e sociais modelam esta realidade. O medo social alimenta a repressão, a criminalização das classes mais pobres, o controle das populações excluídas e o encarceramento da força de trabalho excedente no mercado.

O capitalismo contemporâneo também tornou a violência e o crime um excelente negócio, um meio de acumulação de capital.

Por um lado, a privatização da segurança pública e toda a indústria de segurança que se organiza com base no medo da violência. Por outro, a indústria bélica que

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan.

acumula capital tanto nas atividades legais quanto nas atividades “informais”, com os arsenais vendidos para atividades criminosas em todo o mundo. São bilhões de dólares que tem destino certo, o mercado financeiro.

Sergio Graziano, por seu lado, utilizando a referência do pensamento de Karl Marx, desconstrói as ilusões iluministas. A análise conduz para decifrar os impasses do paradigma dos direitos humanos, principalmente após os acontecimentos de 11 de setembro de 2001. O ponto central, assim, aponta que as estratégias de poder tendem à aplicação de políticas de segurança pública autoritárias através da militarização das ações. Tais mecanismos de controle social penal são funcionais às necessidades da acumulação do capital.

Assim, sob a hegemonia neoliberal, os modelos punitivos propostos, com o encarceramento em massa e criminalização ampliada, tem pouca utilidade econômica, como tiveram no período da formação do capitalismo industrial fordista. Com a existência de uma abundante força de trabalho desempregada, sem função, sem papel econômico, passa a haver o recrudescimento da punição, como forma de controle e contenção.

Conclusão

A presente reflexão permite uma maior compreensão dos mecanismos políticos, econômicos e sociais – e as suas consequências jurídicas – de utilização da violência institucional para a manutenção da ordem social.

O discurso da “*lei e ordem*”, as práticas de ampliação da atuação penal como gerenciamento da pobreza num mundo de economia neoliberal, foi o centro da preocupação deste pequeno estudo.

Desta maneira, abordagens de autores como Alessandro De Giorgi (*A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2006), Loïc Wacquant (“*Punir os pobres. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. A onda punitiva*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007) e dos clássicos Georg Rusche e Otto Kirchheimer (*Punição e Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2004) são fundamentais para o desenvolvimento de uma análise crítica sobre a questão.

A abordagem crítica também nos permite verificar a relação solidária que existe entre o sistema penal do Estado e a produção econômica contemporânea, com fulcro na relação produção/consumo.

A partir deste estudo, verificamos que o mesmo deverá ser complementado, em desdobramentos futuros, por obras que versem sobre a biopolítica e a construção da subjetividade, tais como a de diversos autores, por exemplo, Michel Foucault, Giorgio Agambem, dentre outros.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Coleção Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan.

- BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro. Dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Reação Social*. Rio de Janeiro: Editora Forense.
- COHEN, Stanley. *Visions of Social Control: Crime, Punishment and Classifications*. Cambridge: Polity Press, 1985.
- DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e Segurança*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DORNELLES, João Ricardo W. *O que é Crime*. Rio de Janeiro: Editora Brasiliense, 2009.
- GIORGI, Alessandro De. *A miséria governada pelo penal*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2006.
- FILHO, José Carlos Moreira da Silva. “*O Anjo da História e a Memória das Vítimas: O Caso da Ditadura Militar no Brasil*.” *Justiça e Memória*. 1 ed. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- FORTI, Valéria. *Ética, Crime e Loucura*. 2a. Edição Revisada. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Editora Vozes, 18ª. Edição, 1998.
- GARLAND, David. *A Cultura do Controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008.
- MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica: As origens do Sistema Penitenciário (Séculos XVI – XIX)*. Rio de Janeiro: Editora Revan.
- OLMO, Rosa Del. *A América Latina e sua Criminologia*. Rio de Janeiro: Editora Revan
- RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER. *Punição e Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2004.
- SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos Graziano. *Globalização e Sociedade de Controle: A cultura do Medo e o Mercado da Violência*. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- RUIZ, Castor M.M. Bartolome. “*A Justiça Perante Uma Crítica Ética da Violência*.” *Justiça e Memória*. 1 ed. Unisinos, 2009.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. A Onda Punitiva*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007.
- WACQUANT, Loïc. *Os condenados da cidade*. Rio de Janeiro: Editora Revan: Observatório IPPUR/ UFRJ-FASE, 2005.
- WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*. São Paulo: Boitempo Editorial. 1ª. Edição, 2008.
- YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: Exclusão Social, Criminalidade e Diferença na Modernidade Recente*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.
- ZACCONI, Orlando. *Acionistas do nada: Quem são os traficantes de drogas*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.

CONSTITUCIONALISMO INTERAMERICANO: ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS DINÁMICAS DE CREACIÓN E INTERNALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Jorge Contesse Singh¹

I. Introducción

En el presente trabajo me interesa explorar las vinculaciones entre dos sistemas normativos que se superponen, complementan y, en ocasiones, entran en tensión. Me refiero al derecho internacional de los derechos humanos, particularmente a la parte de él que emana de los órganos interamericanos de protección, y el derecho constitucional doméstico de los Estados latinoamericanos. La exploración que propongo busca determinar los espacios de trabajo e intervención donde es más posible desplegar una agenda robusta de protección de derechos fundamentales y libertades públicas por medio de la observación de nuevas dinámicas de creación de este derecho así como de los procesos de internalización por parte de Estados y órganos suprarregionales.

Desde que los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos comenzaron a conocer peticiones individuales y casos en contra de los Estados parte de la OEA (y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), se generó una rica jurisprudencia que ha dado lugar a numerosos debates y análisis por parte de especialistas. Algunas de estas discusiones han girado en torno al desarrollo sustantivo que la jurisprudencia ha tenido, mientras que otras se han enfocado en un tema crucial para la vigencia del derecho internacional (en este caso, de los derechos humanos), cual es, sus mecanismos de cumplimiento e implementación, tanto en los países que son objeto de resoluciones, como de otros para quienes es relevante lo que decida a nivel internacional. Por último, la atención también ha estado puesta en reflexiones sobre las regulaciones procesales que hacen posible la comparecencia de individuos, grupos y, por cierto, Estados, en las esferas internacionales de protección de derechos.

En el caso del denominado sistema interamericano de derechos humanos, el debate durante los primeros años de trabajo de la Comisión IDH y la Corte IDH se centró en si acaso podían ellas (o no) hacer responsables a los Estados que incumplían sus obligaciones internacionales, y, como corolario, surgía la pregunta sobre cómo es que los Estados deben implementar las decisiones de los órganos supranacionales. Si bien estas son cuestiones que siguen presente en la acción de cualquier mecanismo suprarregional de protección y promoción de derechos, como revisaré en este trabajo,

¹ Profesor de derecho constitucional y director del Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales (Chile). Este trabajo fue publicado originalmente en Rodríguez Garavito, César (coord.). *El derecho en América Latina: los retos del siglo XXI*. Bogotá: Uniandes y Siglo del Hombre Editores (permitida su reproducción).

el sistema interamericano hoy se hace cargo de nuevas demandas, que requieren de comprensiones también novedosas sobre el derecho y la relación entre los Estados y los órganos interamericanos.

La formulación de preguntas sobre la contención a Estados que, casi por definición vulneran derechos, cobra especial sentido en contextos en que un sistema supra-regional de protección de derechos va, por así decirlo, “al rescate” de estos Estados sus ciudadanos. Se trata de la idea conocida de sistemas que actúan “en defecto”, como “*ultima ratio*”, cuando los Estados no pueden —o no quieren— dar protección a las personas. Esta forma de operar, incidentalmente, ha servido para despejar críticas hacia la intromisión de un sistema regional en esferas domésticas: *porque* un Estado no cumple, interviene la CIDH y la Corte IDH, eventualmente, por lo cual no debe temerse como intervención ilegítima de parte de ellas, sino como complemento o corrección de sistemas legales domésticos que, de cumplir, no harían factible ni necesaria la intromisión. El carácter subsidiario que se reconoce al sistema interamericano de protección de derechos humanos —al igual que otros sistemas, como el europeo o el de Naciones Unidas— se materializa principalmente con el requisito de admisibilidad que exige el agotamiento de los recursos internos, vale decir, que solo es posible acceder a estos cuando no hay manera de encontrar remedio a nivel doméstico, sea porque se intentaron todas las vías administrativas y judiciales posibles, sea porque estas son inexistentes o insuficientes para ofrecer tutela efectiva a las personas. En palabras de la Corte IDH, y como lo ha señalado desde sus primeros casos,

[l]a regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta “coadyuvante o complementaria” de la interna (Convención Americana, Preámbulo).²

Pero, junto con esta manera de enfocar la cuestión —esto es, mirando el modo como la jurisprudencia interamericana afecta e incide en los Estados “destinatarios”— creo posible, y quisiera argumentar, aconsejable, observar el fenómeno desde una óptica alternativa. Quisiera proponer un análisis que tome en consideración no solo el modelo “desde arriba hacia abajo” reseñado anteriormente, sino también la manera como el sistema supra-regional recibe influjos *desde* los Estados. La pregunta que quisiera explorar, entonces, dice relación con las interacciones e iteraciones entre los dos órdenes normativos, con un énfasis en desarrollos recientes y probables en el futuro, mediante los cuales son los Estados —o, lo que para estos efectos es igual, sus sistemas constitucionales— los que influyen y reclaman cierta actitud por parte de los órganos de protección de derechos humanos. Dicho de otra manera, el sistema de protección de derechos hoy no solo presenta una estructura única de un mecanismo que se sitúa “por sobre” los Estados que fallan en dar tutela a las personas, sino que se ve obligado

² Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 61; *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 64; *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989, párr. 85.

a adoptar una postura más abierta hacia los desarrollos jurídicos que se producen en sedes domésticas y que marcan nuevos entendimientos del ámbito de protección de los derechos. Así es como algunas agendas que hace años habría parecido imposible impulsar desde el sistema interamericano de derechos humanos —por ejemplo, los derechos de personas de orientación sexual diversa— van calando en él a partir de las concepciones que dentro de algunos Estados de la región existen, acompañadas por el trabajo de activismo transnacional que, de modo notable, dota de contenido al derecho “interamericano”, sirviéndose para ello de fuentes plurales y diversas.

El plan es el siguiente. Tras esta introducción, doy una mirada al desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos, destacando las etapas que, en razón de su jurisprudencia, es posible apreciar. Sostendré que hay un tránsito que va desde la recepción y conocimiento de casos de violaciones graves masivas y sistemáticas a derechos civiles y políticos a la llegada de casos sobre reconocimiento (y también redistribución), que en muchos casos son empujados por grupos y colectivos vulnerables; lo anterior, pasando por una etapa de transición del sistema que se explica en buena medida por el reemplazo de regímenes autoritarios por gobiernos democráticos (II). En seguida, repaso algunos ejemplos de casos o políticas progresistas que el derecho constitucional de algunos países de América Latina ha empujado y que, diré, impactan en el sistema interamericano en cuanto a mostrar mayor flexibilidad y dinamismo frente a las demandas de derechos. Es esta correlación de fuerzas normativas entre algunas prácticas constitucionales y el sistema interamericano lo que da forma a un tipo de constitucionalismo —que denomino “interamericano”— el cual se nutre de variadas fuentes e interpretaciones del derecho, así como de numerosos actores, situados en lugares diversos y que abrazan causas que no necesariamente coinciden pero que, sin embargo, se encuentran en una agenda de protección de derechos de las personas y grupos vulnerables (III). A continuación, presento un caso que ejemplifica la interacción de los dos órdenes normativos reseñados precedentemente y echa luz sobre las prácticas que el constitucionalismo interamericano genera. En esta sección, además, examino brevemente cómo el mecanismo procesal de la solución amistosa, presente en el ejemplo relatado (y en muchos otros casos), es instrumento de una dinámica más flexible —acaso más democrática— de creación del derecho que emana de los órganos regionales de protección (IV). Finalmente, presento algunas conclusiones sobre la utilidad de observar estas dinámicas para el avance de agendas progresistas de ejercicio de derechos (V).

II. El sistema interamericano de derechos humanos

Concebido como un conjunto de herramientas destinadas a promover, investigar y reparar violaciones a los derechos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de los países miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), el sistema interamericano de protección de derechos humanos ha generado una sólida jurisprudencia en torno a diversos derechos fundamentales. Tanto la Comisión como la Corte Interamericana han otorgado especial tutela a los comúnmente llamados “derechos de primera generación”, *e.g.*, la libertad

de expresión,³ el debido proceso,⁴ el derecho a no ser objeto de apremios ilegítimos,⁵ o el derecho a no ser discriminado arbitrariamente,⁶ entre otros. Respecto de tales derechos, por años los órganos del sistema han emitido pronunciamientos, en la forma de informes, medidas cautelares u opiniones consultivas, cuyos fundamentos descansan en resoluciones encaminadas a dar protección a personas cuyos derechos han sido desconocidos por parte de los Estados nacionales.

Ahora bien, en cuanto a los denominados “derechos de segunda generación” o derechos sociales, los órganos del sistema interamericano han dado pasos menos decisivos en torno a su protección, aun cuando parecieran querer encaminarse hacia allá. Así, por ejemplo, en el caso *Cinco Pensionistas v. Perú* (2003), en un pasaje de su voto concurrente, el juez de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez, señala que

el tema [de los derechos económicos, sociales y culturales] no se resume en la mera existencia de un deber a cargo del Estado, que deberá orientar sus tareas en el sentido que esa obligación establece, teniendo a los individuos como simples testigos a la expectativa de que el Estado cumpla el deber que le atribuye la Convención [Americana]. Esta constituye una normativa sobre derechos humanos, precisamente, no apenas sobre obligaciones generales de los Estados. La existencia de una dimensión individual de los derechos sustenta la denominada ‘justiciabilidad’ de aquellos, que ha avanzado en el plano nacional y tiene un amplio horizonte en el internacional.⁷

³ Como, por ejemplo, en *La Colegiatura obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985; el caso *La última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001; el caso *Ilicher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001; el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004; el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004; el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Itiiguez vs. Ecuador*, sentencia del 21 de noviembre de 2007, y el caso *Kimel vs. Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008.

⁴ Entre los cuales, puede nombrarse los siguientes casos resueltos por la Corte IDH: Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, sentencia de 29 de enero de 1997; Caso *Laoyza Tamayo vs. Perú*, sentencia de 17 de septiembre de 1997; Caso *Blake vs. Guatemala*, sentencia de 24 de enero de 1998; Caso *Castillo Petruzzi vs. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999; Caso *Duran Ugarte vs. Perú*, sentencia de 16 de agosto de 2000; Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000; Caso de *Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano) vs. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001; Caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia de 7 de junio de 2003; Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 25 de noviembre de 2003; Caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, sentencia de 27 de noviembre de 2003, y el Caso *Acosta Calderón vs. Ecuador*, sentencia de 24 de junio de 2005.

⁵ Entre los cuales, es posible citar los casos *Castillo Páez vs. Perú*, sentencia de 3 de noviembre de 1997; *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia de 17 de septiembre de 1997; *Cantoral Benavides vs. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000; *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000; *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia de 28 de febrero de 2003; *Bulacio vs. Argentina*, sentencia de 18 de septiembre de 2003, y *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004, todos ellos resueltos por la Corte IDH.

⁶ Aquí podemos destacar los casos de la Corte IDH *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 13 de junio de 2005, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005, y *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009.

⁷ Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez (de 5 de marzo de 2003) a la sentencia del *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, sentencia de 28 de febrero de 2003. También en el caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005, la Corte IDH tuvo ocasión de argumentar alrededor del derecho a la educación y del derecho a la nacionalidad como instrumento y plataforma para el reconocimiento de otros derechos. Hace ya una década, el juez de la Corte Interamericana, Antonio Cançado Trindade, señalaba, a propósito del futuro del sistema interamericano, que “[h]ay [...] que pasar a tratar los derechos económicos, sociales y culturales como verdaderos derechos que son”. Cançado Trindade (1998: 578).

En contextos de recursos fiscales escasos y mal distribuidos se trata de una demanda crítica que difícilmente debiera (y podrá) eludirse por parte de los órganos supra-nacionales de protección de los derechos humanos. En este trabajo, sin embargo, no pongo la mirada en esta clase de avances normativos.

En consonancia con la existencia de regímenes no democráticos que abrazaban como política de Estado la persecución política y legal sin garantías judiciales, el trabajo de estos órganos “subsidiarios” de protección de derechos fundamentales se centró durante mucho tiempo en denunciar las precarias condiciones jurídicas existentes en los países de la región. Frente a la imposibilidad de buscar justicia en contextos locales, los ciudadanos se dirigieron, con distinto éxito, hacia las esferas internacionales. Este proceso de interacción generó (y sigue generando) sus propias dinámicas, dotando a actores de la sociedad civil de un particular interés y autoridad a la hora de impulsar sus agendas de protección de derechos, expandiendo de paso el conocimiento por el derecho internacional de los derechos humanos (Abregú 2008). Por lo mismo, cuando los gobiernos civiles reemplazaron a los regímenes no democráticos, en general hacia mediados y fines de la década de los ochenta, en estos mismos grupos se generaron importantes expectativas en áreas hasta entonces no exploradas por el sistema (González 2001).

Repasando la cronología del sistema interamericano de derechos humanos particularmente en lo referido al sistema de casos individuales —y, en especial, por medio de la actuación de la Comisión Interamericana—, Felipe González, elegido presidente de la Comisión en marzo de 2010, reconoce tres períodos que se pueden diferenciar entre sí. En primer lugar, desde que la Convención Americana (o “Pacto de San José de Costa Rica”) entró en vigor —en 1978— hasta 1990 aproximadamente, años en los que, como se ha señalado, existían varios regímenes que practicaban violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos como política de Estado y en los que el trabajo de los órganos del sistema interamericano naturalmente se abocó a lidiar con estas situaciones. En segundo lugar, el período que va entre 1990 y 1995, época en la que se evidencia “un progreso en términos de que la OEA [asume] de manera institucional las crisis políticas en el continente” (González 2001: 169) y se adopta, como botón de muestra, la Resolución 1080 sobre ‘democracia representativa’ para prevenir las interrupciones abruptas de los procesos democráticos que se iniciaban por entonces. Se amplía la mirada hacia temas vinculados con la vigencia de los sistemas democráticos, y la Comisión adopta una actitud más conciliatoria respecto de casos contenciosos —particularmente, a través del uso del mecanismo de solución amistosa como forma de resolver disputas, del cual me ocupó con más detención hacia el final de este trabajo. En esta época, además, se concreta la adopción, o se inicia la discusión, de nuevos instrumentos de derechos humanos, dirigidos a grupos en particular, como las mujeres o los indígenas (lo cual es un antecedente indicativo de la etapa posterior).

Finalmente, González destaca un tercer período, entre 1996 y 2001, que corresponde al momento en que comienza a debatirse reiteradamente la posibilidad de reformar el sistema interamericano. La razón principal, aunque no la única, era —según él— la desaparición de regímenes dictatoriales de la región, lo que para algunos

países tornaba inconducente el trabajo de *protección* de los órganos interamericanos, debiendo éste centrarse en las labores de *promoción*.⁸ Hace más de una década, de hecho, juristas dedicados al derecho internacional de los derechos humanos convocaban a expertos a debatir sobre el futuro del sistema interamericano, el que, según ellos, vivía por entonces “una crisis de identidad”, debido “a una fundamental falta de acuerdo entre actores esenciales sobre la naturaleza jurídica y política de este sistema y sobre su futura dirección” (Méndez y Cox 1998: 9).

En 2001, se dictan nuevos reglamentos tanto para el funcionamiento de la Comisión como para el de la Corte IDH, favoreciéndose así la llegada de los casos ante el sistema y potenciando las funciones tanto de promoción como de protección de sus órganos. En forma paralela, ese mismo año se permite, por primera vez en la historia de la OEA, la participación amplia de carácter formal de organizaciones no gubernamentales en la discusión sobre las posiciones de los Estados de cara a la protección internacional de los derechos humanos. Se aprecia, así, un espíritu de apertura, por ejemplo, con la adopción de la Carta Democrática Interamericana, instrumento que —entre otros temas— aborda, aunque de manera poco exhaustiva, la relación entre democracia y pobreza, el fortalecimiento de las instituciones democráticas, la participación ciudadana y la “promoción de la cultura democrática”.

En el análisis de González, sin embargo, habría que anotar que lo que él reconoce como tercera etapa no dice relación con aspectos sustantivos del sistema, esto es, no mira al *tipo* de casos que los órganos de protección deben conocer —como sí acontece en las dos primeras etapas de su examen—, sino que tiene que ver con reformas *procesales* cuyos resultados, al momento de publicar su trabajo, estaban aún por verse. Hoy podemos decir algo al respecto porque conocemos cuál ha sido justamente el desarrollo *sustantivo* de la jurisprudencia interamericana.

El sistema se ha ido desarrollando y expandiendo según —y con— los diversos casos y problemas que ha debido encarar. Primero, las violaciones masivas y sistemáticas; luego, la necesidad de preservar la vigencia de los (nuevos) regímenes democráticos, para posteriormente dar mayor espacio a la participación de organizaciones no gubernamentales. Asimismo, y en conexión con la apertura a las agendas de la sociedad civil interamericana, el espectro de derechos fundamentales a tutelar también ha evolucionado: desde los derechos civiles y políticos hacia los de contenido económico y social; de la misma forma que de la protección de víctimas particulares se ha ido expandiendo la tutela hacia grupos específicos, como ha sido los casos en que se da reconocimiento a los derechos de propiedad colectiva de los pueblos indígenas.⁹

⁸ Se entiende que la educación por medio de seminarios, charlas y otras actividades de difusión corresponden al ámbito de la promoción, mientras que el monitoreo del cumplimiento de los estándares internacionales sobre derechos humanos es propio de la protección de los mismos.

⁹ Me refiero al caso de la Corte IDH, *Comunidad Mayaana (Sumo) Awas Tingni. vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001.

III. Constitucionalismo interamericano y nuevas demandas regionales

El fenómeno que quiero examinar, y que llamo “constitucionalismo interamericano”, se enlaza, según he señalado precedentemente, con lo que ha sido el desarrollo sustantivo de la jurisprudencia que proviene de los órganos de protección de derechos humanos de la OEA y los avances a nivel local. Al igual que González (2001), quisiera argumentar que es posible identificar tres etapas en el desarrollo de esta jurisprudencia: la primera de ellas, marcada por la instalación de legitimidad del sistema interamericano y por su conocimiento de casos sobre violaciones graves y sistemáticas en contextos de regímenes autoritarios, y cuyo primer exponente es acaso el famoso fallo *Velásquez Rodríguez* contra Honduras. Una segunda etapa en que el sistema se ve además preocupado por robustecer a las democracias reinstaladas en la región y, por lo mismo, se aprecia una actitud de colaboración con los Estados, además del monitoreo y sanción por crímenes graves en contra de los derechos humanos; y una tercera etapa en que se abren nuevos espacios de interacción entre el sistema interamericano y los Estados —en especial, a mi juicio, por el mayor uso del proceso de solución amistosa— en conjunto con una decisiva acción por parte de organismos de la sociedad civil, que son capaces de reconstruir y agrupar los desarrollos normativos en diversos Estados para “mostrar” al sistema posibles líneas de acción.¹⁰ Lo anterior contrasta drásticamente con el modelo que vio nacer las intervenciones de los órganos del sistema interamericano, como indico a continuación.

En la primera etapa identificada, el modelo “desde arriba hacia abajo” se explica en forma clara. El sistema interamericano, ante la ausencia de una respuesta debida a nivel estatal, condena a los países —como ocurre en el caso *Velásquez Rodríguez* contra Honduras— por amparar prácticas de violaciones graves y masivas a los derechos humanos, como es, por caso, la desaparición forzada de personas a manos de agentes del Estado, por parte de regímenes autoritarios que poblaban buena parte de América Latina. Como *Velásquez*, son numerosos los casos en que la agenda de la Corte radica en la condena a Estados que no ofrecen condiciones para llevar adelante investigaciones ante los casos de vulneraciones graves y sistemáticas.

En segundo lugar, los órganos de protección de derechos de la OEA comienzan a ampliar sus agendas, a medida que los Estados van dejando atrás sus caracteres autoritarios y, por lo mismo, requieren adaptarse a otras necesidades políticas y también legales. Esta etapa parece marcada por resoluciones preocupadas por el mantenimiento y aseguramiento de las democracias. Muchos Estados que años antes habrían negado sin más la comisión de violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos en sus territorios, entonces, con la llegada de gobiernos democráticos, justamente partían de la base del reconocimiento de tales violaciones, por lo cual se iniciaba una relación entre ellos y los órganos de protección naturalmente diferente. Para la OEA

¹⁰ Ariel Dulitzky me ha apuntado correctamente sobre la necesidad de revisar empíricamente el uso de la solución amistosa a fin de sacar conclusiones normativas sobre los procesos y dinámicas del sistema interamericano vis-a-vis el derecho interno de los Estados. Como este trabajo busca ofrecer líneas de investigación para una agenda de trabajo sobre temas relevantes del constitucionalismo interamericano, pero no pretender resolverlos, no puedo sino acoger el planteamiento de Dulitzky.

sería importante, de allí en adelante, no solo servir de vara de lo debido para estos países, sino también actuar como ente de colaboración; trabajar no solo *en contra*, sino, antes bien, *con* los Estados. Se trata, en todo caso, de una época en que comienzan a tomar forma las demandas que posteriormente, en una tercera etapa —que, quiero señalar, es la que vivimos actualmente —el sistema supra-regional debe abordar.

Actualmente, una parte de los casos que están siendo conocidos por los órganos de protección inciden en áreas menos “obvias” —desde el punto de vista de la vulneración de derechos— que las desapariciones forzadas o ejecuciones extrajudiciales que conformaban la agenda del sistema hace un par de décadas (aunque, desafortunadamente, estos casos no son solo historia, toda vez que los órganos del sistema aún conocen de este tipo de situaciones). Hoy, el sistema conoce de casos sobre redistribución y reconocimiento, para usar la terminología de Nancy Fraser (1997: 17-37), e intenta expandir el marco de protección en áreas en que algunos de los Estados han promovido importantes avances, como por ejemplo, los derechos de la diversidad sexual. Este nuevo contexto requiere de una reflexión sobre las formas de intervención y los tipos de estrategias y alianzas que es posible concebir con el objetivo de consolidar un constitucionalismo pleno en los países de la región.¹¹ Del mismo modo, este nuevo escenario readecua las piezas del sistema, pasando por momentos de uno en que los órganos supra-regionales prescribían hacia abajo lo debido a otro en que son los Estados y los actores no gubernamentales de diversa procedencia los que van moldeando de manera más decisiva la jurisprudencia que del sistema interamericano va emanando.

Desarrollos jurídicos a nivel local y ampliación de demandas regionales

Es en este contexto, en que junto a la expansión de la agenda del sistema —quizá habría que decir, “los casos que llegan a él”, antes que una “agenda” de éste— las prácticas constitucionales de algunos países han experimentado también avances en cuanto a abrir espacios de ejercicio de derechos fundamentales que en años anteriores era difícil imaginar. Ya sea por la actuación de cortes constitucionales de rasgos progresistas o bien por la acción de grupos de la sociedad civil con estrategias de intervención claramente demarcadas, o ambas, lo cierto es que se puede apreciar una cierta tendencia —que, por cierto, tiene excepciones y a veces francos retrocesos— de alojar en los poderes públicos demandas sobre reconocimiento de derechos que suponen una nueva forma de vincular al sistema supranacional con los Estados.

Tal como lo expuso de manera clarificadora Nino, a comienzos de los noventa, cuando la democracia se reinstalaba en varios países de América Latina, este suceso generaba legítimas expectativas en las personas y grupos que habían postergado sus demandas en beneficio de la lucha contra regímenes autoritarios (Nino 1992: 8). Por

¹¹ Carlos Nino distinguía entre dos tipos de constitucionalismo: uno en sentido mínimo, en cuya virtud es posible apreciar la existencia de constituciones que contemplan catálogos de derechos y normalmente instituyen mecanismos de protección para esos derechos, junto con disponer la forma en que los poderes públicos se organizan, y otro en sentido “pleno”, en que el entendimiento del constitucionalismo como práctica política implica que las leyes responden a determinados procedimientos y tienen un contenido específico. Este, habría que decir, ha tenido poco impulso en nuestros países. Nino (1992: 1 ss)

ello, la recuperación de la democracia —aun con las limitaciones que ella tenía—, o el tránsito hacia mayores espacios de democracia, supuso reacomodos en ámbitos variados. Ya hemos visto que a nivel del sistema regional de protección de derechos humanos, la forma de aproximarse a los casos y situaciones por parte de los órganos supra-nacionales adoptó además un expreso cariz político, y no solo jurídico, que buscó, entre otras cosas, acompañar los incipientes procesos de (re)democratización. Y, habría que agregar, a nivel de los Estados estos procesos implicaron la apertura de espacios que antes no existían para que demandas grupales silenciadas por la urgencia inmediata de los años anteriores —poner término a regímenes y prácticas autoritarias— comenzaran a articularse en la esfera pública, utilizando el lenguaje de los derechos. El proceso no ha sido rápido ni expedito, pero si uno mira la situación pretérita de cortes constitucionales timoratas, o aun inexistentes, y la compara con buena parte de la jurisprudencia actual, es posible apreciar un franco avance en cuanto a los temas y la manera de abordarlos que ha ocurrido en algunos lugares.

Aquí vale la pena anotar algunos ejemplos, simplemente para ilustrar el punto acerca de ciertos desarrollos sustantivos a nivel de los Estados que, como sugiero a continuación, pueden influir en lo que ocurre con la adopción de nuevos estándares o la ampliación de los ya existentes a nivel de la Comisión y la Corte Interamericanas. Piénsese, por ejemplo, los casos y desarrollos legislativos sobre derechos reproductivos; los avances en el reconocimiento de la diversidad sexual como una esfera de ejercicio y goce de derechos fundamentales, y lo mismo en materia de derechos de pueblos indígenas. Veamos.

En 2007, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprueba una reforma legal que autoriza la práctica de un aborto durante las primeras doce semanas de gestación, la cual es impugnada por algunos sectores (entre ellos, la propia Comisión Nacional de Derechos Humanos) y la Suprema Corte decide a favor de la constitucionalidad de la reforma. También en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, y a pesar de algunos retrocesos, en 2006, el Tribunal Constitucional del Perú determina que la llamada “píldora del día después” solo tiene efectos anticonceptivos, ordenando al Ministerio de Salud de ese país su distribución gratuita. El caso, desde luego, contrasta con lo fallado en 2008 por el Tribunal Constitucional chileno —el que tuvo a bien nada menos que determinar el comienzo de la vida humana— pero que, sin embargo, tuvo como activo promotor de una política pública de acceso a la píldora al gobierno de entonces y algunos parlamentarios. En Argentina el desenlace fue distinto: ante una sentencia de la Corte Suprema federal en contra de la distribución del fármaco, el Congreso legisló para legitimar la distribución de la píldora, acogiendo la pretensión del gobierno y, lo que interesa a efectos de este trabajo, afirmando la posición a favor de la amplitud de los derechos reproductivos de las mujeres. A estos casos debe agregarse la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, de 2006, que despenalizó el aborto en algunas hipótesis determinadas y que significó un profundo cambio en los términos del debate sobre sexualidad y reproducción en dicho país.

Algo similar ocurre con otra clase de derechos de reconocimiento, cual es, la situación de las personas de orientación sexual diversa. A la época en que este trabajo fue preparado —primer semestre de 2010— la Asamblea Legislativa del Distrito

Federal de México ya había convertido a dicha ciudad en la primera de América Latina en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo y en Argentina el Congreso Nacional aprobaba una histórica reforma al Código Civil precisamente para permitir esta unión jurídica. Como antecedente a estos avances en la protección de derechos de la diversidad sexual, debe anotarse la jurisprudencia emanada desde la Corte Constitucional colombiana, la cual desde 2007 fue abriendo el campo para homologar los derechos de parejas heterosexuales y homosexuales basada en el principio de igualdad constitucional —de modo similar a como lo hizo el Parlamento uruguayo en 2007— debatiendo, en 2010, acaso el matrimonio limitado únicamente a parejas heterosexuales atentaba o no contra la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

De manera similar, podría pensarse en los avances que en materia de derechos colectivos ha impulsado la Corte colombiana, al dar fuerte impulso a los derechos de pueblos indígenas, como la consulta previa, con sustento no solo en la Constitución sino también en instrumentos internacionales, en particular, el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

Estos avances deben impactar en la forma como los órganos del sistema interamericano crean e interpretan el derecho. Y, es posible agregar, quienes examinamos lo que acontece en nuestros países debiéramos ampliar la mirada para incluir en la imagen la forma como los órganos regionales reaccionan (o no) ante estos desarrollos locales, con el fin de ubicar los lugares donde resulta más factible el despliegue de agendas a favor de la amplitud de derechos y libertades públicas.

IV. Constitucionalismo interamericano como facilitador del diálogo

En las secciones anteriores he intentado mostrar, por una parte, cómo el sistema interamericano ha evolucionado, basándome para ello en el análisis iniciado por Felipe González sobre las diversas etapas que este exhibe, poniendo énfasis en el desarrollo sustantivo de la jurisprudencia proveniente de los órganos de la OEA. Asimismo, y por otra parte, he sugerido que los procesos de creación y adjudicación constitucional de diversos países han abierto espacios normativos individuales y colectivos para el goce y ejercicio de derechos fundamentales. El interés que anima este trabajo es mostrar que ambos fenómenos se enlazan, esto es, que no solo importa mirar el modo en que el sistema interamericano impacta en los derechos y prácticas legales internas de los Estados —cuestión que, por cierto, es de suma importancia y ha recibido atención por parte de la doctrina (Abramovich, Bovino y Curtis, 2007)— sino, además, la forma como el derecho constitucional de los países influye en los órganos de protección de derechos humanos.

Un breve ejemplo puede ayudar a mostrar mi argumento. En 2006, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos conoció en audiencia el caso de Karen Atala y sus hijas; una mujer, jueza, a quien la Corte Suprema de Chile quitó la tuición de sus hijas en atención a su orientación sexual (revocando las decisiones de primera y segunda instancia que afirmaron no existir impedimento legal para que una mujer lesbiana y su pareja criaran a las hijas de aquélla). El caso fue llevado por diversas

organizaciones chilenas ante la CIDH¹² y, una vez allí, despertó el interés de grupos e instituciones de la región con agendas variadas, como organizaciones no gubernamentales promoviendo los derechos de personas de orientación sexual diversa, agrupaciones preocupadas de los derechos de los niños, ONGs sobre derechos civiles e incluso grupos de promoción de intereses de jueces. A ellos se sumaron informes encargados a clínicas jurídicas en Facultades de Derecho y bufetes de abogados de los Estados Unidos —por medio del trabajo pro bono— y así, tras dos años de proceso de solución amistosa que no rindió frutos, los peticionarios pidieron a la CIDH que se pronunciara sobre la admisibilidad del caso para luego examinar el fondo, toda vez que no se veía voluntad de parte del Estado chileno de avanzar en él.

La CIDH, en 2008, dictó una decisión sobre admisibilidad, esto es, dictaminó que los recursos internos se encontraban agotados, que la denuncia se había presentado dentro de plazo, que la materia no se encontraba sometida a otro procedimiento internacional y que cumplía con los requisitos formales de procedencia. La decisión, a pesar de declarar nada más la admisibilidad de la petición, arrojó luces respecto del camino que podría seguir el caso respecto de violaciones a los derechos humanos en el ámbito de la familia y de los derechos de personas de orientación sexual diversa que acaso diez años atrás la Comisión no habría estado en condiciones de pronunciar. Y así, dos años más tarde, el órgano interamericano resolvió sobre el fondo del asunto señalando que Chile había violado “el derecho de Karen Atala a vivir libre de discriminación” elevando de esta manera las distinciones basadas en la orientación sexual de las personas al nivel de otras categorías sospechosas, como la raza o el sexo.

El camino relatado en un párrafo no alcanza a reflejar las complejidades que el caso debió sortear una vez alojado en el seno de la Comisión IDH. Y es que, al momento de ingresar la denuncia, los casos sobre derechos de personas de orientación sexual diversa no parecían ocupar un lugar importante en la agenda del sistema. Ya hemos dicho que la utilización de este yacía tradicionalmente en casos de violaciones a la vida, la integridad física, el debido proceso y otras libertades civiles, como la libertad de expresión. Pero respecto de derechos de reconocimiento, y, más importante, “en contra” de Estados que ya no se comportaban como matones de barrio sino que muchas veces podían mostrar esfuerzos reales de satisfacer estándares de derechos humanos y trabajar en cooperación con los órganos del sistema, se hacía más oneroso para la Comisión intervenir. De otra parte, la idea más o menos extendida según la cual América Latina es una región esencialmente conservadora, con una fuerte influencia de la iglesia Católica y que, todo ello, sugeriría actuar con un tipo de prudencia acentuada para no desestabilizar los órdenes políticos hacía que el escenario para la Comisión no fuese el mismo que enfrentada a casos de secuestros de periodistas o apremios ilegítimos a personas detenidas en cuarteles de la policía de algún país, en los cuales no entran a competir las concepciones sobre la vida que ciudadanos y grupos de interés sostienen.

¹² Debo aclarar, desde ya, que una de las organizaciones que patrocina la petición es el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, al cual estoy afiliado. Junto a él, el caso es representado por dos instituciones de la sociedad civil chilenas: Libertades Públicas, A.G. y la Corporación Humanas.

Así fue como, al igual que en otros casos, la Comisión instó a las partes a sentarse a la mesa para iniciar un proceso de solución amistosa. Este tipo de actuaciones son comunes por parte de la Comisión Interamericana, en especial a partir de los años noventa, período que, según expliqué más atrás, coincide con la articulación de nuevas demandas desde grupos que buscan ser reconocidos en el espacio público. El hecho que la Comisión haya comenzado por esos años a hacer uso de esta herramienta —que supone una negociación entre los peticionarios y el gobierno del Estado denunciado, monitoreada por la propia Comisión— no es indiferente, me parece, a la apertura y desarrollo constitucional que en los Estados se percibe así como a la articulación de agendas “transnacionales” por parte de actores de la sociedad civil. En razón de lo anterior, es necesario decir algo respecto de este mecanismo que da al litigio ante el sistema interamericano una nota muy distintiva.

La solución amistosa como paridad de participación

El procedimiento de solución amistosa, contemplado en el artículo 40 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consiste en el llamamiento que hace el órgano supranacional a las partes intervinientes para que negocien la posibilidad de un acuerdo que ponga término al proceso iniciado ante el sistema “fundad[o] en el respeto de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables” (art. 40.1). En estos arreglos, los Estados reconocen haber cometido una violación a alguno o varios de estos derechos y consienten en la adopción de medidas de reparación y no repetición de los hechos que motivaron la denuncia en conjunto con la parte peticionaria. El mecanismo tiene equivalencia en los sistemas procesales domésticos por medio de instrumentos tales como la transacción o la conciliación.

Pero el procedimiento de solución amistosa ante la CIDH tiene características propias que lo hacen especialmente distintivo. En primer lugar, en él las partes que se ven las caras lo hacen precisamente porque una de ellas —el Estado— no pudo o no quiso hacerlo con quien es ahora peticionario cuando se encontraron en el ámbito doméstico, sea por el actuar de un tribunal, el Congreso o alguna agencia de la Administración. Es justamente la falta de debida atención a nivel nacional lo que motiva la comparecencia de ambas partes frente a un órgano regional y, en ese sentido, las partes que inicialmente tenían al menos una relación de poder muy desigual ahora se encaran, a instancias de la Comisión Interamericana, en condiciones de paridad. El procedimiento da a una víctima, que comúnmente lo es por un patrón estructural de discriminación u otro tipo de vulneraciones sistemáticas a los derechos, la posibilidad de hablarle fuerte y claro al Estado que se sienta frente a ella *porque* éste la desoyó inicialmente.

En segundo lugar, en tanto se trata de un procedimiento de negociación —al cual, valga señalarlo, la Comisión puede poner término en cualquier momento, con la aquiescencia de la parte peticionaria, si detecta que no existe la posibilidad de alcanzar un acuerdo— las posibilidades de cumplimiento por parte del Estado

de lo que allí se decida pueden ser mejores que ante una condena de la Corte IDH o un informe final de la Comisión. El Estado que acepta los términos de un arreglo amistoso, debemos pensar, lo hace porque se ha persuadido que es valioso aceptar su responsabilidad internacional y actuar en consecuencia —por ejemplo, mediante la adopción de medidas de no repetición. Para estos efectos no importa demasiado si la postura estatal responde a una concepción robusta de los derechos de las personas o simplemente a un cálculo instrumental sobre las ventajas de evitar la condena internacional. Lo importante es que existen mayores posibilidades de internalizar los estándares sobre derechos humanos ya que, de no hacerlo, la posibilidad de acuerdo simplemente no existe. Como explica Harold Koh, la forma como las reglas y cláusulas del derecho internacional de los derechos humanos tienen eficacia se asemeja a un “proceso jurídico transnacional”, esto es, un “proceso complejo de *interacción* institucional en cuya virtud las cláusulas internacionales no solo son debatidas e *interpretadas*, sino en definitiva *internalizadas* por los sistemas legales domésticos” (Koh 1997: 2602). En este proceso de apropiación por parte de los Estados, alimentado por las interpretaciones que desde órganos de derechos humanos y organizaciones de la sociedad civil pueden venir, existe una mayor posibilidad que el Estado que originalmente no tuvo consideración con una persona o con un grupo desaventajado tome conciencia del daño causado y haga algo al respecto. De no hacerlo, sabe que las cosas solo seguirán su curso y, muy posiblemente, será reprendido con igual o mayor fuerza en otro momento, dentro del mismo procedimiento ante la Comisión Interamericana o, posteriormente, con una condena de la propia Corte IDH.

Pero no es solo respecto del Estado que el procedimiento de solución amistosa tiene caracteres distintivos. También la Comisión, que puede actuar como árbitro o componedor en esta instancia, es afectada por el desarrollo de las tratativas y el diálogo transnacional que, a sus instancias, se produce. En tanto este mecanismo es menos rígido, procesalmente hablando, que el procedimiento estrictamente contencioso —el que, debemos anotar, es de por sí bastante flexible si se le compara con los procedimientos ante tribunales domésticos— la conversación que se genera puede y debe impactar no solo a las partes directas, esto es, los peticionarios y el Estado, sino también a la propia Comisión. Ella puede observar cómo ciertos argumentos adquieren fuerza jurídica, mientras que otros se debilitan, en la interacción entre las partes y los demás actores interesados en los resultados de un determinado caso. Del mismo modo, es posible que en el caso de situaciones hasta entonces no abordadas por la Comisión el proceso de solución amistosa pueda servir para que ella vaya delineando argumentos, observando aquí no solo las posiciones más o menos rígidas de las partes sino, antes bien, la dinámica que esas posturas puestas a dialogar van generando.

En el caso que relataba más atrás —el de la jueza Karen Atala vs. Chile— es posible ver con nitidez el modelo expuesto precedentemente. El caso implicaba para la Comisión intervenir en un área delicada, desde el punto de vista de los derechos de la familia y la protección de grupos hasta entonces muy invisibles, no solo a nivel de los Estados sino ante el propio sistema interamericano. Se trataba de una mujer

lesbiana a quien la Corte Suprema de su país había quitado el cuidado personal de sus tres hijas aduciendo que, al llevar a su pareja a vivir con ella, había antepuesto sus propios intereses por sobre los de las niñas (no obstante los informes periciales existentes que señalaban que era la voluntad de ellas vivir con su madre —y la pareja de ésta— y que no había evidencia de daño síquico alguno). En la estrategia legal, además de los representantes de la víctima —dos organizaciones de la sociedad civil y un instituto académico, todos vinculados a la protección de los derechos fundamentales— se involucraron universidades y estudios jurídicos extranjeros, organizaciones no gubernamentales de América Latina e internacionales, con agendas variadas pero que, con todo, coincidieron en el propósito de abrir espacio normativo a una realidad social desatendida y postergada.

La CIDH no pudo quedar indiferente a esta plétora de actores y posiciones que empujaban el caso en una misma dirección. Las dudas sobre la intervención interamericana, en este sentido, se atienden mejor cuando se ve que el interés promovido por la parte peticionaria convoca a numerosos actores. En tal sentido, la interacción e iteración de expertos, representantes y organismos sociales da vigor a la posición individual de una víctima.

En la conformación del constitucionalismo interamericano, se aprecia una maduración de los sistemas políticos domésticos que permite la irrupción, en mayor o menor medida, de decisiones constitucionales (judiciales o legislativas) que dan cauce institucional a demandas por nuevos derechos. En tal sentido, puede señalarse que disminuye la sensación de vanguardia o mayor desarrollo jurídico que acompañó al sistema interamericano por años —al menos, en su relación con los Estados a quienes ha reprendido— y, de esta forma, parece quedar más cerca de otros sistemas regionales, como el europeo, y, por lo mismo, de doctrinas que dan a los Estados mayores espacios para determinar los contornos de sus regulaciones jurídicas, como es, por ejemplo, la doctrina del “margen de apreciación” o, en el sistema interamericano, el uso de la llamada doctrina de “la cuarta instancia”.

La primera consiste, como es sabido, en la deferencia que el sistema europeo tiene hacia los Estados para que sean éstos los que preferentemente busquen los modos de cumplimiento de sus obligaciones bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Greer 2000), dejando un espacio de intervención a los órganos de Estrasburgo mucho más limitado que el que se reconoce a sus pares interamericanos. Respeto de la segunda doctrina, la denominada “cuarta instancia”, ella consiste en una reafirmación del carácter subsidiario que tienen los órganos del sistema regional agregando que no le corresponde a éstos revisar el mérito de sentencias dictadas por tribunales locales sino en la medida en que se hayan dictado con violación a derechos fundamentales protegidos por la Convención Americana, pero no para actuar como tribunal revisor de éstas.

En definitiva, lo que es posible apreciar es un reajuste de las piezas que participan del complejo juego consistente en crear, interpretar e internalizar el derecho que emana de los órganos del sistema: víctimas, Estados, grupos de la sociedad civil locales y transnacionales y, desde luego, los propios actores de la OEA.

V. Consideraciones finales

En este trabajo he sugerido que el estudio sobre la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional de los Estados debe ir más allá de mirar la manera como éstos implementan (o no) los estándares internacionales. He argumentado que el desarrollo de alguna jurisprudencia que da fuerte protección a individuos y, sobre todo, a grupos obliga a poner énfasis en la relación “desde abajo hacia arriba”, esto es, desde los sistemas domésticos *hacia* el sistema regional de protección. A fin de conocer mejor el alcance y las posibilidades de avance de la agenda de derechos, parece importante explorar qué influjos es posible reconocer y qué lecciones es posible extraer de ellos. Pensar, en definitiva, cuáles son las áreas donde hay mayor recepción de desarrollos jurisprudenciales domésticos y qué áreas ofrecen mayor resistencia, y por qué, permite identificar de mejor manera los mecanismos de acción para quienes buscan abrir espacios normativos en defensa de grupos usualmente desaventajados.

Se trata de una empresa compleja, llena de matices, difícil de agrupar en una o dos categorías normativas, y que hace necesario atender no solo al tipo de decisiones constitucionales que los países de la región producen —ya sea en sede judicial, administrativa o legislativa— y a los pronunciamientos emanados del sistema interamericano, sino también a las redes y alianzas de los grupos y organizaciones que promueven agendas de protección de derechos, ya que ellas van intentando moldear este derecho, a veces con éxito, otras no (Abregú 2008).

Si los grupos interesados en promover una agenda de ejercicio de derechos ponen atención a estas relaciones, sus fortalezas y debilidades, a la convergencia o no de agendas de organizaciones del sur y del norte y la ubicación de receptáculos institucionales más abiertos, entonces el avance que el progresismo dice abrazar no responderá necesariamente a eventos que celebramos pero respecto de los cuales no es posible una reconstrucción normativa, sino que podrían formar parte de una agenda que camine hacia el establecimiento de mayores espacios de libertad en América Latina. Y respecto de la cual la conversación entre los sistemas domésticos y el sistema regional de protección de derechos diga más que el diálogo entre un orden que prescribe a otro lo debido y se parezca más a la deliberación horizontal sobre la cual debe descansar la construcción de sociedades y sistemas de regulación más igualitarios.

REFERENCIAS

- Abramovich, Víctor, Alberto Bovino y Christian Courtis. 2007. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*. Buenos Aires: Editores del Puerto / Centro de Estudios Legales y Sociales.
- Abregú, Martín. 2008. *Derechos humanos para todos: de la lucha contra el autoritarismo a la construcción de una democracia inclusiva: una mirada desde la Región Andina y el Cono Sur*. Sur – Revista internacional de derechos humanos. Sao Paulo: SUR.
- Cançado Trindade, Antonio. 1998. Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en Méndez, J. y Cox, F., *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Fraser, Nancy. 1997. *Iustitia Interrupta*: Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

González, Felipe. 2001. La OEA y los derechos humanos después del advenimiento de los gobiernos civiles: expectativas (in)satisfechas, en González, F. (ed.), *Derechos Humanos e Interés Público*, Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 11, Santiago: Escuela de Derecho Univ. Diego Portales.

Greer, Steven. 2000. *The Margin Of Appreciation: Interpretation And Discretion Under The European Convention On Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe.

Koh, Harold. 1997. *Why Do Nations Obey International Law?*. Yale Law Journal.

Méndez, Juan y Francisco Cox. 1998.. *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Nino, Carlos Santiago. 1992. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

TENDENCIAS CONTEMPORANEAS DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA

José Aylwin¹

Introducción

El 2005 Evo Morales fue electo como el primer presidente indígena de un estado latinoamericano. En un país – Bolivia- históricamente dominado por la minoría blanca, un dirigente cocalero aymara lideró una coalición de partidos de izquierda, con el apoyo de los pueblos indígenas, siendo electo con más del 50% de los votos. El 2010 fue reelecto con más del 60% de los votos hasta el año 2015.

El 2008 se aprobó por referéndum una nueva Constitución en Ecuador. Dicha Constitución fue elaborada por una asamblea constituyente con participación de diferentes sectores sociales y políticos de ese país, incluyendo representantes de las 16 nacionalidades indígenas. En ella, junto con reconocerse y garantizarse a los pueblos y nacionalidades indígenas los derechos colectivos hoy aceptados por el derecho internacional de los derechos humanos, se estableció el carácter plurinacional e intercultural del Ecuador, y se definió como deber del estado en la promoción del *samak kawsay*, concepto que significa el buen vivir en la lengua quechua.

El 2009, Bolivia aprobó por referéndum una nueva Constitución previamente elaborada por una asamblea constituyente de participación popular e indígena amplia. En dicha Constitución Bolivia se asume como un estado plurinacional e intercultural, fundado en la pluralidad política, jurídica y cultural determinada por los pueblos y naciones indígenas y otros sectores de la población, reconociendo a los primeros derechos políticos, de tierras y territorios y a su libre determinación de conformidad con los lineamientos internacionales de los derechos humanos

En junio de 2009 la protesta de los pueblos indígenas de la Amazonía peruana frente a un conjunto de decretos destinados a la implementación del TLC con Estados Unidos, y a facilitar la explotación petrolera y forestal de sus territorios ancestrales, fue aplacada por la policía, con un saldo de más de 30 muertos, incluyendo indígenas y policías.

Son hechos recientes que dan cuenta de las tendencias contemporáneas sobre la relación entre los pueblos indígenas y los estados en la región. Ello también dan cuenta de las tensiones existentes entre los procesos jurídicos y aquellos de carácter económico hoy en curso en la mayoría de los estados latinoamericanos, afectando la vida de los pueblos indígenas de manera radical.

En esta presentación me referiré a los procesos organizativos y demandas de los pueblos indígenas y a las implicancias que estos han tenido en la transformación de los marcos jurídicos y políticas públicas de los estados de la región en relación a ellos en las últimas décadas. Me referiré a las distintas etapas identificadas en el proceso de transformación de los ordenamientos jurídicos, en particular constitucionales, de los estados de América Latina en lo que conciernen a los pueblos indígenas y a sus derechos.

¹ Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile.

Me referiré finalmente a como estos cambios se relacionan, y también tensionan, con los procesos de globalización hoy en curso en la región. En especial me referiré los procesos de globalización económica, manifestada en la inserción creciente de las economías regionales en los mercados globales y en sus implicancias adversas y contrapuestas con los derechos de estos pueblos reconocidos hoy recepcionados en el derecho interno e internacional, así como a la globalización del derecho manifestado en la construcción de un derecho supraestatal de los derechos humanos y a sus implicancias en favor de un marco regional y universal aceptado de reconocimiento de derechos de pueblos indígenas.

Antecedentes generales

Con una población estimada en entre 30 y 50 millones y con más de 600 pueblos identificados y a pesar de conformar, de acuerdo a todas las estadísticas existentes, los sectores económica y socialmente más marginados de los estados en los que habitan (CEPAL, 2006), los pueblos indígenas han impulsado procesos de organización y movilización que algunos autores han identificado como “la emergencia indígena” (Bengoa, 2000) convirtiéndose en actores políticos gravitantes en la región.

Diversos factores, entre los que se encuentran las frustraciones provocadas por las políticas indigenistas impulsadas por los gobiernos; las amenazas que para su subsistencia significaron proyectos de inversión extractivos promovidos por los Estados o por particulares en sus territorios ancestrales; su marginación política y económica al interior de los estados; su creciente vinculación con movimientos indígenas emergentes en otros contextos geográficos; los procesos de democratización experimentados en diversos países en las últimas décadas, así como la conmemoración del llamado “quinto centenario” de la llegada de Colón a tierras americanas, llevaron a los pueblos indígenas a fortalecer su identidad y a desarrollar procesos organizativos en todos los países de la región en que habitan.

Tales procesos, generados desde lo local, pasando por el plano estatal hasta el plano regional, se manifestaron en la proliferación de organizaciones indígenas, las que interpelaron a los estados y a las sociedades no indígenas con las que conviven, a través de un conjunto de demandas de carácter colectivo, que apuntaban a la introducción de modificaciones jurídicas y políticas que permitiesen enfrentar los problemas estructurales que afectaban a sus pueblos en su relación con los estados y las sociedades no indígenas, y que no les permiten desarrollarse como pueblos².

² Stavenhagen (2000) identificaba como las más gravitantes las siguientes demandas de los pueblos indígenas: El derecho a la autodefinición y a un status legal; el derecho a la tierra y al territorio; el derecho a la identidad cultural; el derecho a la organización social y costumbre jurídica; y el derecho a la participación política. CEPAL (2006) distingue la existencia de tres grandes tipos de demandas indígenas dependiendo de la situación demográfica en que estos pueblos se encuentran al interior de los estados que habitan: En el caso de los pueblos que constituyen minorías demográficas en sus países, estos demandan regímenes de autonomía para proteger sus territorios frente al asedio de los intereses económicos. En el caso de los pueblos que constituyen mayorías demográficas, estos demandan la transformación del estado y el establecimiento de regímenes democráticos plurales. Otra realidad es la de los pequeños pueblos en aislamiento voluntario, los que luchan por mantener su supervivencia física frente a la expansión de proyectos de inversión.

En respuesta a las reclamaciones de los pueblos indígenas y a sus movilizaciones, los estados latinoamericanos- no sin resistencia- han avanzado gradualmente en la reforma sus ordenamientos legales y constitucionales para dar cuenta de la diversidad y derechos de estos pueblos.

Su acción colectiva posibilitó lo que se denominó la “reforma del estado” en América Latina (Assies, 2000). En efecto, de los llamados “estados-nacionales” conformados hace 200 años atrás en la región, los que negaban la diversidad etno-cultural hasta entonces existente, se ha avanzado progresivamente en las últimas décadas hacia el reconocimiento de los estados multiculturales y pluriétnicos, y más recientemente, al menos en el caso de Bolivia y Ecuador, estados plurinacionales e interculturales que ponen término a la ficción de un estado una nación.

En tales estados se ha dado lugar a nuevas formas de ciudadanía, ya no entendida como una ciudadanía liberal basada en el ejercicio de derechos individuales, sino como una ciudadanía diferenciada que permite y fomenta el ejercicio de derechos colectivos de libre determinación y autonomía y de representación y participación de los pueblos indígenas en su interior (Bello, 2004).

Los ciclos del reconocimiento

Raquel Yrigoyen (2009) reconoce tres grandes ciclos de la reforma de los estados para dar cabida y reconocimiento a los derechos indígenas. Tales ciclos se han plasmado en reformas legales y constitucionales. Un primer momento de este proceso se desarrolla en la década de los 80s, antecedendo la aprobación del Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales. En esa etapa se impulsan reformas centradas en el reconocimiento y protección de la pluri etnicidad y del derecho a la identidad cultural (tanto individual como colectiva), así como orientadas al establecimiento de derechos específicos, tales como la tierra y algunas formas de autonomía. Es el caso de las reformas constitucionales verificadas en Guatemala en 1985; en Nicaragua en 1987, y Brasil, 1988.

Se trata de reformas que encuentran su explicación en los particulares contextos políticos en que algunos de estos estados vivían a la época, tales como el término de la guerra civil en el caso de Guatemala, los conflictos de los pueblos indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua, en particular de los miskito, con la revolución Sandinista entonces impulsada en ese país, revolución que no supo dar cabida a la diferencia étnica, o los esfuerzos y las luchas de sectores indígenas y ambientales por la protección de la Amazonia en el caso de Brasil.

Un segundo ciclo de reformas se desarrolló en los noventa, luego de la aprobación del Convenio 169 de la OIT. Como parte de este ciclo, numerosos estados introdujeron reformas constitucionales en las que en general se reconoció a los pueblos indígenas como sujetos colectivos, estableciéndose en ellas un conjunto de derechos políticos de participación, consulta y de autonomía, de derechos territoriales relacionados con la tierra, el territorio y los recursos naturales, y derechos de carácter lingüístico y cultural. Tales reformas constitucionales enfatizaron en la naturaleza multicultural o pluricultural de los estados (Colombia, 1991; México 1992 y 2001; Perú,

1993; Bolivia, 1994; Ecuador, 1998). El multiculturalismo, como sabemos, no es un concepto originario de América Latina, sino que surge en los sesenta en países anglosajones de inmigración. De acuerdo al filósofo canadiense Will Kymlicka (1995), las leyes y políticas multiculturales tendrían por objeto la adecuación de los derechos de grupos en el contexto de las democracias liberales.

En el marco de estas reformas, la existencia de los indígenas como pueblos colectivos diferenciados fue reconocida por las constituciones de Argentina (1994), Bolivia (1994), Colombia (1991), Ecuador (1999, 1998), México (1992 y 2001), Paraguay (1992) y Venezuela (1999).

El derecho propio o consuetudinario, tanto dentro de la jurisdicción del estado como a través de los sistemas de justicia indígena, fue reconocido por los mismos estados (México, Ecuador, Colombia y Perú). Derechos de representación política especial indígena fueron reconocidos por Colombia (1991) y Venezuela (1999).

Derechos a la tierra y o a los territorios fueron incluidos en varias constituciones. Bolivia, Colombia, Ecuador reconocieron derechos de demarcación de sus territorios, así como sobre los recursos naturales existentes en ellos. Derechos de consulta previa a la explotación de recursos naturales fueron incluidos en la constitución de Colombia. Finalmente, derechos de autonomía o autogobierno de los pueblos indígenas fueron establecidos en Colombia (1991), México (2001), como lo habían sido establecidos por Nicaragua en 1987.

Las expectativas que las reformas multiculturales generaron en los pueblos indígenas, sin embargo, se vieron frustradas. Ello en gran medida debido a las contradicciones existentes entre las políticas neoliberales impulsadas en los noventa por el Banco Mundial y el BID a través de la región y acogidas por los estados en el contexto del consenso de Washington – una política que, entre otros aspectos, promovió la apertura de los mercados a la inversión extranjera y la privatización de los servicios sociales básicos – agua, electricidad, salud – y que amenazó abiertamente los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, en particular aquellos referidos al control de sus tierras y recursos, los que fueron objeto de procesos de apropiación por capitales privados nacionales y extranjeros.

Como diversos analistas han señalado (Hale, Diaz Polanco y Burguette en Leyva, 2008) el constitucionalismo multicultural de los 90 fue usado como una estrategia para brindar un reconocimiento formal a los pueblos indígenas marginados, para legitimar un modelo económico social, pero sin introducir cambios sustanciales a la estructura uninacional, mono cultural y hegemónica de los estados. Fue durante ese período que se generó lo que el entonces Relator Especial de la ONU para los derechos indígenas, Rodolfo Stavenhagen (2006), identificó como la “brecha de implementación”. Dicha brecha se evidenció en, entre otros factores, la distancia entre las disposiciones constitucionales y la norma legal y reglamentaria vigente, la ausencia de mecanismos para hacer exigibles los derechos reconocidos constitucionalmente, la falta de recursos o de voluntad para impulsar políticas públicas para hacerlos efectivos.

Como era esperable, los pueblos indígenas reaccionaron de diversas formas frente a las frustraciones de los reconocimientos multiculturales, formales, los que no impidieron la expansión de la economía global hacia sus territorios, el despojo y la

marginación de las decisiones políticas y económicas más relevantes, consecuencia de las políticas neoliberales imperantes.

Tales reacciones incluyeron desde los procesos de resistencia indígena, como los desarrollados por los pueblos indígenas de Chiapas y en el caso de los mapuche en Chile, hasta las estrategias de participación política al interior de los estados, como la que se han desarrollado en diversos estados de México, como Oaxaca, y en los países andinos (Perú, Bolivia, Ecuador y Colombia), en el ámbito de la política local o municipal, pero también en el ámbito de la política estatal.

Los ejemplos más relevantes de este tipo de participación han sido, sin dudas, los de Bolivia y Ecuador. En el primer caso (Bolivia), los pueblos indígenas fueron centrales en las luchas por el agua de Cochabamba a inicios de la década del 2000, en las protestas que derivaron años más tarde en la salida del presidente Sanchez de Losada, y en la conformación del MAS (Movimiento al Socialismo) liderado por Evo Morales, quien más tarde fuera electo como presidente de Bolivia.

En el segundo caso (Ecuador), la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, y su brazo político, Pachakitik, se convirtieron en actores claves de la política de ese país, participando en procesos electorarios a través de los cuales obtuvieron importante representación parlamentaria, así como de la conformación de gobiernos, aunque fueran de corta duración, como el de Lucio Gutierrez, y posteriormente el 2007, dando su apoyo a la elección de Correa como Presidente de Ecuador.

No es casualidad que haya sido precisamente en estos dos contextos donde se haya avanzado hacia lo que Yrigoyen reconoce como el tercer ciclo de reformas del estado y de reconocimiento de derechos de pueblos indígenas en la región. El apoyo indígena fue central en los procesos que llevaron a la aprobación de las nuevas constituciones de Ecuador (2008) y de Bolivia (2009), países andinos donde la demografía indígena es significativa, alcanzando al 35% del total en el primer caso y a entre el 60 y 80% de la población total en el segundo caso.

Aunque diferentes en muchos aspectos, ambas constituciones tienen en común varios elementos. En cuanto a la forma, ambas fueron elaboradas por asambleas constituyentes electas por voto popular, con participación activa de los pueblos y nacionalidades indígenas, y luego ratificadas mediante referéndum. También común a ambas es que son las primeras constituciones en dismantelar el concepto del “estado-nación”, al reconocer que un estado unitario no es incompatible con la existencia de una pluralidad de naciones, y con el reconocimiento de sus derechos colectivos, incluyendo entre ellos los de libre determinación y autonomía.

Así, en su nueva Constitución Ecuador se define como “...*un Estado constitucional de derecho y justicia, social, democrático, soberano, independiente, intercultural, plurinacional y laico*” (art.1). La misma Constitución reconoce que la unidad nacional esta cimentada en la diversidad (art 3). Similarmente Bolivia se define como un “...*Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías*” (art. 1).

La plurinacionalidad está determinada por el hecho de que ambos estados están compuestos por distintas naciones y pueblos (36 en Bolivia y 13 en Ecuador) cuya existencia y derechos son reconocidos en ambas cartas En el caso de Ecuador, en estos

pueblos se incluye a los afroecuatorianos, cuyos derechos especiales habían ya sido reconocidos en la Constitución de 1998.

En cuanto a los derechos que en ellas se reconocen a los pueblos indígenas, a diferencia de las constituciones multiculturales de los 90, las que estuvieron fuertemente influenciadas por el Convenio 169 de la OIT, estas están claramente marcadas por la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de pueblos indígenas de 2007, la que fue aprobada por la Asamblea general con el voto favorable de ambos estados.

La Constitución de Ecuador establece un conjunto de derechos colectivos de pueblos indígenas que incluyen entre otros; derecho a la identidad y tradiciones, derechos de propiedad y posesión de sus tierras y territorios ancestrales, derechos de usufructo, conservación y administración de recursos naturales, derechos de consulta previa, libre e informada frente a la exploración y explotación de dichos recursos, a la participación en los beneficios de su explotación, derechos a las propias formas de organización social, a mantener, proteger y desarrollar conocimientos colectivos, ciencias, tecnologías, recursos genéticos, a participar mediante representantes en organismos públicos, y a ser consultados frente a medidas legislativas, todo ello conforme a la constitución y los tratados internacionales y sin discriminación alguna (art. 57).

También relevante, los pueblos indígenas pueden conformar circunscripciones territoriales para la preservación de sus culturas (art. 60). Por otra parte, la Constitución reconoce los sistemas de justicia indígenas y su administración por las autoridades indígenas de acuerdo a sus propias normas y procedimientos con base en sus tradiciones ancestrales y en su derecho propio, dentro de su ámbito territorial (art. 171).

La Constitución de Bolivia incluye un amplio catálogo de derechos políticos, territoriales y culturales de los pueblos indígenas en términos muy similares a los de la Declaración de la ONU sobre la materia. Incluye de un modo más categórico, sin embargo, algunos derechos como “el dominio ancestral de sus territorios”, y garantiza a estos de modo explícito “su libre determinación”, consistente “*en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales...*” (art.2).

Uno de los aspectos más relevantes de la CP de Bolivia es el reconocimiento del derecho a la autonomía, y el establecimiento de diversos niveles para su ejercicio, incluyendo entre ellos la categoría de la “autonomía indígena originaria campesina” la que está concebida como una expresión del derecho de autogobierno y autodeterminación de naciones y pueblos indígenas originarios y comunidades cuya población “*comparte un territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas sociales y económicas propias*” (art.290) Para su implementación estas autonomías requieren de la creación de entidades territoriales indígenas basadas en la consolidación de sus territorios y en la voluntad de su población. El autogobierno indígena y originario se ejercerá de acuerdo a normas, instituciones y autoridades indígenas (arts. 291). Dichas entidades territoriales base de la autonomía pueden estar constituidas por territorios, los municipios y las regiones territoriales, todas ellas indígenas, originarias o campesinas (art. 292) Las entidades territoriales autónomas no estarán subordinadas entre ellas y tendrán igual rango constitucional (art. 276).

La plurinacionalidad, en el caso de Bolivia, se ve reflejada en la conformación de una Asamblea Legislativa Plurinacional compuesta por una Cámara de Diputados y una Cámara de Senadores. En la elección de asambleístas se garantizará la participación proporcional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (art.147). La constitución crea también un órgano judicial y un tribunal constitucional con el mismo carácter y composición, con representación de diferentes pueblos y naciones (art. 178). La jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades (art. 179).

La interculturalidad es una propuesta central que cruza ambas constituciones. En el caso de Ecuador esta propuesta está relacionada no solo con el reconocimiento de las lenguas indígenas y culturas indígenas en un mismo nivel que las demás lenguas y culturas existentes en el país, sino también con el acceso a la comunicación e información, y con el carácter y contenidos de la educación. De especial relevancia en este sentido es el establecimiento del deber del estado de promover el buen vivir como legado cultural de los pueblos indígenas (*samak kawsay* en quichua) (Preamble), el que refleja la internalización del *ethos* indígena en la matriz del estado.

La apuesta de la constitución de Bolivia por la interculturalidad, en forma análoga al caso de Ecuador, cruza su articulado, y va más allá de la referencia a las lenguas, culturas y al sistema educativo. Así dispone que el estado “*asume y protege como principios ético-morales de la sociedad plural*” los conceptos indígenas (quechua y guaraní entre otros) de “*ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble) (art. 8)

Otra manifestación de la interculturalidad es la consideración que hace la constitución de Ecuador a los derechos de la naturaleza. Rompiendo con el paradigma predominante de que solo los individuos o los grupos pueden ser sujetos de derechos, la constitución afirma que “*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*” (art.71), estableciéndose el derecho de toda persona, comunidad, o pueblo de exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.

Se trata de una de las disposiciones más novedosas de esta constitución. Como señala el jurista argentino Raúl Zaffaroni, tal reconocimiento viene a establecer un nuevo paradigma en que la tierra asume la condición de persona, teniendo ello como efecto el que cualquiera puede reclamar sus derechos, sin que se requiera que sea afectado personalmente para hacerlo. Se trata, según señala Zaffaroni, de una contribución de las culturas andinas al constitucionalismo moderno y en general a la humanidad (Zaffaroni, 2009).

Finalmente, una cuestión relevante en ambas constituciones es la consideración expresa que hacen en ellas derecho internacional de los derechos humanos. En el caso de Ecuador ello no solo se manifiesta en la afirmación de que los derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales, sin limitarlos a los ratificados por el estado, son de “*directa e inmediata aplicación*” y “*serán plenamente*

justiciables” (art.11.3), sino que además, se establece que los jueces, las autoridades administrativas y servidores públicos “*aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente*” (art. 426). Más aún, establece una acción “por incumplimiento” ante el Tribunal Constitucional a objeto de garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible (art. 93).

De este modo, como señala Clavero (2009) se otorga a las normas, decisiones y recomendaciones de instancias internacionales de derechos humanos, incluyendo las emanadas de instancias como los órganos de tratado de la ONU o de un Relator Especial, un valor normativo al amparo del resguardo constitucional.

Aunque para muchos el concepto de interculturalidad sea sinónimo de multiculturalidad, su utilización en las constituciones de Ecuador y Bolivia no es casual, sino que recoge la crítica a esta última conceptualización, y sobre todo, a la forma en que esta fue entendida y aplicada por los estados en la región en las últimas dos décadas. Como Walsh señala, mientras la multiculturalidad “oculta la permanencia de desigualdades e inequidades sociales”, la interculturalidad, que está por construirse, mucho más allá del respeto, la tolerancia y el reconocimiento de la diversidad. Según Walsh, al interculturalidad “*señala y alienta, más bien, un proceso y proyecto social político dirigido a la construcción de sociedades, relaciones y condiciones de vida nuevas y distintas*”. Con ello se refiere “*no sólo a las condiciones económicas sino también a ellas que tienen que ver con la cosmología de la vida en general, incluyendo los conocimientos y saberes, la memoria ancestral, y la relación con la madre naturaleza y la espiritualidad, entre otras.*” (Walsh, 2008: 140)

Aunque como sabemos las realidades de los estados en la región son siempre más complejas que los enunciados de una constitución, y los conflictos interétnicos siguen afectando a los pueblos indígenas, incluso en el caso de Ecuador y Bolivia después de la aprobación de dichas cartas³, no cabe duda que en ellas se introducen reformas profundas a la concepción clásica de los estados para dar cuenta de su diversidad. Aún más, se establecen nuevos paradigmas que han dado lugar a lo que algunos analistas han llamado un “nuevo constitucionalismo” de creación propia, “...*de reivindicación*

³ A poco de entrar en vigencia de estas constituciones los pueblos indígenas ya se han manifestado para protestar por la falta de implementación a través de políticas públicas de los derechos que en ellas se les reconoce o la dictación de legislación que los vulnera. En el caso de Ecuador, en octubre de 2009 un indígena fue muerto por la policía en el contexto de movilizaciones nacionales convocadas por las organizaciones indígenas en contra de la legislación sobre aguas y minería afectando sus derechos impulsadas por el presidente Correa. En el caso de Bolivia, los pueblos del oriente boliviano impulsaron en junio de este año una marcha por la implementación del derecho a la autonomía en base a sus territorios en contra del Presidente Morales. Ello da cuenta de que las constituciones, por sí solas, no garantizan sino van acompañadas de procesos de participación y movilización indígena, la exigibilidad de los derechos que en ellas se establecen, y que la interculturalidad y la plurinacionalidad, así como el derecho a la libre determinación, son propuestas por construir.

del poder del pueblo, del principio democrático, que está ofreciendo a la humanidad, desde nuestro punto de vista, un aporte que será histórico, que es una nueva forma de relación entre el Estado y la sociedad, entre la sociedad y su constitución.” (Martínez, 2008)

Las implicancias de la globalización para los derechos indígenas en la región

Como se señalara en la introducción, en forma paralela y en algunos casos relacionada a los procesos reforma constitucional que han resultado en la transformación progresiva del estado en su relación con los pueblos indígenas en las últimas décadas en la región, se han verificado otros procesos, genéricamente conocidos como procesos de globalización, que han tenido importantes implicancias para los pueblos indígenas en la mayor parte de los estados.

La globalización del mercado

Uno de ellos es el proceso de inserción creciente de los estados de la región en una economía mundializada controlada por grandes conglomerados generalmente originados en los países del norte. A través de tratados de libre comercio y de acuerdos bilaterales de inversión promovidos por Estados Unidos y otras potencias económicas, muchos estados de la región han reducido su tamaño, privatizado sus servicios sociales básicos, y abierto sus puertas a la inversión extranjera- generalmente extractiva- perdiendo su soberanía a mano de los grupos transnacionales. Dado que los estados de la región se insertan en la economía global exportando recursos naturales, y que dichos recursos se encuentran de manera importante en las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas, tales procesos han tenido graves implicancias para los derechos de los pueblos indígenas.

Los casos de Chile, México y Perú, sin ser los únicos, son posiblemente aquellos que mejor ejemplifican este tipo de globalización donde los derechos de pueblos indígenas, aún cuando hayan sido reconocidos en los marcos jurídicos internos, como en el caso de México, se han visto gravemente vulnerados como consecuencia de las reformas jurídicas y políticas a que estos acuerdos han dado lugar en los últimos años.

Los tres estados tienen en común el haber suscrito tratados de libre comercio con Estados Unidos, así como similares tratados y acuerdos de inversión con las más grandes economías del mundo. En los tres casos los pueblos indígenas han sido los sectores más afectados. En el caso de México, el TLC suscrito con Estados Unidos y Canadá (NAFTA) en 1994 incidió en transformaciones a la estructura de tenencia de la tierra que promovieron la privatización de los ejidos comunales de los campesinos e indígenas. Tal privatización resultó en procesos de migración de la población indígena hacia las ciudades y hacia los estados Unidos. El TLC con Estados Unidos, además, ha incidido en la creciente importación de los granos que los indígenas producen, incluyendo el maíz, resultando en el empobrecimiento de la población.

Otro caso crítico es el de Chile, país que con 56 TLC y acuerdos bilaterales de inversión a la fecha tiene una de las economías más abiertas de la región. Tal apertura a los mercados ha resultado en la proliferación de proyectos de inversión en las tierras y territorios tradicionales de los pueblos indígenas, en las que se encuentran

los recursos naturales que el país exporta. La inexistencia hasta la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT el 2009 de un marco normativo de protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos, incidió en un proceso de apropiación de tales recursos de gran envergadura. El caso más crítico es el de los mapuche en el sur del país, cuyo territorio se ha visto seriamente afectado por la actividad forestal, hidroeléctrica y a la proliferación de la salmonicultura a manos de empresas nacionales y extranjeros. La protesta social mapuche frente a esta realidad ha sido criminalizada. Dicha criminalización se ha traducido en la persecución de los líderes de este pueblo en base a legislación antiterrorista, la que no garantiza la aplicación del derecho al debido proceso. También se manifiesta en frecuentes situaciones de violencia policial en contra de defensores de derechos humanos mapuche, la que ha resultado en numerosos casos de muerte, torturas tratos crueles inhumanos y degradantes de defensores de derechos mapuche. Tal situación ha sido representada a Chile por diversos órganos de derechos Humanos de Naciones Unidas, incluyendo entre ellos el Consejo de Derechos Humanos.

El caso de Perú es también uno de los más críticos en este sentido. La apertura de su economía a la inversión extranjera ha tenido fuertes impactos en el mundo andino, como consecuencia de la actividad minera emergente, y en la Amazonía, como consecuencia de la proliferación de la actividad petrolera y forestal a manos de capitales transnacionales. Como fuera señalado, en junio de 2009 la protesta de los pueblos indígenas de la Amazonía peruana frente a un conjunto de decretos destinados a la implementación del TLC con Estados Unidos, y a facilitar la explotación petrolera y forestal de sus territorios ancestrales, fue reprimida por la policía, con un saldo de más de 30 muertos. Tales hechos, además de generar la condena internacional de Perú, provocaron una de las mayores crisis políticas del gobierno de Allan García que resultó en la renuncia de dos ministros y en la revocación por el Congreso de los decretos legislativos que afectaban a los pueblos amazónicos. En mayo de 2010 el Congreso de Perú aprobó la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo”, que estableció nuevas bases y lineamientos concretos para el ejercicio de un derecho central para el Convenio N° 169 de la OIT y para la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU. La legislación, que había sido valorada por el Relator de la ONU sobre derechos indígenas, James Anaya, como una buena práctica, fue devuelta con observaciones por el Presidente García al Congreso, para su nuevo debate, lo que ha generado frustración en los pueblos indígenas (Anaya, 2010).

La globalización de los derechos humanos

La otra manifestación de la globalización que ha tenido fuertes implicancias en la región ha sido la relacionada con el derecho, y se ha traducido en la consagración a nivel regional de un derecho supraestatal de los derechos de las personas y de los pueblos. Uno de los ámbitos de mayor implicancia de esta otra forma de globalización ha sido el de los derechos de los pueblos indígenas, el que se ha visto enormemente fortalecido por la ratificación por una parte importante de los estados la American

Latina (14) del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes. También por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de reclamación por los pueblos indígenas de sus derechos humanos al amparo de la Declaración Americana y de la Convención Americana de Derechos Humanos. A ello se agrega la adhesión que la mayor parte de los estados de la región, a excepción de Colombia⁴, a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

A través de estos instrumentos internacionales, y de la interpretación de las instancias de tratado han dado a los mismos, se ha reconocido a los pueblos indígenas importantes derechos colectivos de carácter político, como la participación, la autonomía y la libre determinación, de derechos territoriales, incluyendo sus derechos sobre la tierra, el territorio, y los recursos naturales, así como derechos culturales.

Dado que no es posible por su extensión referirse a todos ellos aquí, parece relevante priorizar en el tratamiento que en estos instrumentos e instancias internacionales se ha dado a los derechos territoriales, y en especial a aquellos que los pueblos y comunidades indígenas tienen frente a proyectos de exploración y explotación de recursos naturales ubicados en sus tierras y territorios. Ello por cuanto adquieren gran relevancia en el contexto de los procesos de expansión de la economía global hacia sus territorios hoy presente en muchos estados de la región.

El Convenio N° 169 de la OIT

Los derechos sobre sus tierras, territorios y recursos están delineados en los artículos 14, 15 y 16 de este convenio internacional. En el primer artículo se establecen los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Se trata de un derecho que la OIT ha sostenido tienen los pueblos indígenas no solo sobre sus tierras de propiedad legal, sino también sobre aquellas de propiedad ancestral, aunque no tengan título de dominio sobre ellas (OIT, 2009)⁵. El segundo artículo establece el deber de los estados de consultar a los pueblos indígenas y tribales, ante toda actividad de exploración o explotación de minerales y/u otros recursos naturales de propiedad del estado que se encuentren en las tierras de dichos pueblos. También el deber de compensar por daños y de garantizar su participación en los beneficios de dicha explotación. La misma consulta debe ser desarrollada por los estados antes de trasladar a las comunidades indígenas y tribales de sus tierras tradicionales a otro lugar (art.16).

⁴ Colombia se abstuvo de dar su aprobación a esta Declaración en la votación de la Asamblea general de la ONU el 2007.

⁵ Al respecto la CEACR señala en su informe de 2009: “*Si los pueblos indígenas no pudieran hacer valer la ocupación tradicional como fuente de derechos de propiedad y de posesión, el artículo 14 del Convenio se vaciaría de contenido. La Comisión es consciente de la complejidad de plasmar este principio en la legislación, así como de diseñar procedimientos adecuados, pero subraya al mismo tiempo que el reconocimiento de la ocupación tradicional como fuente de derechos de propiedad y posesión mediante un procedimiento adecuado, es la piedra angular sobre el que reposa el sistema de derechos sobre la tierra establecido por el Convenio. El concepto de ocupación tradicional puede ser reflejado de diferentes maneras en la legislación nacional pero debe ser aplicado*”. Conferencia Internacional del Trabajo, CEACR, 2009, pág. 742.

El Convenio exige que la consulta a los pueblos indígenas y tribales se haga mediante procedimientos adecuados y, a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (art.6.1). Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe. El alcance del principio de la buena fe supone que los mecanismos de consulta deben implementarse de una manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad precisa de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. (art.6.2)

El Convenio subraya, en todo caso, que los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural (art.7.1)

En el informe anual 2009 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), se delinear los requisitos necesarios para que la consulta a los pueblos indígenas sea aceptable. Así sostiene:

“La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión – con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas – de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes. Si se cumplen estos requisitos, las consultas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos”⁶.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Aunque en el ámbito americano no existen lineamientos de derechos humanos específicamente referidos a los pueblos indígenas, desde los años setenta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha recibido y procesado centenares de peticiones sobre situaciones que afectan a personas y comunidades indígenas en el ejercicio de sus derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. En respuesta a estas peticiones la Comisión ha emitido numerosos informes, instando a los estados a respetar sus derechos humanos tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales. A contar de los noventa, y en particular durante la última década, estos casos han sido llevados por la Comisión ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) para su conocimiento y resolución.

A través de sus sentencias, la Corte ha sentado una importante jurisprudencia en materia de derechos de pueblos indígenas, reconociéndolos en su especificidad y en su naturaleza, muchas veces colectiva, haciendo extensivo hacia ellos los derechos humanos contenidos en la Declaración y Convención Americana de Derechos Humanos, así como en convenciones de derechos humanos posteriormente aprobadas

⁶ *Ibid.*, pág. 731.

por la OEA.⁷ Aunque esta jurisprudencia ha tratado sobre materias de diversa naturaleza, incluyendo entre ellas la identidad cultural de los pueblos indígenas, la participación política de los mismos pueblos, y su personería jurídica, aquella relativa a sus derechos sobre las tierras, territorios, y recursos naturales, ha sido posiblemente la más relevante. Esta última jurisprudencia ha definido lineamientos relativos a los derechos de pueblos indígenas frente a la actividad de empresas en sus tierras y territorios.

En efecto, el derecho de propiedad privada consagrado por la Declaración y la Convención ha dado fundamento a uno de los desarrollos jurisprudenciales más innovadores de la Corte en relación a los pueblos indígenas. Ello resulta particularmente relevante, toda vez que a pesar de su reconocimiento explícito como un derecho de carácter individual, la Corte lo ha considerado en el caso de los pueblos indígenas, atendiendo a sus identidades y culturas, como un derecho de naturaleza comunal, por lo mismo de carácter colectivo. Así en el caso *Awás Tingni vs. Nicaragua*, la Corte reconoció el valor de la propiedad comunal de los pueblos indígenas a la luz del artículo 21 de la Convención Americana, la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aun a falta de título, como fundamento de su propiedad sobre ellas, y la necesidad de que la estrecha relación que los indígenas tienen con sus tierras sea reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.

La petición de la comunidad estuvo originada en la concesión, por parte del Estado de Nicaragua, de una explotación forestal, sin el consentimiento de la comunidad, a una empresa transnacional, de capitales asiáticos, sobre tierras y recursos de propiedad ancestral de la comunidad mayagna de Awás Tingni de la Costa Atlántica de ese país.

En años posteriores la Corte ratificó su interpretación sobre el alcance del derecho de propiedad de los pueblos indígenas reconociendo los derechos de carácter comunal sobre sus tierras ancestrales a las comunidades de *Yakye Axa* y *Sawhoyamaka* en Paraguay. Lo relevante de estos casos, es que a diferencia del caso *Awás Tingni* en que las tierras reclamadas por los indígenas estaban en poder del Estado, aquí eran de propiedad de terceros privados. No obstante aquello, y tomando en cuenta las implicancias que estas tierras tienen para las culturas y supervivencia de estos pueblos, la Corte dio prioridad al derecho de propiedad comunal indígena por sobre la propiedad privada, sin perjuicio de la indemnización al propietario de buena fé. Igualmente relevante, la Corte sostuvo que los derechos de propiedad indígena sobre sus tierras ancestrales no se extinguen mientras estas mantengan su relación con sus tierras, ya sea material o espiritual, persista. En los mismos casos la Corte establece que los pueblos indígenas tienen derecho a los recursos naturales que han usado tradicionalmente en sus tierras.

Más explícito en relación a los recursos naturales es la decisión adoptada por la Corte en el año 2007 caso del pueblo *Saramaka vs. Surinam*. Estableciendo nuevos

⁷ De especial relevancia en ese sentido ha sido el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988)

estándares, la Corte concluyó, siempre al amparo del artículo 21 de la Convención, que los pueblos indígenas tienen derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentren en las tierras ancestrales que tradicionalmente ocupan y que son necesarios para su propia sobrevivencia, desarrollo y continuidad de su estilo de vida. La Corte se pronuncia además de manera expresa en relación con los planes de desarrollo o inversión de gran escala que provocan impacto mayor en los territorios de este pueblo, sosteniendo, en una interpretación progresiva, que los Estados tienen la obligación no solo de consultarlo, sino también de obtener su consentimiento libre previo e informado, según sus costumbres y tradiciones. Al amparo del artículo 21.2 de la Convención,⁸ dispone que este pueblo tiene derecho a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso o goce de sus tierras y de los recursos naturales necesarios para su supervivencia.

Al respecto la Corte señaló en este caso sobre las características de la información y consulta frente a planes de desarrollo:

“La Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones.” (supra párr. 129).

Y agrega:

“Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones”. (Par 134)

Más adelante agrega en relación al consentimiento:

“Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”. (Par. 135)

⁸ *“Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.”* Art 21.2 Convención Americana.

Finalmente, en este caso la Corte se pronuncia sobre la participación de los pueblos indígenas en los beneficios de los planes de desarrollo:

“La segunda garantía que el Estado debe cumplir al considerar los planes de desarrollo dentro del territorio Saramaka es aquella de compartir, razonablemente, los beneficios del proyecto con el pueblo Saramaka. Se puede decir que el concepto de compartir los beneficios, el cual puede encontrarse en varios instrumentos internacionales respecto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, es inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.2 de la Convención...” (par. 139)

Al respecto concluye:

“En este contexto, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo Saramaka”. (par 141)

La Declaración de la ONU sobre los Derechos de Pueblos Indígenas

La Declaración de la ONU sobre derechos de pueblos indígenas (2007) avanza de manera importante en la definición de los derechos de los pueblos indígenas frente a proyectos de empresas para la explotación de recursos naturales en sus tierras y territorios.

Desde luego reconoce a estos pueblos indígenas un derecho fundamental, que hasta ahora les había sido negado; el derecho a la libre determinación en sus dimensiones políticas económicas, sociales y culturales, en igualdad de condiciones que a otros pueblos⁹.

Como una derivación de ello, establece que los pueblos indígenas tienen derecho a la autonomía en asuntos internos y locales.¹⁰ Igualmente establece su derecho a determinar sus prioridades en materia de desarrollo.¹¹

Consecuentemente con el derecho de libre determinación, los Estados tienen la obligación de recabar el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas antes de que adopten decisiones que les afectan. Entre las decisiones que de acuerdo a la Declaración requieren del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, se encuentran su traslado desde sus tierras y territorios (Artículo 10), aquellas de carácter legislativo y administrativas que les afecten (Artículo 19), y la aprobación de proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente aquellos relacionados con *“...el desarrollo, la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.”* (Artículo 32.2)

⁹ *“Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.”* (Artículo 3)

¹⁰ *“Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.”* (Artículo 4)

¹¹ *“Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo.”* (Artículo 23)

A ello agrega el derecho a la reparación justa por tales actividades, y a la adopción de medidas de mitigación por las consecuencias adversas que estos generan.¹²

La Declaración, finalmente, establece el derecho de los pueblos indígenas a que la propiedad ancestral sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, sea reconocida y protegida, y a que cuando esta haya sido confiscada sin su consentimiento, sea restituida, y/o compensada¹³.

Como sabemos, la Declaración no tiene el mismo status de una convención o tratado internacional. Formalmente, sus disposiciones no tienen, por sí mismas, efectos jurídicos vinculantes, como las de los primeros. Sin embargo, existen argumentos poderosos que permiten sostener que los Estados se encuentran jurídicamente obligados a respetar los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la Declaración.

Por de pronto, de acuerdo a lo dispuesto en su articulado, tanto las Naciones Unidas, sus órganos de tratado, los órganos especializados, así como los Estados, deben promover el respeto y plena aplicación de sus disposiciones (Artículo 42).¹⁴ Ello es particularmente relevante en el caso de América Latina donde, salvo Colombia, que se abstuvo en la votación de la Declaración en la Asamblea general, esta fue aprobada con el voto favorable de todos los Estados de la región.

El carácter vinculante de esta Declaración ha sido argumentado por diversos analistas. Uno de ellos es jurista español Bartolomé Clavero, quien sostiene que más allá de los aspectos teóricos y doctrinales de este instrumento, ello se desprende en forma inequívoca de sus artículos 38 y 42.¹⁵ Igualmente relevante, Clavero sostiene además, que la Declaración viene a elevar el perfil del Convenio 169 de la OIT en virtud del artículo 35 de este último instrumento¹⁶. De este modo sostiene Clavero, “...el Convenio puede constituir un instrumento realmente valioso para la recepción efectiva de la DDPI en el caso de los Estados que son parte del mismo o que lo vengán a ser en el futuro”¹⁷.

El propio Foro Permanente de la ONU sobre Cuestiones Indígenas (2009) reafirma que la Declaración en su conjunto es parte del derecho internacional vinculante. Ello en razón de diversos motivos, incluyendo entre ellos, el que la Declaración

¹² “Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual”. (Art. 32.3)

¹³ “Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.” (Artículo 28.1)

¹⁴ “Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración.” (Artículo 42)

¹⁵ Al respecto Clavero señala: “Es en todo este contexto donde cobran pleno sentido los artículos de la DDPI que, aun perteneciendo a una declaración, se refieren a su propio valor vinculante respecto a Estados, a pueblos indígenas y, desde luego, a Naciones Unidas en todo su despliegue de órganos y agencias tanto a nivel de sedes centrales como sobre el terreno.” Clavero, Bartolomé, 2009.

¹⁶ “La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales” (artículo 35 Convenio 169).

¹⁷ Clavero, Bartolomé, *op cit.*

es parte de las normas universales de derechos humanos, el que es un instrumento que se elaboró con un procedimiento que le confirió su condición especial de declaración, y el que diversos artículos pueden ser parte de normas internacionales vinculantes basadas en otros instrumentos o costumbres, independientemente de su inclusión en la Declaración.

Conclusiones

Tras una larga negación, los pueblos indígenas se han convertido en actores gravitantes en las últimas décadas en la reforma del “estado-nación” en América Latina contribuyendo a través de sus luchas a la construcción de nuevas formas de relación en el plano jurídico, político y cultural con las sociedades hasta hace poco dominantes en la región.

A través de distintos ciclos de reformas constitucionales y legales se han ido dando paso desde el estado uninacional y monocultural a la conformación de estados plurinacionales e interculturales, como lo han propuesto Bolivia y Ecuador en sus recientemente aprobadas constituciones políticas.

Tales constituciones, junto con reconocer aquellos derechos hoy aceptados en el derecho internacional de los derechos humanos a los pueblos indígenas, asumen como deberes del estado conceptos interculturales, como el buen vivir, o los derechos de la *pachamama* o de la naturaleza, cuestionando los paradigmas occidentales del derecho y aportando al surgimiento de un nuevo constitucionalismo latinoamericano de implicancias globales.

Tales reformas, sin embargo, se insertan y están vinculadas a otros procesos de globalización hoy en curso que las tensionan, como ocurre con la globalización de los mercados hoy visible en la mayor parte de los estados de la región, o las refuerzan, como ocurre con la globalización de los derechos humanos. Esta última se manifiesta con fuerza en el caso del Convenio 169 de la OIT, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en los lineamientos de la Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Tales lineamientos supraestatales vienen a respaldar las transformaciones desarrolladas en los ordenamientos internos de los estados latinoamericanos otorgando a los pueblos indígenas nuevas posibilidades en el ejercicio de su libre determinación y en el control de sus tierras, territorios y recursos amenazados por la globalización económica.

REFERENCIAS

- Assies, W. et al. eds., *El reto de la diversidad. Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*, El Colegio de Michoacán, Zamora, Mich., 1999.
- Bello, Alvaro, *Etnicidad y ciudadanía en América Latina. La acción colectiva de los pueblos indígenas*, CEPAL, Santiago, 2004.
- Bengoa, José, *La emergencia indígena en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 2000.

CEPAL, *Panorama social de América Latina*, CEPAL, Santiago, 2006, disponible en <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/0/27480/P27480.xml&xs1=/dds/tpl/p9f.xsl>

Clavero, Bartolomé, *Cometido del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas a la Luz del Valor Vinculante y con Vistas a la Mayor Eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Naciones Unidas, PFII/2009/EGM1/4, disponible en internet en www.un.org/esa/socdev/unpfii/.../EGM_Art_42_Clavero.doc

-----, “Ecuador y Bolivia: Nuevas constituciones y derecho internacional de derechos indígenas”, disponible en <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=750>

Conferencia Internacional del Trabajo, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y recomendaciones, Informe III (Parte 1ª) Informe General y observaciones referidas a ciertos países*, Conferencia Internacional del Trabajo, 98.a reunión, 2009.

Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo” aprobada por el Congreso de la República del Perú, 7 julio 2010, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10194&LangID=S>

Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, *Comentario General aprobado por el Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas*, en su VIII período de sesiones, 29 de mayo 2009, publicado en el Informe sobre el Octavo Período de Sesiones, 18 a 29 de mayo de 2009: E/C.19/2009/14, disponible en internet en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/foro-permanente/documentos-fp/338-valor-normativo-ddpi.html>

Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996

Leyva, Xochitl et al coord., *Gobernar en la diversidad: Experiencias indígenas desde América Latina. Hacia la investigación de colobar*. Ciesas, México, 2008

Martínez D., Rubén, “El proceso constitucional en Bolivia. Perspectivas desde el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Cuadernos de Reflexión*, La Paz, 2008

Stavenhagen, Rodolfo, *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2000.

----- *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Rodolfo Stavenhagen** Addendum, E/CN.4/2006/78/Add.5 17 January 2006

Yrigoyen, Raquel, *Al vigésimo aniversario del Convenio 169 de la OIT: Un balance de la implementación del derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica*, 2009, disponible en www.derechosindigenas.org

Walsh, Catherine, *Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad; Las insurgencias político-epistémicas de refundar el estado*, 2008, disponible en www.revistatabularasa.org/numero_nueve/08walsh.pdf

Zaffaroni, E. Raúl, “La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia” en Calizaya, Alcira y E. Raúl Zaffaroni, *Nuevo constitucionalismo ambiental (Perspectivas desde lo plurinacional comunitario)*, Latinas Editores, Uru uru Marka, 2009, pp.35-62.

DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA

REVISITANDO A NOÇÃO DE SEMIPERIFERIA

Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa¹

Introdução

A América Latina é um campo minado de problemas endêmicos, interligados ou não, que demandam o urgente enfrentamento dos Estados da região, em termos de políticas públicas estruturantes. A industrialização tardia e o ciclo de dependência econômica são responsáveis, entre outros motivos, pelo resultado de exclusão e desigualdades sociais, pobreza, violência, vícios políticos e prejuízos identitários e culturais. A proposta deste estudo é retornar à noção de semiperiferia, compatibilizando algumas categorias socioeconômicas de Immanuel Wallerstein, depois de confrontadas por Giovanni Arrighi², na linha do capitalismo histórico, como base preliminar para a discussão sobre a necessidade de adoção de políticas públicas, encaradas como representações de direitos humanos, no âmbito da América Latina. Parte-se de uma rápida leitura da situação da região – suas similaridades e particularidades – ao longo da última metade do século passado, em período que coincide com a ascensão e crise do Estado de Bem-Estar e com o novo constitucionalismo econômico-social, chegando-se até o momento atual, depois da crise que se abateu sobre o capitalismo financeiro central.

No curso da história recente, os países da América Latina estiveram, salvo pontuais exceções, sob a hegemonia dos Estados Unidos da América. O fato é que os EUA, movidos pelas inovações tecnológicas e organizacionais, e instrumentalizados por um enorme poderio político e militar, passaram a se impor, especialmente depois da

¹ Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, UFPB, Brasil; doutorado em Ciências Jurídico-Econômicas pela Universidade de Coimbra, Portugal; vice-diretora do Centro de Ciências Jurídicas, UFPB. Cv: <http://lattes.cnpq.br/8339495793349934>

² Wallerstein e Arrighi fazem parte do movimento teórico conhecido como sistema-mundo. A abordagem analítica produzida por Immanuel Wallerstein, André Gunder Frank, Teotônio dos Santos, Samir Amin e Giovanni Arrighi teve forte impacto acadêmico. Em Portugal, por exemplo, a escola ligada a Boaventura Santos valeu-se da teoria de semiperiferia para analisar e caracterizar a sociedade portuguesa.

Arrighi trabalhou, há algum tempo, no sentido de validar a hipótese de existência de um espaço semiperiférico na economia-mundo capitalista, nos termos propostos por Wallerstein e Braudel. Seu esforço se encaixou em duas direções: (i) discutir se a semiperiferia ocupava efetivamente posição estrutural distinta na economia-mundo; e (ii) investigar se as posições específicas da semiperiferia na economia-mundo podiam ser empiricamente identificadas, detalhando as posições hierárquicas das categorias *núcleo orgânico*, *semiperiferia* e *periferia*. Nesse sentido, recomenda-se “A estratificação da economia mundial: considerações sobre a zona semiperiférica”, artigo publicado originalmente em 1986 na *Review*, v. 10, n. 1, p. 9-74; e “A ilusão desenvolvimentista: uma reconceitualização de semiperiferia”, publicado originalmente em 1990, em *Semiperipheral states in the world-economy*. Ambos os textos estão reeditados em ARRIGHI, G. *A Ilusão do Desenvolvimento*. Trad. Sandra Vasconcelos. Petrópolis: Vozes, 1998.

Segunda Grande Guerra, como padrão de centralidade para as economias capitalistas, no mundo inteiro, em processo sistêmico que conjugava acumulação de capitais e poder político³. Nesse contexto, não faltaram apreciações políticas sobre os sistemas econômicos e, no reverso, estudos econômicos sobre os sistemas políticos para compreender a nova correlação de forças que se estabelecia a partir da supremacia do capital. Em geral, as análises tomaram como panorama teórico a equação “centro *versus* periferia”⁴, merecendo destaque, para os fins deste artigo, três abordagens que adotam essa premissa, quais sejam, as teorias da *dependência*, da *modernização* e do *sistema-mundo*.

Na América Latina, o enfrentamento pioneiro dessa dicotomia deu-se durante a segunda metade do século XX, pela Comissão Econômica para América Latina (CEPAL)⁵, no âmbito da chamada teoria da dependência⁶. Para os teóricos da dependência, que focavam sua atenção sobre os países periféricos a partir de uma visão crítica da relação entre estes e os países centrais, a unidade nacional ou regional somente poderia ser entendida em conexão com a sua inserção no chamado sistema político-econômico mundial⁷, sendo centrais as economias que adotaram as técnicas capitalistas de produção e periféricas as economias cuja produção permanecia atrasada, do ponto de vista tecnológico e organizativo. Atente-se que, para essa teoria, as expressões centro e periferia resultavam, *grosso modo*, da maneira pela qual o progresso técnico se havia propagado na economia mundial.

³ Embora contrariado, a partir dos anos oitenta do século XX, pelo avanço capitalista do leste asiático, o fato é que o epicentro do poder econômico manteve-se com a velha guarda ocidental, liderada pelos EUA, em razão de suas incursões de natureza política e militar, usadas em reforço de sua posição hegemônica.

⁴ A expressão centro-periferia é utilizada nas ciências sociais há algum tempo. Tentativas de diferenciação entre as economias nacionais e regionais, segundo o grau de desenvolvimento das forças produtivas, podem ser encontradas desde Adam Smith, em *A Riqueza das Nações*. No curso do século XIX, à medida que o capitalismo industrial se consolidava na Europa, evidenciavam-se as diferenças entre economias com ritmos de acumulação mais acelerados e economias com ritmos mais lentos. Neste segundo contexto, a origem da expressão “centro-periferia” é atribuída a Lênin, em *O desenvolvimento do capitalismo na Rússia*, quando discutiu o papel das províncias periféricas. Cf. LIPIETZ, A. *O capital e seu espaço*. São Paulo: Nobel, 1988, p. 73.

Entretanto, depois da Segunda Guerra, ganharam proeminência as contraposições “desenvolvimento *versus* subdesenvolvimento” e “países industrializados *versus* países subdesenvolvidos”, revitalizando aí a equação centro-periferia. Cf. MENEGHEL, Stela M. *et alli*. Atos de Pesquisa em Educação – PPGE/ME FURB, v. 2, nº 3, p. 444-460, set./dez. 2007.

⁵ Diante da incapacidade da teoria econômica neoclássica em explicar o fenômeno subdesenvolvimento, por considerá-lo apenas um estágio primitivo no caminho para o desenvolvimento, ganhou força, no âmbito da CEPAL, a teoria da dependência. Pode ser dividida em três fases: (i) a “velha dependência”, pela metade dos anos cinquenta, tendo em Raul Prebisch (economista argentino) e Celso Furtado (economista brasileiro) seus expoentes; (ii) a “nova dependência”, pelos anos sessenta; (iii) e a chamada “etapa do consumo”, designação atribuída a Fernando Henrique Cardoso, no início dos anos setenta. As duas últimas fases abrangem uma leitura crítica e marxista não dogmática dos processos de reprodução do subdesenvolvimento na periferia do capitalismo mundial, em contraponto às posições da CEPAL. Cf. CARDOSO, F. H. e FALLETTO, E. Repensando Dependência e Desenvolvimento na América Latina. In: SORJ, B.; CARDOSO, F. H.; FONT, M. (Eds.) *Economia e Movimentos Sociais na América Latina*. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 13-30.

⁶ Algumas contribuições tentam manter a coerência com o substancial dessa teoria. Podem ser citados: Samir Amim, Walter Rodney e Keith Griffin.

⁷ Nesse contexto, o binômio desenvolvimento/subdesenvolvimento faz parte do mesmo processo de expansão internacional do capital. Cf. FURTADO, C. *Subdesarrollo y Estancamiento en América Latina*, Buenos Aires: EUDEBA, 1966, p. 11-12.

A teoria da modernização, de cunho mais funcionalista e sociológico, procurou distinguir as sociedades tradicionais das sociedades modernas através de enfoques alternativos que levaram à constatação da existência de um Terceiro Mundo. Além do Primeiro Mundo, formado pelos países de economias industrializadas e mercados dinâmicos, haveria o Segundo Mundo, no âmbito dos países do socialismo real, de economias planejadas, e um Terceiro Mundo, composto por países economicamente subdesenvolvidos e dependentes, situados nas possessões colonizadas dos territórios latinoamericano, africano e asiático.

A terceira teoria, a do sistema-mundo, escola fundada por Immanuel Wallerstein⁸, surgiu nas interfaces da conjuntura político-econômica internacional com as relações internacionais e a geoeconomia, tomando como base as vinculações entre o capitalismo e os sistemas sociais. Sob o argumento de que a economia capitalista, originada no sistema do Estado europeu do século XVI, havia transcendido o mundo, os defensores desta corrente destacaram que a unidade de análise não poderia ser apenas o Estado-nação ou a sociedade nacional, mas também o sistema-mundo, considerado em seu conjunto, que evolui em razão de fatores econômicos. Significa que, entre o centro e a periferia, existiria uma semiperiferia, articulada (e manipulada) hegemonicamente pelas economias centrais.

Essa teoria ganhou significativa expansão no decurso da crise que se abateu sobre a dimensão welfarista dos Estados nacionais, entre os anos setenta e oitenta do século passado. Intelectuais ligados às teorias da dependência e da modernização migraram para a teoria do sistema-mundo⁹, instados pelas limitações que as abordagens teóricas originais apresentavam diante da crise de “desenvolvimentismo” dos países latino-americanos e das transformações que afetaram o capitalismo, com o advento dos processos de globalização. Somente nos últimos anos, já no século XXI, a partir da crise que afetou o capitalismo financeiro das economias centrais, é que se tornou possível pretender revisitar essa teoria, confrontando-a com os novos fatos.

Aspectos da teoria do sistema-mundo: Wallerstein e Arrighi

Immanuel Wallerstein atribuiu as diferenças de poder entre as diversas economias à própria natureza do sistema mundial, dividido em *centro*, *periferia* e *semiperiferia*, em função da divisão social do trabalho entre as regiões¹⁰. Para ele, não existia

⁸ Seus principais nomes são, entre outros, André Gunder Frank, Samir Amin, Giovanni Arrighi e Theotonio dos Santos.

⁹ Theotonio dos Santos e André Gunder Frank, por exemplo, transitaram, sem rupturas, para a Teoria do Sistema-mundo. Gunder Frank, em *Reflections on the World Economic Crisis* (1981), explicou que, embora a teoria da dependência estivesse morta, na realidade não havia como negar a dependência. Importava, para ele, “substituí-la por uma teoria que fosse além dos limites da teoria da dependência, incorporando esta, juntamente com a dependência em si, numa análise global da acumulação”. A partir das bases estabelecidas pela Teoria da Dependência, estes autores se dedicaram à elaboração da teoria dos ciclos sistêmicos de acumulação, como fase superior da teoria da dependência, aproximando-se da teoria do sistema mundial, trabalhada pioneiramente por Giovanni Arrighi, Samir Amin e Immanuel Wallerstein.

¹⁰ Cf. WALLERSTEIN, I. *The modern world system*. Em 3 volumes: 1974, 1980 e 1989.

o chamado Terceiro Mundo, mas um único mundo, articulado por um complexo sistema de trocas econômicas, caracterizado pela dicotomia entre capital e trabalho e pela acumulação de capital entre agentes em concorrência (os Estados nacionais), em delicado equilíbrio, ameaçado por fricções internas.

Wallerstein trabalhou as proposições de núcleo orgânico (ou centro), periferia e semiperiferia, na perspectiva do capitalismo histórico, definido como sistema econômico mundial administrado por uma estrutura jurídico-política interestatal e hierarquizada. Para evitar a generalização, resultado comum às teorias da dependência, Wallerstein vinculou os conceitos indicados não a referências territoriais ou geográficas, mas à ideia de cadeias de mercadorias. Nesse *iter*, supôs a economia mundial baseada nas relações entre o “núcleo orgânico” e a “periferia”, relações que se estabeleciam em virtude do fluxo de produtos. Para ele, todos os países incluem em suas fronteiras, ao mesmo tempo, atividades de núcleo orgânico e de periferia, com a diferença de que as ações nucleares são predominantes nos países centrais, ocorrendo o inverso nos países periféricos. Desse modo, enquanto alguns representam os centros de acumulação do poder mundial, porque controlam o excedente produzido em cada rede, os outros suportam a exploração e a impotência. Entre os dois extremos, Wallerstein identificou a *semiperiferia*, composta por Estados que combinam atividades de núcleo e de periferia em proporções mais aproximadas, resistindo, enquanto grupo, à periferização, sem todavia conseguir superá-la. Este seria o principal dilema da semiperiferia.

As categorias de Wallerstein foram revisadas por Arrighi, em abordagem que também adota como ponto de partida o fluxo de mercadorias no mundo, com a advertência de que a concorrência interempresarial não acontece no vazio político, dependendo, em grande parte, da cooperação dos Estados nacionais para compor uma *network* mundial de produtos. De início, Arrighi critica a incapacidade dos autores e das escolas anteriores em lidar com o fenômeno das semiperiferias, reconhecendo as dificuldades da própria teoria dos sistemas mundiais em enfrentar o assunto. Em seguida, atesta o surgimento de outras teorias que lidam com o fenômeno das posições intermediárias, questionando, porém, a sua excessiva vinculação ao estudo dos países latino-americanos, paradigma da teoria da dependência. Para Arrighi, esses arquétipos, além de não conseguirem abranger a contento outros países de renda intermediária, deixavam algumas situações em aberto – caso do Canadá, por exemplo. O autor também reagiu contra a ênfase dada aos países, e não à situação intermediária em si, uma vez que, para ele, a alternância dos Estados na zona intermédia não é relevante, visto não ser capaz de alterar o sistema.

No conjunto, Arrighi avalia criticamente a visão de semiperiferia da própria teoria dos sistemas mundiais tratada por Wallerstein, alertando que esta remete para duas conceituações diferentes, de natureza econômica e política, sem conseguir concatená-las. Para ele, o conceito demanda maior especificação teórica e melhor operacionalização. Propõe-se, em suas pesquisas, a superar essa dificuldade. Repaginando Wallerstein, Arrighi, embora reconhecendo a fragilidade e a ambiguidade (econômica e política) do conceito de semiperiferia, passou a adotá-lo. Destaca que serve para evidenciar a existência de uma categoria de países que não podem ser simplesmente chamados de periféricos, mas que, por outro lado, não são estruturalmente centrais.

Para Arrighi, podem ser classificados como periféricos, *grosso modo*, os Estados que: (i) exportam grande diversidade de produtos; (ii) revelam grande disparidade de salários e de margens de lucro; (iii) buscam atingir grande variedade de políticas para o mercado interno e internacional. Por outro lado, o essencial para que um Estado possa ser considerado semiperiférico é possuir combinação de atividades “tipicamente periféricas” e “tipicamente centrais”, de modo a oferecer resistências à periferização, sem conseguir transpô-la.

Semiperiferia indicaria, pois, uma posição relativa à divisão mundial do trabalho, e não exatamente ao sistema interestatal¹¹, resultando em atividades que não seriam consideradas típicas do núcleo orgânico, tampouco da periferia. Porém, nessa mesma conjuntura, conglomerados capitalistas (de natureza múltipla) combinam atividades de núcleo orgânico e de periferia, sendo que as atividades nucleares se revelam dominantes nas empresas competitivamente mais agressivas, resultando na sua capacidade de atuar em termos de inovação e de renovação (teorias de Schumpeter), cabendo-lhes a superação momentânea do “equilíbrio de forças” no mercado, na tentativa de ultrapassá-lo.

Arrighi pondera que apenas a ação estatal seria capaz de estabilizar esses movimentos. Cada Estado, com jurisdição formal sobre a circulação de mercadorias, bens, força de trabalho e energias empresariais que ocorrem no seu território, teria autonomia para interferir nos processos econômicos. No entanto, por não atuar sozinho no plano internacional, o poder de cada Estado é confrontado pelo poder dos demais e de outras organizações internacionais, incluídas as grandes corporações multinacionais, resultando em um ambiente no qual os Estados do núcleo orgânico, com maior poder (capacidade de dominação) e em menor quantidade, conseguem facilmente algumas vitórias, tais como: (i) monitorar o acesso de suas mercadorias para os melhores escoadouros; e (ii) qualificar os serviços de infraestrutura política e jurídica; (iii) enfim, criar clima propício à capacidade empresarial capitalista. Nas mesmas circunstâncias, os Estados da periferia enfrentam sua própria incapacidade endêmica em suportar os custos das transações (teoria das escolhas racionais), significando que, para estes, o círculo acaba não sendo rompido. Nunca.

O ambiente da América Latina e o renovado papel político-jurídico dos Estados

De antemão, assiste razão a Arrighi quando constata a existência estabilizada de um grupo de Estados e de mercados, localizados no Ocidente-Norte, que estiveram, ao longo dos anos, no topo da hierarquia global das riquezas, concentrando, por meios imperiais, grande poder econômico e político, no sentido da instrumentalização das riquezas do mundo em seu benefício. Não há dúvidas de que esses países ditaram aos outros as regras do desenvolvimento, com base nas suas políticas de crescimento, industrialização e modernização, forjando uma realidade dual e exclusiva

¹¹ Cf. ARRIGHI, G., 1998, cit., p. 144.

nas relações entre o centro e a periferia do poder. Concorde-se, igualmente, que é possível detectar, entre um extremo e outro, a existência de uma faixa intermediária de países permanentemente estacionados nessa posição, qual seja, entre a *modernidade e o atraso* (como querem os teóricos da modernização) ou entre o *centro e a periferia* (como apregoam os teóricos da dependência e do sistema-mundo).

É fato que a permanência na transitoriedade, por paradoxal que seja, resulta em situação estranha, que contraria tanto a teoria da modernização como a da dependência. No primeiro caso, porque as posições intermediárias são tidas como *transicionais* e, portanto, provisórias; no segundo caso porque são consideradas *residuais* e, por isso mesmo, igualmente transitórias. Foi para explicar a transitoriedade que surgiram expressões contraditórias como “semiperiferia”, “países em desenvolvimento”, “crescimento econômico estagnado” (sic), “processos de semi-industrialização”, “desenvolvimento na dependência”, “países subimperiais” etc.

No entanto, para Arrighi, todas as tentativas da semiperiferia de capturar as atividades do núcleo orgânico acabam por estimular a competição, voltando a tornar a atividade posteriormente periférica, e impedindo o rompimento do circuito vicioso. Neste ponto, é preciso superar Arrighi, sem pretender romper o impasse de seu exercício teórico-empírico, mas avançando para uma compreensão das relações intersistêmicas que, adiantando-se no tempo, seja capaz de considerar as crises que atingiram as economias centrais desde o início do século XXI. No conjunto (e na época em que questionou Wallerstein), Arrighi não conseguiu vencer as fragilidades teóricas herdadas do pensamento de Wallerstein, gerando, por sua vez, novas indefinições.

Para impugnar Arrighi, é preciso antes romper com a proposta de separação entre comandos políticos e econômicos, importante em suas formulações. A análise levada a efeito neste artigo toma como pano de fundo e ponto de partida os autores indicados (Wallerstein e Arrighi), aproveitando os seus estudos, mas sem pretender enveredar pelos detalhes econômicos de suas construções teóricas, tampouco testar a sua validade prática. Intenta somente, e de modo apenas empíricamente verificável, promover uma ampliação das considerações teóricas em redor da realidade de semiperiferia que atinge, em geral, alguns países da América Latina, entre eles o Brasil, voltando-se para as relações entre políticas públicas e direitos humanos.

A ideia de semiperiferia vai se revelar útil para a compreensão da América Latina como uma área de fronteira, transformada em zona de turbulência política (SANTOS, 1993), absorva em crises econômicas. O fenômeno do terceiromundismo (remissão involuntária à teoria da modernização) se abateu sobre os países da América Latina de maneira generalizada, considerando-se a história de sua industrialização e o seu desenvolvimento tardio. Aqueles que, de algum modo, conseguiram se enquadrar na condição de semiperiferia, como é o caso de Brasil, Chile, México e Argentina (antes de padecer os efeitos nocivos do receituário do Consenso de Washington), não eram suficientes para alterar a condição de subdesenvolvimento do bloco. O fato é que o conceito de semiperiferia, embora sem alterar a estrutura bipolar da economia mundial, serviu para mudar as condições de acumulação da riqueza, provocando o aumento da proletarianização em muitas regiões, entre estas a América Latina, gerando graves

tensões sociopolíticas. Para Arrighi, o Ocidente/Norte seria impermeável a qualquer tentativa de democratização generalizada da riqueza, posto que o seu processo econômico de acumulação se baseia historicamente em relações de exploração e de exclusão que pressupõem a reprodução contínua da privação relativa da maior parte da população mundial. Esse fator contribuiria para estabilizar e manter uma zona intermédia.

Na América Latina, as tensões socioeconômicas demandaram, historicamente, a configuração de regimes políticos autoritários – fato que também ocorreu na semiperiferia sul-europeia. Sem minar as bases da desigualdade, ao contrário, esses regimes possibilitaram o recrutamento de mão de obra e estimularam o endividamento externo. É possível concordar com Wallerstein quando destaca que a semiperiferia confere estabilidade à economia capitalista mundial, a partir do instante em que cumpre a sua função própria no sistema, qual seja, a de aliviar as tensões extremas – por um lado, servindo de modelo para o polo inferior (a periferia), mas conformando-se, por outro lado, em não alcançar, na condição de grupo, os níveis superiores.

Essa situação pode gerar, em contrapartida, importantes efeitos colaterais. Em primeiro lugar, porque a semiperiferização pode apresentar gradações internas, assim, os Estados semiperiféricos de sucesso relativo podem vir a explorar os Estados periféricos vizinhos, reproduzindo a cadeia de opressão. Em tese, poderia ser este o caso do Brasil na sua relação com países latinoamericanos ou de outras regiões. Depois, é importante recordar que, embora se conformassem com a sua posição estrutural sistêmica mediana, como classe, o fato é que as elites governantes latinoamericanas sempre fizeram de tudo para se promover, como indivíduos. Esse trato egoísta da questão levou, ao longo do tempo, à formação e manutenção de esquemas de corrupção, clientelismos e privilégios, não sendo exagerado supor que a semiperiferia foi propícia a tais distorções. Esta é, em suma, a visão hegemônica dos fatos.

No entanto, a semiperiferia, se trabalhada em razão de suas deficiências, pode ser transformada em terreno fértil para uma ação anti-hegemônica ou antissistêmica. Na verdade, a soberania dos países do terceiro mundo sempre constituiu perigo crescente ao poderio mundial estadunidense, ameaça “potencialmente muito mais séria do que o poder soviético”, da época da guerra fria¹². O próprio Arrighi reconhece isso. Ao longo do século XXI, a realidade mundial tem passado por graves crises econômicas, radicadas com bastante vigor no centro financeiro do poder mundial, abalando sobremaneira EUA e Europa. As sucessivas convulsões do capitalismo financeiro parecem ter colocado em xeque o poder autodisciplinador das corporações multinacionais, dos bancos e de outras instituições do mercado global, abalando importantes crenças liberais. No universo da economia financeira, o colapso atual aponta para a inadequação da anomia regulatória e do controle de mercado por seus próprios personagens, demandando a necessidade de disciplinamento externo. Diante da crise global que impactou fortemente os países centrais, pode restar à semiperiferia do mundo a opção por novos modelos, que não apenas aqueles de reprodução da cadeia de exploração e de exaurimento do potencial humano, social e ambiental do planeta.

¹² Cf. ARRIGHI, G. *O Longo Século XX*. São Paulo: UNESP, 1996, p. 332.

É o caso do fortalecimento do chamado BRIC (grupo composto por Brasil, Rússia, Índia e China), no âmbito das instâncias mundiais de comércio, pela alteração de suas estruturas de crescimento, antes baseadas na exportação para os países centrais e agora voltadas para as demandas internas.

Importa, igualmente, referir eventos como a Cimeira do G20 de Pittsburgh, ocorrida em setembro de 2009, sobre a reforma do sistema financeiro mundial. No novo contexto, o G-20 passa a ocupar a dianteira da cena econômica internacional, competindo com (e podendo vir a substituir) o G7. Significa que estão surgindo instituições alargadas, semicosmopolitas, compostas por países do núcleo orgânico e da semiperiféria, como é o caso das principais economias emergentes. A tendência parece ser a instituição de um sistema de regulação e supervisão financeira, de âmbito supranacional e global, para evitar, principalmente, a ocorrência do chamado “risco sistêmico”, com medidas de controle das operações transfronteiriças e de combate aos paraísos fiscais, entre outras, em processo que vem sendo denominado de “regulação prudencial”. No entanto, cabe alertar que a nova correlação de forças da economia mundial não parece se organizar para dar resposta definitiva aos gravíssimos problemas que radicam no plano social, como o desemprego e a falta de segurança alimentar que atingem pesadamente os países da África, de parte da América Latina e da Ásia. Mesmo no plano do apoio ao desenvolvimento, as conclusões tornadas públicas apontam para as conhecidas promessas de ajuda assistencialista, que acabam gerando novas formas de dominação e exploração. É preciso cuidar para que essa inclusão da semiperiféria, no curso da flagrante tentativa de imposição da liberalização do comércio mundial, não se dê unicamente no interesse das potências centrais. Os atores semiperiféricos precisam jogar no sentido de alterar o tabuleiro do poder mundial, com compromissos que se distingam dos *players* anteriores, ou seja, alargando direitos e consciência ética e ambiental, ao romper as amarras entre crescimento e desenvolvimento, entre estagnação e sustentabilidade, egoísmo empresarial e responsabilidade social. Do contrário, apenas reforçariam a tese dos autores trabalhados. No novo processo, o Estado e a sociedade civil precisam estar atentos para desempenhar papéis essenciais e interligados.

Assim, o Estado pode e deve agir nas modalidades pelas quais se opera a divisão social do trabalho, debruçando-se sobre: (i) a livre iniciativa econômica, à medida que seleciona algumas atividades com o *status* de núcleo orgânico (ou o contrário); (ii) a livre competição ou concorrência; (iii) a liberdade de contratar; (iv) o disciplinamento das atividades das empresas e do comércio exterior; (v) a redução das desigualdades sociais e regionais; (vi) o respeito ao meio ambiente e ao desenvolvimento como direitos humanos dos povos; e (vii) a adoção de políticas de equiparação e de resgate de direitos fundamentais historicamente sabotados e negados à maioria da população. Na busca por combinações particularmente inovadoras, criando ou recriando soluções de políticas econômicas e sociais, os Estados podem melhorar a sua equação nas atividades de núcleo orgânico e periferia, processo necessariamente amparado em procedimentos democráticos, concretos e contínuos, mais para a participação popular do que para a representação. O fato é que o mundo atual não comporta mais o mes-

mo modo de gestão das estruturas políticas e econômicas adotadas pela velha guarda do capitalismo. Como alerta Arrighi, em escritos mais recentes, o capitalismo do antimercado estaria fadado a perecer junto com o poder estatal que fez a sua fortuna, correndo o risco de engendrar um tipo de ordem anárquica.¹³

Nesse contexto, a sociedade civil pode, por sua vez, validar e concretizar algumas políticas relevantes, como por exemplo (i) trazer permanentemente à tona o discurso da pluralidade de perspectivas e do diálogo; (ii) dar voz às injustiças; (iii) proteger o espaço privado da ação não legítima (seja do mercado, seja do Estado); e (iv) conduzir processos de inovação social. No entanto, nunca estará definitivamente blindada contra o Estado, tampouco contra o mercado, porque precisa interagir com ambos, carecendo de legitimação pelo Estado (como autorização para funcionar, cumprir as normas etc.) e de financiamento pelo mercado. Naturalmente, o protagonismo internacional dos cidadãos, agindo de modo mais (ou menos) coordenado (sociedade civil organizada), na conjuntura atual, abrange a interação de novas forças, amadurecendo e pacificando um terreno que já experimentou grande conflituosidade, e isso ocorre principalmente pelo reconhecimento de que a maioria dos problemas que afetam a humanidade extrapolam as barreiras e competências dos Estados, não podendo ser resolvidos somente por ações de governo ou por mecanismos de mercado.

No caso da América Latina, a situação de pobreza foi mantida, sobretudo, em razão das desigualdades históricas, dos processos de corrupção e das políticas sociais ineficientes. A nova correlação de forças demanda a implementação de processos reais de integração, tema que há muito tempo, desde Bolívar, se encontra na pauta de governos e povos, como caminho para a superação dos dramáticos problemas, no propósito de estimular o desenvolvimento econômico e social da região, pela formação de vínculos de solidariedade e de cooperação. Os principais obstáculos podem ser encontrados em fatores como: (i) as condições gerais de dependência, que afetaram a capacidade de decisões soberanas dos países, tornando difícil a coordenação de esforços para a integração política da América Latina; (ii) os modelos de desenvolvimento econômico adotados, com a esquematização de planos (mesmo no âmbito da Cepal) que não levaram em conta as particularidades históricas e as diferenças de culturas dos distintos grupos sociais da região; e (iii) as barreiras econômicas e sociais ligadas à questão étnica e às novas formas de subcultura da pobreza, marcadas pela discriminação no mercado de trabalho que dificultou a inclusão de certos grupos étnico-culturais, entre outros.

A permeabilização das fronteiras, em variadas dimensões, pode colaborar no sentido de reduzir as diferenças entre periferia e semiperiferia, evitando o risco de gerar zonas de atrito entre os países, que comprometeriam os esforços de consolidação democrática para a região. Uma fonte de segurança dos Estados latinoamericanos tem sido a relativa estabilidade das identidades nacionais e a ausência de conflitos religiosos e de separatismos étnicos¹⁴.

¹³ ARRIGHI, 1996, cit., p. 371.

¹⁴ Nos países andinos, este último fator pode sofrer alterações, levando a possibilidades de grave fragmentação nacional.

Conclusão

O conceito de semiperiferia, conforme encarado pelos autores indicados, não é suficiente para abranger as particularidades econômicas, políticas e sociais da América Latina. As categorias escolhidas por Wallerstein e Arrighi para definir as posições hierárquicas dos países no chamado sistema-mundo, por seus indicadores técnicos (medidas de fluxo, dados *per capita*, taxas de câmbio de mercado etc.), não foram capazes de construir respostas estabilizadas e ainda correram o risco de gerar novas e indesejáveis polarizações, ante a reduzida mobilidade intergrupos. No entanto, pelo que se extrai deste artigo, a falha mais grave parece ser a que separa os comandos econômico e político, transformando o Estado em mero formalismo, ao tempo em que, mesmo assim, operava como definidor do conceito de semiperiferia. Esta é uma visão contraditória que não consegue, na atualidade, dar conta da amplitude da questão.

Diante das contradições, a doutrina se divide em interpretações mais ampliadas ou mais restritivas acerca do conceito. Posições abrangentes mantêm a categoria, sustentando certa inadaptação do modelo em razão da complexidade e da heterogeneidade do objeto de estudo; enfoques mais restritos defendem o retorno à ideia dual cepalina, de centro e periferia, vistos como tipos extremos.

Na verdade, o esforço de análise do funcionamento hierarquizado da economia mundial não está, nestas páginas, de todo descartado. A ideia de semiperiferia, como um bloco situado, de maneira duradoura, entre os países centrais e a periferia do poder econômico e político mundial, é certamente sedutora e dotada de potencial de convencimento. No entanto, além do problema apontado na escolha dos indicadores técnicos que servem de reforço para a teoria, existem (pelo menos) mais dois equívocos que têm a ver com o aspecto dicotômico da análise e que ratificam o parecer de desgaste: (i) a fragmentação entre os comandos político e econômico (já mencionada); e (ii) a visão centrípeta da sociedade mundial, hoje superada pelos fatos. Não é demais reiterar que os processos sociais da atualidade, institucionais ou não institucionais, perdem em força dual e se dispersam em projeções centrífugas, como é típico das configurações em rede, marcadas pelo novo paradigma tecnológico mundial. Nesse contexto, a proposta de centro e periferia resta atingida.

Por outro lado, as considerações sobre o papel do Estado no sistema internacional ou em âmbito mundial não devem ser descartadas, tampouco avaliadas em separado. A aceitação das hierarquias econômicas não poderia ser encarada pelo viés da neutralização do papel indutor dos Estados, especialmente quando se confronta a situação atual de crise, potencializada pela ausência de regulação pública, resultante do processo de desmonte do Estado, agudizado pela onda neoliberal de privatizações dos anos oitenta e noventa do século XX, e que confluuiu para a desestabilização das economias dos países ricos no primeiro decênio do século XXI.

No caso específico da América Latina, o enfrentamento das graves questões econômicas e sociais demanda a adoção de enfoques multidimensionais, em termos de posição estatal e de políticas públicas, que passam por¹⁵: (i) medidas de compatibili-

¹⁵ SORJ, B. Segurança, segurança humana e América Latina. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 3, ano 2, 2001, p. 41-59.

zação da soberania nacional com a adoção de estratégias de segurança coletiva e mecanismos multilaterais de atuação; (ii) estratégias de fortalecimento das instituições democráticas e dos processos de integração regional; (iii) redefinição do papel das forças armadas e da polícia; e (iv) novos modos de tratar a violência, consideradas as suas fontes etc. Estas e outras medidas podem concorrer para o reforço de políticas estatais e governamentais capazes de engendrar, no seu conjunto, o reverso da medalha.

Para isso, os países da América Latina precisam se enxergar como bloco e como possibilidades, ante a certeza de que a economia dos países centrais não era inabalável como se supunha. Para além da objeção a teorias que levantam comparações entre países com base em indicadores grosseiros, como o rendimento *per capita*, cabe destacar que corre nas veias abertas da América Latina o sustento do futuro, em termos de potencial climático, recursos hídricos, bens agrícolas, energias renováveis e segurança alimentar. Não é preciso muita astúcia para perceber que estes enfoques não são exatamente periféricos (ou mesmo semiperiféricos). Daqui por diante, a centralidade desses argumentos na correlação de forças mundial vai depender da lógica legitimadora dos países (e do bloco¹⁶) na construção de uma agenda política ampla, dotada de materialidade própria e identidade espacial, produzindo o realinhamento do mapa de alianças e rivalidades entre os Estados da região, em processo de territorialização da resistência aos modelos, antes exclusivos, da economia mundial. A América Latina que aspira à centralidade luta para consolidar um *contraespaço*, diverso das representações dominantes no sistema-mundo¹⁷, na tentativa de desconstruí-las, por meio da exposição de sua artificialidade e inadequação.

REFERÊNCIAS

- ARRIGHI, G. *O Longo Século XX*. São Paulo: UNESP, 1996.
- _____. *A ilusão do desenvolvimento*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.
- BRAUDEL, F. *A dinâmica do capitalismo*. Lisboa: Teorema, 1985.
- CAIRO, Heriberto. La definición de mesoamérica. In: _____ PRECIADO, Jaime; ROCHA, Alberto (Ed.) *La construcción de una región. México y la geopolítica del Plan Puebla Panamá, UCM/Catarata*. Madrid: UCM, 2007.

¹⁶ Entre as alianças mais recentes, merece destaque a UNASUL, criada em 2004, na III Cúpula Sul-Americana. Concentra-se na coordenação política e diplomática da região, pela convergência das agendas do Mercosul, da CAN e o Chile, propondo a integração física, energética e de comunicações na América do Sul. No eixo econômico-financeiro, mencione-se a criação do Banco do Sul, em finais de 2007, orientado para fornecer apoio à criação de infraestrutura e apoio empresarial público e privado na região; no plano estratégico-militar, cabe referir a iniciativa para a criação do Conselho Sul-Americano de Defesa, liderado pelo Brasil. A projeção geopolítica da UNASUL é multidimensional, ao abranger as perspectivas econômica, comercial, financeira, política, militar e social, e sul-latino-americanista, ao considerar o Cone Sul como um espaço que comporta a autonomia política e econômica da América Latina. Na nova instituição, o papel do Brasil, como *semiperiferia com aspirações de potência global*, tem sido decisivo. O ex-presidente Lula é um entusiasta da ideia e está criando o Instituto Lula, que deve arrecadar recursos junto a organismos internacionais, como o Banco Mundial e outros, para financiar ações na África e na América Latina. A ideia é fomentar o desenvolvimento de países pobres em setores básicos, como transporte e energia.

¹⁷ CAIRO, Heriberto. La definición de mesoamérica. In: PRECIADO, Jaime; ROCHA, Alberto (Ed.) *La construcción de una región. México y la geopolítica del Plan Puebla Panamá, UCM/Catarata*. Madrid: UCM, 2007.

CARDOSO, Fernando Henrique e FALETTTO, Enzo. *Dependência e desenvolvimento na América Latina: ensaio de interpretação sociológica*. 3ed., Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

_____. Repensando Dependência e Desenvolvimento na América Latina. In: SORJ, Bernardo; CARDOSO, F. H.; FONT, M. (eds.). *Economia e Movimentos Sociais na América Latina*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

FRANK, Andre Gunder. *Reflections on the World Economic Crisis*. New York: Monthly Review, 1981.

FURTADO, Celso. *Subdesarrollo y Estancamiento en America Latina*. Buenos Aires: EUDEBA, 1966.

LIPIETZ, Alain. *O capital e seu espaço*. São Paulo: Nobel, 1988.

LOURENÇO, André Luís Cabral de. Semiperiferia: uma hipótese em discussão. *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 14, n. 1 (24), 186 p. 177-186, jan./jun. 2005.

MENEGHEL, Stela M. *et alli*. ATOS DE PESQUISA EM EDUCAÇÃO – PPGE/ME FURB. v. 2, nº 3, p. 444-460, set./dez. 2007.

OLIVEIRA, Miguel Darci de; *Cidadania e Globalização: a política externa brasileira e as ONGs*. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

PRECIADO, Jaime. América Latina no sistema-mundo: questionamentos e alianças centro-periferia. *Cad. CRH*, vol.21, n.53, Salvador, May/Aug. 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Portugal: um retrato singular*. Porto: Afrontamento, 1993.

SORJ, B. Segurança, segurança humana e América Latina. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 3, ano 2, 2001.

TAYLOR, Peter; FLINT Colin. *Geografia política. Economía-mundo, Estado-nación y localidad*. Madrid: Trama Editorial, 2002.

WALLERSTEIN, I. *The modern world system*. New York: Harcourt, Brace, 1974.

_____. A reestruturação capitalista e o sistema-mundo. In: GENTILI, Pablo (org.). *Globalização excludente: desigualdade, exclusão e democracia na ordem mundial*. Petrópolis: Vozes, 2001.

LA DEUDA EXTERNA COMO VIOLATORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS – UNA VISIÓN Y PROPUESTAS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Miguel Ángel Espeche Gil¹

En primer lugar quiero agradecer a la Universidad Federal de Paraíba la gran distinción que me hace de permitirme hacer uso de la palabra para clausurar este seminario sobre Derechos Humanos que se acaba de celebrar. Este honor me fue comunicado, en su momento, por el Profesor Fredys Sorto, mi distinguido colega en el Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional.

Pienso que esta distinción se debe a que desde hace más de 25 años vengo batallando en pro de la utilización de armas jurídicas en el tratamiento y solución del grave problema de la deuda externa de los países en desarrollo. También debe haber incidido para ello mi reconocido amor por el Brasil, país en el que nacieron dos de mis hijos, el mayor de mis nietos y al que debo en gran medida mi formación jurídica gracias a eminentes profesores de la Pontificia Universidad Católica de Rio de Janeiro.

Creo que los resultados de este simposio son un nuevo y valioso aporte a los estudios que buscan fortalecer y ampliar los argumentos que se necesitan para defender la causa de los países injustamente sojuzgados por el sistema de dominación de la deuda externa.

Desdichadamente la barrera de silencio mediático levantada en torno de los orígenes ilícitos del endeudamiento y de los medios que da el Derecho y que no se usan, para librarnos de su carga injusta, ha servido para que la población permanezca en la ignorancia.

Cabe reseñar este capítulo trágico de la historia contemporánea de nuestros países, que perdura y empeora precisamente por su desconocimiento, no solo por parte del grueso de nuestra población, sino también de vastos sectores ilustrados. Procuraremos explicar este proceso remontándonos a los años setenta.

Recordemos que el precio del petróleo (a valores constantes) se había mantenido estable desde que empezó a utilizarse como combustible. El precio del barril oscilaba entre ochenta centavos y un dólar. Los países árabes productores de petróleo, después de la Guerra de Yom Kippur, dejaron de vender ese combustible a los Estados Unidos, aliado de Israel. Ante esa enorme demanda insatisfecha, la OPEC (organización de productores petroleros) decidió aumentar el precio.

A partir de entonces y en poco tiempo, el precio del barril subió de un dólar a quince causando lo que se denominó la crisis del petróleo, que golpeó a los países in-

¹ Diplomático de carrera. Tres doctorados en Derecho y Doctor en Relaciones Internacionales y Diplomacia. Profesor de Derecho Internacional y de Teoría y Práctica Diplomática. Titular de la Cátedra Libre de Deuda Externa de la UBA. Ex Miembro del Comité Jurídico Interamericano

dustriales acostumbrados durante décadas a pagar un precio insignificante por el que era y sigue siendo el combustible que mueve al mundo.

Esto repercutió especialmente sobre nosotros, los latinoamericanos, ya que al disminuir la demanda global de materias primas nuestras balanzas de pago se vieron afectadas lo que nos hizo presa fácil de la tentación del endeudamiento.

A pesar de que exportaban menos cantidad de crudo, los productores del medio Oriente, a causa del gran aumento de precio, ganaron una enorme suma de dinero: los petrodólares. Entonces, en vez de emplearla en beneficio de sus poblaciones los depositaron en la banca internacional.

Dicha Banca, para pagar los intereses sobre esos cuantiosos depósitos, en los años 70 del siglo pasado inició una eficaz campaña de incitación al endeudamiento, consiguiendo que endeudarse se “pusiera de moda”. Delegaciones recorrían el mundo en desarrollo ofreciendo su mercadería: los petrodólares. La tentación era grande para gobiernos y empresas porque el precio del dinero era sumamente bajo debido al exceso de oferta. La tasa de interés era casi nula en el mercado financiero. Así fue como nosotros, los latinoamericanos, tomamos en préstamo una suma aproximada de 300.000 millones de dólares, sí, 300.000 más seis ceros, distribuidos en miles y miles de contratos de préstamo firmados por gobiernos, empresas públicas y privadas y particulares.

Se hizo fácil creer que la panacea para el desarrollo era tomar deuda. Tengamos presente que la tasa de interés era insignificante y que el precio del dinero no superaba el 6% histórico, siendo inimaginables tasas superiores a esa cifra.

Esta política de inducción al endeudamiento tuvo algunas críticas, inclusive en el primer mundo. Tal vez la de mayor importancia fue la formulada por Robert Mc Namara, ex Secretario de Defensa del Presidente Kennedy y ex Presidente del Banco Mundial. Con lucidez premonitoria expresó que no era conveniente prestar dinero a países en desarrollo sin que los créditos estuviesen atados a algún programa concreto para educación, salud u obras públicas que contribuyera al progreso de esos países. Los acontecimientos que siguieron le dieron la razón.

A comienzos de 1980 se produjo un hecho, del que entonces no se advirtió su trascendencia: la Reserva Federal de los Estados Unidos, el banco central de ese país, decidió aumentar la tasa de interés bancaria aduciendo el “recalentamiento” de la economía norteamericana.

En menos de un año, la tasa de interés creció de ser casi negativa hasta alcanzar un tope de 23%. Este aumento descomunal fue aplicado por la banca internacional, inexorablemente y por sorpresa, a aquellos miles de contratos de préstamo celebrados en nuestros países durante la década anterior y que no tenían nada que ver con el “recalentamiento” de la economía de los EEUU.

Cualquiera sea el criterio que se utilice para calificar la naturaleza jurídica de esos aumentos de la tasa de interés que la banca aplicó abusivamente a todos los contratos de crédito, su mera descripción, la de pasar de un máximo histórico de 6% a un 23% anual, constituye un nítido caso de usura de una dimensión inédita en la historia.

Las consecuencias nocivas de este aumento no tardaron en hacerse notar. Los países no conseguían pagar los intereses y necesitaban nuevos reciclajes de deuda con

lo que, cuanto más pagaban, más debían. El entonces presidente de Francia, François Mitterrand, llegó a afirmar que el desafío más urgente grande que enfrentaba la humanidad era la deuda externa.

Un episodio trágico fue el anuncio de la incidencia tremenda de la deuda externa sobre los DDHH. Se lo denominó el “caracazo”, la insurrección popular en Venezuela a resultas de los durísimos ajustes que impuso el gobierno para poder seguir pagando la deuda. La represión de esas protestas produjo decenas de muertos. La Corte de Derechos Humanos de San José se pronunció asociando la deuda externa con esas violaciones de Derechos Humanos. Esos ajustes fueron el prolegómeno de tantos otros en muchos países, con lo que el luctuoso manto de las consecuencias de la deuda externa se extendió por todas partes.

Si alguna duda quedara acerca del carácter usurario del alza de las tasas bastaría con tener en cuenta que el monto aproximado de la deuda latinoamericana de la década de los 70 era de unos 300.000 “milhoes de dólares” y que nosotros, los pueblos latinoamericanos, a causa del aumento unilateral e ilimitado de la tasa de interés que nos impuso la banca, entre 1980 y 1989, habíamos pagado, por concepto de intereses y servicios de la deuda 750.000 “milhoes de dólares”, más del doble de la deuda original. Esto significa que los prestamistas se fueron apoderando abusivamente del patrimonio de los países deudores empobreciéndolos cada vez más.

Y lo peor estaba por venir. En ese momento, en 1989, después de haber pagado más de dos veces el monto de los créditos originales, la deuda había crecido otros 700.000 M.D., por los intereses impagos adosados por anatocismo.

Era evidente que se había montado así un sistema perverso de expoliación perpetua de América Latina, ya que cuanto más se pagaba más se debía.

Ese gran patriota brasileño, político ejemplar y estadista probó que fue André Franco Montoro, decía que con la deuda externa nuestros pueblos “vivían pagando y morían debiendo”.

El alza usuraria unilateral e ilimitada de las tasas de interés, aplicada por los prestamistas a escala planetaria, no sólo la sufrimos los latinoamericanos sino también los países asiáticos y africanos. Se hizo necesario un análisis jurídico que no se podía limitar a la esfera del derecho privado y penal porque el Derecho Internacional Público también había sido vulnerado. Una de sus fuentes son los principios generales del derecho entre los que está el que incrimina a las prácticas usurarias y al abuso de derecho.

Los principios generales son como un patrimonio común de la humanidad que sustenta la convivencia civilizada. En ellos abrevan todas las civilizaciones y sus sistemas jurídicos. Están más cerca de la esencia espiritual de nuestra especie humana y tal vez sean la prueba más fuerte contra el relativismo moral. Los principios que, como un “mínimo de la ética” adquieren sanción coactiva, conforman la matriz del derecho positivo.

Por otra parte, el derecho internacional convencional también da su aporte a la condena a las prácticas usurarias. La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 21, inciso 3: Derechos a la Propiedad Privada, establece:

“Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

No caben dudas de que esta norma es aplicable a la Deuda Externa, la expresión más moderna de la *“explotación del hombre”*

La acción abusiva y usuraria de la banca internacional y la actitud cómplice de países del primer mundo fueron condenadas por numerosas entidades religiosas, académicas y políticas. El magisterio de la Iglesia Católica venía advirtiéndolo, desde mucho antes de su aparición, acerca de los peligros del endeudamiento externo de los países en desarrollo.

El Papa Juan Pablo II abordó varias veces el tema y en una oportunidad señaló que el problema debería ser encaminado a través del derecho internacional. Uno de los documentos pontificios más notables es la exhortación apostólica *“Ecclesia in America”* de enero de 1999 en el que se señalan los efectos nocivos de la deuda externa en los pueblos que la sufren.

Juristas, historiadores, economistas y sociólogos, inclusive de países del primer mundo que no sufren el problema, han desarrollado una labor admirable que desmascara la trama del sistema perverso de la deuda externa.

En 1998, el grupo de jurisprudencia del Consejo Europeo de Investigaciones Sociales sobre América Latina (CESISAL) convocó una reunión de expertos con el objeto de profundizar y ampliar las bases argumentales de los aspectos jurídicos de la deuda externa. Se realizó en Sant’Agata dei Goti, ciudad que fue sede episcopal de San Alfonso María de Liguori, doctor de la Iglesia, quien definió a la usura como pecado no solo contrario al cuarto mandamiento, no robar, sino, también, contra el quinto, no matar, equiparando al usurero con el homicida, ya que éste, al llevar al deudor a la miseria, lo arrastra a la muerte. En este sentido no son exageradas las afirmaciones de que la deuda externa involucra un genocidio.

El grupo emitió un documento conocido como la *“Carta de Sant’Agata dei Goti”*, que expresa el consenso acerca de que el reclamo ilimitado de los prestamistas, en notorio anatocismo, transgredió los siguientes principios:

1. La buena fe objetiva en la formación, interpretación y ejecución de los contratos.
2. La libertad contractual.
3. La prohibición de *“culpa in contrahendo”*.
4. La causalidad de los contratos.
5. La equidad.
6. La lesión enorme (excesivo desequilibrio de las prestaciones).
7. La prohibición de acuerdos usurarios.
8. La diligencia del deudor.
9. La excesiva onerosidad sobreviniente de las obligaciones, *“rebus sic stantibus”*
10. *“Favor debitoris”*.
11. La prohibición del abuso de derecho.
12. El *“beneficium competentiae”*.
13. La inviolabilidad de los derechos humanos, en particular del derecho a la vida.
14. La autodeterminación de los pueblos.

El Derecho Internacional Público tiene las virtualidades necesarias para enfrentar con justicia el problema ya que los principios mencionados en la Carta de Sant'Agata dei Goti tienen plena vigencia como fuente de obligaciones y derechos.

Desde comienzos de los años 80 venimos sosteniendo la necesidad de recurrir a un procedimiento jurídico que permita un abordaje práctico y operativo hacia la solución del problema del endeudamiento. Se trata de la propuesta de que un país, o un grupo, presente un proyecto de resolución ante la Asamblea General de las Naciones Unidas para que ésta pida una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia sobre los aspectos jurídicos de la Deuda externa.

Esta propuesta viene siendo defendida por el Parlamento Latinoamericano, la Conferencia Interparlamentaria Europa-América Latina de Bruselas 1995, Parlamentos, Concejos Municipales, Universidades, la Central Latinoamericana de Trabajadores de Caracas (CLAT), la Central Mundial de Trabajadores de Bruselas y últimamente, y con gran eficacia práctica, por la Federación Luterana Mundial.

La novedad del planteo estriba en que la decisión unilateral de los prestamistas, de aumentar abusivamente las tasas de interés, cae bajo la órbita del Derecho Internacional Público porque viola principios generales del derecho que son Fuente del Derecho de Gentes (art. 38, literal c. punto 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que forma parte de la Carta de las Naciones Unidas). Las consecuencias de la deuda externa y su relación de causa y efecto con las violaciones de derechos humanos son un capítulo de este drama

Al respecto el Premio Nobel de la Paz, Adolfo Pérez Esquivel, en el Encuentro sobre Deuda Social de julio de 2001, afirmó:

“Este es uno de los caminos que está a nuestro alcance, hoy.

Sólo hace falta decisión y unidad política para ponerlo en marcha; algún gobierno latinoamericano que impulse la propuesta ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, y que todos juntos le demos el apoyo de toda la región, de todo el Sur, desde todos los rincones del planeta.”

La Comisión de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos incorporó este tema en el año 2000. Ha emitido numerosos documentos en los que se describen las consecuencias de la Deuda Externa afectando el nivel de vida de las poblaciones de los Estados deudores. Es causa del aumento de la pobreza, la mortalidad infantil, la degradación del medio ambiente, etc. Todo ello resultado de los cuantiosos pagos de intereses que esos países realizan con fondos que han sido detraídos de su destino al bienestar general.

Lamentablemente en ninguno de esos documentos de la Comisión de Derechos Humanos, que se repiten año a año, se proponen medidas prácticas y conducentes, como sería el empleo de los argumentos jurídicos que venimos reseñando y que son los únicos que pueden producir cambios. En ese ámbito también se oblitera, por omisión, la vigencia del imperio del Derecho. Asimismo es curioso comprobar que las votaciones reflejan el esquema de fuerzas vigente en el mundo. Por una parte, la mayoría entre los que están los deudores que votan las débiles recomendaciones en defensa de las víctimas de la Deuda Externa y, por la otra, la minoría de los países, que se cuentan

entre los prestamistas, que se oponen, inclusive, a esas medidas inoperantes pero que de algún modo revelan la iniquidad de la deuda.

El sistema interamericano de defensa de los Derechos Humanos formado por la Comisión y la Corte de San José de Costa Rica ofrece un ámbito muy receptivo, como se puso de manifiesto en su jurisprudencia en ocasión de los episodios trágicos de Caracas de 1982. Convendría estudiar qué casos podrían ser llevados ante este foro para abrir un frente de combate por la causa de la Justicia.

El Presidente de la República de Bolivia, Evo Morales, en octubre de este año denunció al Fondo Monetario Internacional como causante de graves violaciones de Derechos Humanos, la destrucción de la economía boliviana, daños sociales y ambientales siendo responsable de las privatizaciones forzadas de empresas nacionales que ocasionaron protestas reprimidas a sangre y fuego con víctimas fatales.

La acción perjudicial del FMI hacia los países deudores, a los que debería ayudar, ha sido admitida por personalidades como el Profesor Stiglitz, de vasta experiencia interna en el organismo. El Senado de los Estados Unidos realizó una investigación de la que surgen numerosas anomalías y violaciones estatutarias por parte de sus directivos. El actual Presidente del FMI reconoció que la gestión ha sido nociva para la República Argentina.

Es sumamente oportuna la acusación del Presidente Morales al FMI por su mala praxis sistemática, mediante la que ha inducido, a los países que supuestamente debía asesorar para superar sus dificultades económicas, a realizar ajustes y medidas perjudiciales para sus pueblos. No cabe duda de que el FMI es responsable del mal manejo de la deuda externa por parte de los gobiernos, los que debieron haber hecho exactamente lo contrario de lo que les exigía el Fondo.

Estamos persuadidos de que el Fondo Monetario Internacional es responsable de gran parte de los daños producidos por la deuda externa y de graves violaciones a los DDHH y que, por ello, debe ser llevado a juicio internacional. Hasta hace poco esto parecía imposible; pero como consecuencia de las causas interpuestas contra las Naciones Unidas que lograron la indemnización por los crímenes causados por miembros militares de las fuerzas de paz, también puede hacerse lo propio por las responsabilidades incurridas por el FMI en su carácter de organismo miembro del sistema de la ONU.

Los países deudores han visto mermada su soberanía. Tengamos en cuenta que las imposiciones del FMI obligaron a varios, como la República Argentina, a derogar la figura penal de “subversión económica” y leyes laborales favorables a los trabajadores. Hay que terminar con la política de supeditar todas las decisiones gubernamentales en materia económica y social a las exigencias de los prestamistas

Aparte de las acciones en el orden internacional que propiciamos es necesario que en el orden interno de los Estados se siga el ejemplo de la República del Ecuador, que al constituir una Comisión de Auditoría Integral de la Deuda Externa obtuvo resultados sumamente valiosos en sus negociaciones con la banca. La Federación Luterana Mundial tuvo un papel preponderante en su apoyo a la labor de esa comisión de auditoría y también en el gesto del Gobierno de Noruega de condonar deudas de

varios países en desarrollo en razón de reconocer su corresponsabilidad en la concertación anómala de créditos otorgados para beneficiar a empresas noruegas.

Creo que ha llegado el momento de renovar la fe en el imperio del derecho para que la dignidad vuelva a los países víctimas de la deuda externa, se suprima esta sangría perpetua y se genere la posibilidad de obtener reparaciones por los daños que ha causado. Al mismo tiempo, se hace indispensable disciplinar hacia el futuro el actual manejo arbitrario del sistema de endeudamiento que es parte de la trama especulativa montada por el sistema financiero mundial. Esto quedó de manifiesto en la reciente crisis provocada por el manejo irresponsable y delictivo de muchos bancos traducido en el predominio espurio de lo financiero sobre la economía, auténtica creadora de riqueza.

No ha perdido vigencia, y por el contrario se hace cada vez más necesaria, la acción conjunta de los países endeudados para formar el “club de deudores” que la banca siempre se ocupó de impedir.

Ahora más que nunca debemos rescatar el ideario de Von Ihering, renovando nuestra lucha en defensa de los Derechos Humanos. Solamente así obtendremos justicia para nuestros pueblos.

DERECHO A LA CONSULTA, MEGAPROYECTOS Y CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL EN MÉXICO. CLAVES PARA ESCAPAR EL USO SELECTIVO DEL DERECHO PENAL, LA IMPOSICIÓN DEL MODELO DE DESARROLLO Y EL SECUESTRO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES.

Miguel Rábago Dorbecker¹

1. Colonización ininterrumpida

En América Latina el gran mito fundador de nuestra cultura se basa en el hecho brutal que significó la implantación del modelo colonizador ibérico en el continente americano. No obstante el liberalismo criollo continuó la labor de colonización interna, aún bajo el manto de legitimación de los Estados independientes. Señala Eduardo Subirats que la modernidad poscolonial latinoamericana se basa en: “una continuidad sin fisuras entre el universo simbólico y político colonial y las prácticas de expolio, el autoritarismo político y el asedio constante de la sociedad civil hasta acabar el siglo XX”.² Respecto a esta continuidad del proyecto de colonización interno en el cual la estafeta del poder fue pasada del sistema monárquico administrativo bajo el estilo particular de las casas de Asturias y Borbónicas en las colonias a los nuevos caudillos liberales-conservadores, hasta los estados desarrollistas militares y civiles, para culminar en la fórmula de capitalismo de Estado existente en la actualidad.³ Los efectos de esta colonización ininterrumpida son señalados por el propio Subirats en: “Los desaparecidos de las dictaduras de los años sesenta y setenta del siglo pasado, el acoso militar, guerrillero o paramilitar sobre la población indígena en Chiapas o en el Amazonas durante aquel mismo periodo, el desplazamiento de dos millones de indígenas a lo largo de la guerra civil de Colombia, el desarrollo de industrias tóxicas de efectos letales masivos sobre la población rural a lo ancho de América Latina, la creación de zonas de producción industrial y agrícola virtualmente esclava en México o en Brasil”.⁴

Ante esta realidad, se superpone una reciente politización de los pueblos indígenas que pasa por el desarrollo por parte de una nueva intelectualidad indígena de movimientos sociales creando un “nuevo discurso indígena” que cuestionan la idea misma del Estado-nación colonial-capitalista Latinoamericano.⁵ En México por ejemplo, el desarrollo de organizaciones comunitarias, gremiales y políticas, se presen-

¹ Departamento de Derecho. Universidad Iberoamericana. miguel.rabago@uia.mx

² *Una última visión del paraíso*, FCE, México, 2004, p. 105.

³ El término “capitalismo de Estado” es acuñado por Nancy Fraser para incluir diversas manifestaciones políticas del capitalismo, *vid.*, “Feminism, Capitalism and the Cunning of History”, *New Left Review*, no. 56, 2009, pp. 97-117.

⁴ Eduardo Subirats, *op. cit.*, p. 105.

⁵ Rodolfo Stavenhagen, *Derechos Humanos de los pueblos indígenas*, México, CNDH, 2000, p. 8.

to en gran medida por la participación de maestros bilingües indígenas, formados por el Estado mexicano pero que sirvieron de bloque crítico a la política oficial indigenista.⁶ Los movimientos sociales indígenas han logrado triunfos de distinta magnitud a través del continente, ya sea a través de una mayor representación política (Bolivia, Colombia, Ecuador y Nicaragua) o a través de la reforma al Estado de Derecho bajo políticas de reconocimiento importantes pero todavía insuficientes (Brasil, Guatemala, México y Venezuela). Sin embargo, otra pauta general de relación ente el Estado Liberal criollo-mestizo hegemónico y los pueblos indígenas ha sido la confrontación (México y Perú principalmente). Tal confrontación se debe a la hegemonía cultural de los criollo-mestizos sobre los pueblos indígenas imponiendo esquemas de dominación que pueden ser equiparados a un genocidio cultural.⁷

Un campo de batalla especialmente agudo ha sido la presión tanto de los Estados mestizos como de las nuevas democracias extractivas, es la lucha por los territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas. La necesidad de recursos para la exportación, bajo el sistema capitalista mundial o para el desarrollo de políticas sociales, en los modernos estados extractivos, ha presionado por la búsqueda de recursos más allá de los territorios cercanos a los centros urbanos y vías de comunicación de los Estados Latinoamericanos. Al ser desterrados los pueblos indígenas a zonas desérticas, selváticas, montañosas o lejanas, dichos espacios se convierten en los últimos reductos de la autonomía. Sin embargo, la búsqueda de recursos se proyecta a zonas en las que habitan la gran mayoría de los pueblos indígenas y pone en riesgo no sólo su medio ambiente, salud y vida, sino también su propia existencia ligada ancestralmente a las tierras en que habitan.

Dentro de los derechos contenidos en los primeros instrumentos internacionales de Derechos Humanos, la forma en que los derechos de los pueblos indígenas eran abordados, era a través de la fórmula tradicional liberal: aquella de los derechos universales sin especificidad de grupos. Si bien desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1946 se reconocía el derecho a la cultura, el cual aprecia de manera incomoda dentro de un conjunto de derechos liberales clásicos, pero también una breve referencia a ciertos derechos económicos, sociales y culturales. A raíz de los primeros triunfos para visualizar los derechos de especificación por grupos, la ausencia de instrumentos específicos para los pueblos indígenas se sumaba a los siglos de exclusión tanto por el sistema internacional estado céntrico, como por los propios estados nación. La primera ruptura a la pretendida universalidad sin más de la Declaración, Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Pacto de Derechos, Económicos Sociales y Culturales y el Pacto de San José, se presentó en la década siguiente a dichos instrumentos, bajo el reconocimiento de los derechos de las mujeres a través de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 pocas años después de la entrada en vigor del PDCYP y el PIDESC y a un año de la entrada en vigor del Pacto de San José. No obstante la

⁶ *Ibid.*, p. 81.

⁷ *Ibid.*, p. 19.

CEDAW entró en vigor a pocos años de su adopción, en 1981 dentro de la misma década en que se adoptara otro instrumento de derechos humanos de especificación, la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del Niño en 1989 y que entraría en vigor al año siguiente. Es en ese mismo año, dentro de un foro distinto que es la Organización Internacional del Trabajo, que se reconocerían de manera específica los derechos de los pueblos indígenas a través de un instrumento que ha tenido un enorme impacto en los sistemas jurídicos en América Latina que es el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Si bien el Convenio 169 sería y es el único instrumento vinculante que incluye derechos de especificación para los pueblos indígenas, el silencio histórico del sistema universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas se superaría en el 2007, aunque a través de un instrumento no convencional, a través de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Es justo mencionar que sólo después de crear instrumentos vinculantes para niños y niñas, trabajadores migrantes, personas con discapacidad y mujeres es que se llega al consenso para aprobar un instrumento internacional no investido de la forma de un tratado para los pueblos indígenas. En el ámbito regional y sin considerar los cambios importantes en la representación política en los Estados Latinoamericanos, el sistema interamericano no se presenta en mejores circunstancias, debido a la ausencia de un instrumento regional, y a la ausencia de consideración dentro de los grupos considerados en el Protocolo de San Salvador sobre DESCAs, en los que si se incluyen a niños y niñas, ancianos y personas con discapacidad.

Los esfuerzos estatales en América Latina, se presentaban en el marco histórico del constitucionalismo criollo-liberal, bajo esquemas que seguían muy de cerca el desarrollo internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, justo durante el auge y sobre todo durante la posterior crisis del modelo neo-liberal en América Latina, se modificó el esquema constitucional ya sea a través de nuevos esfuerzos o reformas a la herencia liberal constitucional. Al ser el constitucionalismo latinoamericano en un primer momento un esfuerzo derivado de las luchas de independencia, de crear naciones ahí donde existían divisiones territoriales coloniales, la creación de dichas comunidades imaginarias, contemplaría dos puntos esenciales para entender los problemas relativos a las luchas por la autonomía indígena: en un primer lugar la creación de una nacionalidad mestiza o criolla, que se diferenciaba de aquella de la colonia, pero que también excluía a la indígena y afrodescendiente y en segundo lugar la unidad territorial, en algunos casos con matices federales, pero que negaban la autonomía indígena sobre las tierras. El proyecto constitucional mestizo-criollo en casi toda América Latina imponía un modelo de nación, que no sólo se basaba en una ficción omnicompreensivo sobre quienes se consideraban peruanos, colombianos o mexicanos, sino que se cruzaba con un concepto de Nación que tenía fuertes connotaciones étnico-raciales. En lo referente a México, Claudio Lomnitz realiza una excelente revisión de la noción de comunidades imaginarias de Benedict Anderson, que ayuda a comprender la forma en que la creación de la Nación y por ende del Estado Latinoamericano, supuso la imposición de una noción de Nación sobre las

demás Naciones en el sentido étnico-racial.⁸ La teoría de Lomnitz, es que el concepto de Nación era demasiado ambiguo en las colonias como para formar realmente una comunidad imaginaria, debido a que podría ser interpretado como un vínculo pan-imperial debido a las reformas centralizadoras borbónicas, además de que el término nación tenía una fuerte referencia a la sangre o casta por lo que también hacía referencia a las divisiones étnico-raciales internas.⁹ Por tanto la construcción de la Nación en América Latina y sobre todo en México no parece haberse dado solamente en función de una diferenciación respecto a la corona española, sino una imposición de la Nación criollo-mestiza sobre las naciones de los pueblos indígenas americanos. Bajo esta premisa, se puede concluir que le proyecto político criollo-mestizo liberal a través de su transferencia y consagración constitucional, delinearía dos cuestiones que marcan las relaciones entre de dominación del estado criollo-mestizo sobre los pueblos indígenas: la creación de una noción única de ciudadanía que negaba la diversidad étnica y la división político-territorial que negara cualquier tipo de referencia sobre la diversidad étnica.¹⁰

Si bien la historia del México posrevolucionario estuvo marcado por un cambio fundamental de ciertas herencias del liberalismo criollo, sobre todo a través de la reforma agraria y el desarrollo de la política indigenista, dichos cambios siguieron planteándose bajo el esquema de principio de unidad territorial y de concepto de ciudadanía. Las políticas indigenistas y el reparto agrario, se combinaban con el desarrollo de una elaboración teórica-política sobre la cuestión étnica que paso por las siguientes etapas: el indigenismo integracionista, la corriente etnicista y finalmente por las tendencias autonomistas.¹¹ La gran discusión antropológica recibió poco reflejo en el sistema constitucional y de hecho las reformas constitucionales que se multiplicarían exponencialmente en los años ochenta, noventa y a principios del dos mil, tendrían como objetivo establecer un sistema económico neoliberal y dar marcha atrás algunos de las referencias sociales de la constitución de 1917, como fue el régimen de propiedad ejidal.¹² Es durante esa misma época en que se desarrollo una nuevo constitucionalismo que matizaba la herencia liberal con nuevas preocupaciones sobre la diversidad étnica comenzando con las constituciones de Brasil y Nicaragua en 1988, El Salvador, Guatemala y Paraguay en 1992 y Perú 1993, pero quizá el esfuerzo más interesante sería la Constitución de Colombia de 1991.¹³ También existieron al-

⁸ Claudio Lomnitz, *Deep Mexico, silent Mexico: an anthropology of nationalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2001, en el que hace una crítica muy interesante desde el caso mexicano de la teoría de Benedict Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Londres, Verso, 1991.

⁹ *Deep Mexico, silent Mexico...*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁰ Sobre la formación de la división territorial desde la Constitución de Cádiz, *vid.*, Rafael Estrada Michel, *Monarquía y Nación ente Cádiz y Nueva España*, México, Porrúa, 2006.

¹¹ Hector Díaz Polanco, *El canon Snorri. Diversidad cultural y tolerancia*, México, UACM, 2004, p. 147.

¹² Sergio López-Ayllón y Hector Fix-Fierro, “¡Tan cerca, Tan lejos! Estado de Derecho y cambio jurídico en México (1970-2000)”, en Héctor Fix-Fierro, Lawrence M. Friedman y Rogelio Pérez Perdomo (editores), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, IJ-UNAM, 2003, pp. 503-603.

¹³ Para un análisis de la Constitución Colombiana de 1991 y los pueblos indígenas, *vid.*, Juan Diego Castrillón Orrego, *Globalización y derechos indígenas: el caso de Colombia*, México, IJ-UNAM, 2006.

gunos esfuerzos raquíticos que fueron abandonados durante la segunda ola del constitucionalismo latinoamericano como fueron las constituciones de Bolivia y Ecuador de 1994, suplantadas por verdaderos proyectos multiculturales de Bolivia en el 2009 y de Ecuador en 2008 y a las que se les adelantaba la de Venezuela en el 1999.

El caso de México se encuentra caracterizado por un reformismo gradualista que no termina de reflejar la gran discusión política y social que existe sobre la relación entre el Estado y los pueblos indígenas. Esta política ha tratado de responder a serios conflictos sociales aunque de manera tardía e insuficiente. En plena resaca de las “celebraciones” del “encuentro de dos mundos” del quinto centenario, se reformó el artículo 4 de la CPEUM para incluir algunos replanteamientos sobre el reconocimiento de la diversidad étnica en México.¹⁴ Dicha reforma resultó insuficiente y solo estaría en vigor por menos de una década, además el proceso de consulta en su redacción fue bastante limitado y su desastre político quedaría en evidencia ese mismo año debido a la contra reforma constitucional en materia agraria y un par de años después tras la aparición del Ejército Zapatista de Liberación Nacional. El propio Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas había documentado lo lejos que quedaban en la aplicación las reformas constitucionales en las que sus recomendaciones sobre informes periódicos presentados por México, se criticaba la falta de protección constitucional aún con la reforma de 1992, la cual no garantizaba la autonomía.¹⁵ La reforma de 1992 establecería por primera vez el carácter pluricultural del Estado mexicano, pero en sólo se comprometía a utilización del derecho consuetudinario indígena en cuestiones agrarias, así como el respeto al derecho a la cultura y garantizar el acceso a la justicia. Los alcances reducidos de la reforma de 1992 se reflejarían no solo en lo jurídico, sino también en lo social, la consulta reducida a antropólogos y académicos, así como la falta de representación indígena en los órganos de reforma constitucional (las cámaras federales y los congresos locales) marcarían también el siguiente esfuerzo de reforma constitucional en el 2001.

La reforma constitucional del 2001 estaría marcada por el asenso de una nueva representación partidista al Gobierno Federal, que pese a todas las expectativas sería solo una matización de los esquemas neoliberales ya implantados en los últimos años del gobierno de partido único. En un afán de por cumplir con los compromisos de campaña y de pasar página al conflicto zapatista, el partido en el poder y el partido hegemónico derrotado (PAN y PRI respectivamente), confabularon una reforma indígena que de entrada desconocía los Acuerdos de San Andrés celebrados entre el Gobierno Federal y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional y además se realizaban sin consulta a los pueblos indígenas sujetos de dichas reformas. Poco después

¹⁴ Dichas reformas son analizadas de manera excelsa en Orlando Aragón Andrade, *Indigenismo, Movimientos y Derechos indígenas en México. La reforma al artículo 4 constitucional de 1992*, Morelia, UMSNH, 2007.

¹⁵ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.109, 27 de julio de 1999, párrafo 19. Al respecto, *vid.*, Marycarmen Color Vargas, y Miguel Rábago Dorbecker, “El discurso de lo otro en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre pueblos indígenas: La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” en Orlando Aragón Andrade, (coord.) *Los derechos de los pueblos indígenas en México. Un panorama*, Morelia, Secretaría de Cultura del Estado de Michoacán-UASNH, 2008, p. 133.

de su aprobación, la reforma constitucional indígena fue impugnada por más de 330 municipios preponderantemente indígenas por medio de la figura de la controversia constitucional, debido a que se violaba el procedimiento de reforma constitucional del artículo 135 de la Constitución, además del derecho a la consulta del artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo.¹⁶ Como señala Jorge Alberto González Galván, esta podría ser una decisión histórica en la que se decidiera entre otras cosas que: “el colonialismo jurídico no es una fatalidad, es histórico”.¹⁷ Sin embargo, la mayoría de los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidieron desechar la controversia constitucional en base a la ausencia de competencia para conocer sobre impugnaciones a reformas a la constitución. Lo paradójico es que la gran mayoría de los municipios indígenas en México habían buscado esta vía para impugnar un proceso de reforma que no había cumplido con el derecho a la consulta y aún así la reforma prosperaba constitucionalmente. Unos años después la violación al derecho a la consulta sería en este proceso de reforma constitucional sería analizado por la Organización Internacional del Trabajo.¹⁸ Estos acontecimientos sin duda marcarían el aire de decepción que los años de gobiernos de distinta estampa electoral, pero de una misma raíz colonial y neoliberal, tendrían para los pueblos indígenas en especial pero también para las aspiraciones democráticas del pueblo mexicano. Justo estos gobiernos emanados de las reformas democráticas comenzadas en 1978 y concretadas en los procesos electorales de 1997 y 2000, desarrollarían un nuevo esquema de colonización interna que traería nuevos desafíos para los movimientos indígenas: la lucha contra la delincuencia como forma de militarización y proceso de criminalización de las luchas sociales.

2. La articulación del derecho a la consulta como forma de defensa de los territorios de los pueblos indígenas y oposición al modelo de desarrollo dominante

El derecho a la consulta se encuadra, con sus apostillas, dentro del debate más amplio de la democracia deliberativa. En este sentido puede servir la definición de Jon Elster según la cual, un proceso incluyente de toma de decisiones debe hacerse con la participación de quienes serán afectados por la decisión o por intermedio de sus legítimos representantes, a esto le denomina la parte democrática; y la toma de decisiones se realizará a través de argumentos ofrecidos por y para los participantes, a esto último lo define como parte deliberativa.¹⁹ En el caso de pueblos indígenas en México existe la persistencia de una discriminación histórica respecto a la participaci-

¹⁶ Controversias Constitucionales 82/2001 y 48/2001 promovidas por los ayuntamientos de los municipios de Santiago Amoltepec y San Pedro Quiatoni Tlacolula, Oaxaca.

¹⁷ “El artículo segundo constitucional. Los derechos de los pueblos indígenas en México”, en *ibid.*, pp. 151-178, p. 163.

¹⁸ Reclamación presentada de conformidad al artículo 24, Consejo de Administración 289ª reunión, marzo de 2004, México, GB. 289/17/3.

¹⁹ Jon Elster (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp. 8-9.

ón política, en especial respecto al modelo de desarrollo. Como se observó, la propia reforma constitucional en materia indígena fue respondida por parte de los principales municipios indígenas con impugnaciones constitucionales en base a la ausencia de consulta previa. México como estado parte, tanto del Convenio 169 de la OIT como signatario de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, tiene ciertas obligaciones internacionales en materia de participación política de los pueblos indígenas. Dichas obligaciones se dividen en aquellas referidas al derecho a la participación política y el derecho a la consulta previa. Si bien el derecho a la participación política de los pueblos indígenas, también se incluye en la Convención de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, de conformidad a la resolución número 23 de su Comité.²⁰

El Convenio 169 de la OIT instauraría el estándar sobre del derecho a la consulta de los pueblos indígenas como el deber de los gobiernos de de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (art.6). La Declaración amplía este estándar al incluir que el objetivo del derecho a la consulta es obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas. (art. 19) Si bien, el derecho a la participación política de los pueblos indígenas se refiere directamente al planteamiento de los proyectos de desarrollo para los pueblos indígenas. El Convenio 169 de la OIT opta por establecer el derecho de participación en la formulación, aplicación y evaluación de planes y proyectos nacionales y regionales de desarrollo que les afecten (art. 7.1); mientras que la Declaración va mas allá ya que señala que tiene derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio del derecho al desarrollo, en especial respecto a programas de salud, vivienda y demás programas, económicos y sociales y administrar dichos programas mediante sus instituciones. (art. 23). Dentro de estas definiciones se construye la relación esencial entre participación de las comunidades indígenas y el etnodesarrollo, sin embargo hay que tener en cuenta la perspectiva que un gran número de mega-proyectos parten de la idea de la privación de los territorios y recursos de los pueblos indígenas para la construcción de obras de escaso impacto en el desarrollo de las comunidades como son los proyectos de generación de energía y las represas. Otro punto que hay que atender es que las instituciones en las que se plantean las distintas participación si bien son poco representativas de los pueblos indígenas o se encuentran cooptadas por intereses clientelares, como pueden ser organizaciones agrarias o campesinas oficialistas.

El Convenio 169 de la OIT añade otras dos disposiciones trascendentales para los casos de mega-proyectos que pueden impactar a los pueblos indígenas que son la participación en la utilización de recursos naturales (art. 15.1) y en la decisión de traslado o reubicación (art. 16.2). En el caso de recursos naturales, el derecho a la consulta abarca proyectos de explotación de los recursos naturales u otros planes de desarrollo

²⁰ Tal resolución obliga a los estados a garantizar que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado.

en áreas pertenecientes a los territorios indígenas tradicionales, incluso cuando los recursos de que se trate no pertenezcan, bajo el derecho estatal, a los pueblos indígenas interesados. En el caso de traslado o reubicación, tema por demás delicado puesto que podría constituir un despojo arropado bajo causas de seguridad o con posterioridad a desastres naturales, sólo se dará cuando intermedie el consentimiento libre y con pleno conocimiento de causa.

Por lo que respecta a la explotación del subsuelo, tanto el Convenio 169 como la Declaración hacen una referencia específica sobre el tema. Debido a que gran parte de los conflictos sociales entre pueblos indígenas por un lado y órganos del Estado y empresas por el otro, se centran en la explotación de recursos naturales en tierras indígenas, estas referencias son trascendentales. En especial hay que considerar las implicaciones ambientales y culturales que tienen proyectos mineros o de explotación petrolera en dichos territorios, lo que los marca como territorios en conflicto entre la preservación de la identidad y dignidad cultural y el empuje del capitalismo empresarial de estado o el desarrollismo extraccionista. El derecho a la consulta a los pueblos indígenas respecto a la explotación de subsuelo se refiere a los casos en los que el subsuelo pertenezca al Estado, como es el caso de México, lo cual al conferir al Estado dicha propiedad originaria puede tener la nefasta conciencia de privar a los pueblos indígenas de tomar las decisiones sobre sus territorios en nombre del “desarrollo nacional” y el “beneficio general de la nación” o conceptos como legales como “el interés público” o “la utilidad pública”. Tanto el Convenio 169 como la Declaración obligan a los estados a implementar procedimientos de consulta a través de las propias instituciones indígenas, si bien la Declaración añade que la misma debe tener el objetivo de lograr un consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyectos de prospección o exploración de recursos existentes, desarrollo, utilización o explotación de recursos minerales o hídricos (art. 15.2 Convenio 169 y 32.2 de la Declaración). Se añade dentro del derecho a la consulta previa, la obligación de participación en los beneficios de dichas actividades (art. 15.2 del Convenio 169) y reparación justa y equitativa por las consecuencias de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual (art. 32.2 de la Declaración).

Una interesante novedad de la Declaración es el derecho a la consulta del uso de las tierras para actividades militares del art. 30.2. El uso de las tierras indígenas para actividades militares se encuentra asociado sobre todo al establecimiento de bases militares y navales, pero esta disposición cobra un sentido distinto en estados en que la seguridad pública ha sido militarizada, como es el caso de Colombia y México. En la actualidad los territorios en los que se establecen pueblos indígenas se encuentran a fuego cruzado entre los deseos de apropiación de territorios del narco y aquellos controlados por el ejército. La presencia del ejército ha dado pie a diversas violaciones a derechos humanos de los pueblos indígenas, sobre todo en zonas donde existe una presencia histórica del Ejército en labores de contrainsurgencia desde la década de los sesenta y setenta, como es el caso de la montaña de Guerrero.²¹ Es en

²¹ Tlachinollan Centro de Derechos Humanos de la Montaña, *Injusticia legalizada*, disponible en: <http://www.tlachinollan.org/casos/ines%20y%20valentina%20web.pdf>

este caso donde se han originado la mitad de los casos en los que se ha condenado a México por violaciones al pacto de San José ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En especial los casos Rosendo Cantú y otros y Fernández Ortega y otros contra México, que se refieren a violación y tortura de dos mujeres indígenas por parte de miembros de las fuerzas armadas.²² Además existe otro caso en contra de defensores de derechos humanos, los campesinos ecologistas torturados por miembros de las fuerzas armadas mexicanas.²³

Establecido el alcance del estándar internacional sobre derecho a la consulta, falta considerar como se deben de llevar a cabo dichas consultas en casos de megaproyectos y como pueden articularse como medio de protección político-jurídico de los recursos y tierras de los pueblos indígenas. Para James Anaya, las consultas no son simples formas de informar a las comunidades sobre decisiones tomadas respecto a medidas que les afecta, sino que los procedimientos de consultas deben permitir a las comunidades una capacidad de influencia efectiva en las decisiones antes de que sean tomadas.²⁴ El establecimiento de un procedimiento de dialogo basado en las propias formas de toma de decisiones de las comunidades, tomando en cuenta sus estructuras y con acceso a toda la información y asesoría es el marco para desarrollar el derecho a la consulta.²⁵ Estos dos elementos son esenciales para comprender el ejercicio del derecho a la consulta, por un lado establecer un procedimiento deliberativo fijado en base a las propias formas establecidas por las comunidades indígenas y por otro lado que el mismo tenga efectos sobre la planeación y en su caso ejecución del mega proyecto. Sin embargo, también queda la duda si en todos los casos de construcción de megaproyectos existe la obligación de realizar una consulta previa, sobre todo en casos que no impliquen traslado o reubicación. Retomando el estándar de la Declaración y el Convenio 169 se tendrían que tomar en cuenta dos criterios: el tipo de megaproyecto, y las consecuencias que el mismo tenga para las comunidades. En lo referente al primer punto, estaría claro que el derecho a la consulta debe operar previamente ante cualquier actividad minera o sobre recursos naturales (por ejemplo bioprospección, explotación forestal, además de manifestaciones de impacto ambiental) impliquen o no traslados y por lo menos en todos los casos en los que se implique un traslado de la comunidad.

El Comité tripartito de la OIT, órgano encargado de la aplicación del Convenio 169 ha desarrollado los estándares del tratado en lo referente al derecho a la consulta del artículo 6, sobre todo señalando que dicho procedimiento no debe ser meramente

²² Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf y Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf

²³ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf

²⁴ *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2005, p. 235.

²⁵ *Ibidem*.

una simulación o información, lo cual se encuentra protegido bajo otros instrumentos internacionales y nacionales, sino que debe haber un ánimo auténtico de dialogo. Los procesos de consulta tendrán que construirse a partir de otros estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como el de no discriminación en la participación política y el derecho a la cultura, por ende organizándose de conformidad a los procedimientos fijados por las autoridades y representaciones indígena. Estos estándares fueron desarrollados a través de diversos casos que en algunas ocasiones han derivado de la ausencia del ejercicio del derecho a la consulta respecto a ciertos mega-proyectos. Por ejemplo, se han dictado informes: sobre la falta de consulta previa para el otorgamiento de concesiones forestales en territorios indígenas de la Amazonía boliviana,²⁶ aplicación adecuada de las disposiciones sobre consulta antes de autorizar la explotación petrolera en la reserva U'wa en Colombia,²⁷ falta de consulta previa al otorgamiento de concesiones petroleras en el territorio Shuar de la Amazonía ecuatoriana²⁸ y finalmente la ausencia de consulta en la construcción de un proyecto hidroeléctrico en Oaxaca.²⁹

Además del sistema universal de Derechos Humanos de la ONU y de la OIT, otros órganos como los organismos financieros internacionales y el sistema interamericano de Derechos Humanos incluyen el derecho a la consulta de los pueblos indígenas. En el caso del Banco Mundial las directivas operativas O.D. 4.20 sobre poblaciones indígenas de 2001, o establecen ciertos parámetros que combinadas a las obligaciones de consulta del sistema internacional o interno, establecerán la posibilidad de convocar a un panel de inspección de dicho organismo si no se cumple adecuadamente con el derecho a la consulta en cuanto a construcción de megaproyectos financiados por el Banco Mundial. En el sistema interamericano si bien no existe un instrumento convencional que regule el derecho a la consulta, la utilización del

²⁶ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Bolivia del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales 1989 (no 169) presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Obrera Boliviana Doc. OIT GB.274/16/7 (marzo de 1999) (reclamación en contra de la falta de consulta previa al otorgamiento de concesiones forestales en territorios indígenas en la Amazonía boliviana), disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>

²⁷ Tercer informe complementario de comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1989 (no 169) presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), Doc. OIT GB. 282/14/3 (noviembre de 2001), (Concluyendo que Colombia debe aplicar adecuadamente las disposiciones sobre la consulta del Convenio antes de autorizar la explotación petrolera en un área situada fuera de la reserva u'wa, y rechazando la posición del gobierno de que estas disposiciones sólo se aplican en relación con áreas ocupadas regular y permanentemente por las comunidades indígenas), disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>

²⁸ Informe del Comité encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1989 (no 169) presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), Doc. OIT GB.282/14/3 (noviembre de 2001) (relativo a la falta de consulta previa al otorgamiento de concesiones de explotación petrolera en el territorio Shuar de la Amazonía ecuatoriana). disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>

²⁹ CEACR: Observación individual sobre el Convenio núm. 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 México (ratificación: 1990) Publicación: 1997, disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>

Convenio 169 ha permitido incorporar tal estándar a la práctica del sistema. En la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, el caso Saramaka contra Surinam de 2007 se refiere a la explotación de recursos naturales sin el consentimiento adecuado de la comunidad.³⁰

Otros casos llevados tanto ante la Comisión Interamericana, como ante la Corte han comenzado a crear un derecho internacional consuetudinario regional sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, en la que se han tomado acciones como la celebración de una Audiencia temática el 27 de octubre del 2010 relativa al Derecho a la Consulta y Participación en asuntos de Interés Público de las comunidades indígenas. A la fecha resulta aventurado mantener que ya existe una norma claramente definida respecto al derecho a la consulta, debido a que las propias normas de autogobierno y autonomía indígena internacionales se encuentran todavía siendo definidas y aceptadas por la comunidad internacional. Como muestra, Canadá cuando explicó su voto negativo en el Consejo de Derechos Humanos sobre la Declaración, argumento entre otras cosas, que reconocer el derecho a la consulta era tanto como reconocer el derecho de veto de los pueblos indígenas a las decisiones del Estado.³¹ No por lo anterior, el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, con características generales, ha adquirido el carácter de norma de derecho consuetudinario internacional.³²

Dentro del sistema jurídico de origen federal, la Constitución mexicana no reconoce en los mismos términos que el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT el derecho a la consulta, pero a través de una construcción constitucional de varios artículos y su aplicación conjunta a todos los instrumentos, se puede producir dicho principio. La reforma del 2001 se elaboró el tema de autonomía de los pueblos indígenas en el artículo 2, para decidir sus formas internas de convivencia y organización en lo social, económico, político y cultural. Para efectos de garantizar su autonomía, las comunidades tienen la posibilidad de acceder, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan, pero excluye las aéreas estratégicas y las limitaciones contenidas en otras legislaciones y derechos de propiedad de terceros (art. 2.VI). Aquí aparece el problema fundamental sobre la participación de los pueblos indígenas en la exploración y explotación de recursos naturales que en el caso de hidrocarburos y minerales, son propiedad de la Nación.

El segundo eje de articulación constitucional del derecho a la consulta, pasa por el reconocimiento a la participación y representación política de las comunidades, de conformidad a sus tradiciones y normas internas. Los diversos órganos del Estado tendrán establecerán de conformidad al propósito anterior, las instituciones y políticas para la vigencia de los derechos y desarrollo de las comunidades indígenas,

³⁰ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

³¹ Mariana Salazar Albornoz y Gustavo Torres Cisneros, "La declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas" en Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, México, SRE, 2006, pp. 49-75, p. 72.

³² James S. Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2005, p. 240.

parra la cual las políticas públicas deberán ser diseñadas y operadas con ellos. (art. 2.b) Finalmente se deberá consultar a los pueblos indígenas en la elaboración de planes de desarrollo. (art. 2.IX)

Además de los dos principios constitucionales, el de autonomía económica y política y el de participación política y consulta para el desarrollo, el derecho a la consulta se puede construir en ciertos sectores cruciales por medio de la legislación secundaria. En casos de explotaciones forestales, la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable menciona como obligación de la Comisión Nacional Forestal el asesorar y capacitar a pueblos y comunidades indígenas para que puedan organizar la producción y aprovechamiento de los recursos forestales de acuerdo a sus usos y costumbres.³³ Sin embargo, quedan por establecer procedimientos claros de consulta en temas como obras hídricas y manifestaciones de impacto ambiental. Actualmente se discute una ley especial para implementar el derecho a la consulta en el Congreso de la Unión, para llevar a buen puerto este ejercicio, se debe no sólo mantener un foro representativo de consulta para evitar problemas como el de un proyecto similar en Guatemala, sino que también hay que establecer una verdadera “hoja de ruta crítica” a través de los principios incluidos en el Convenio 169: mediante procedimientos apropiados, instituciones representativas, buena fe y de manera apropiada y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento.³⁴

3. Modelo represivo penal y criminalización de la protesta social de los pueblos indígenas

Si bien es obvio que los pueblos indígenas no son los únicos grupos sobre los que recae la criminalización de la protesta social, en el marco más amplio del modelo del derecho penal del enemigo, representan un grupo en especial riesgo de violaciones a derechos humanos en el caso de Megaproyectos. Gran parte de las personas y movimientos sociales ante los cuales el derecho penal ha sido instrumentalizado como forma de represión, muestran las mismas cualidades: pertenecen a grupos en condiciones de vulnerabilidad, desempoderados, a quienes el acceso a otras opciones, políticas y jurisdiccionales, les es casi vedado. En México los sindicatos, organizaciones campesinas, mujeres, niños y niñas, personas de capacidades distintas, clases sociales menos privilegiadas y el colectivo LGTB, son especialmente susceptibles de ser criminalizados. Bajo el marco general de una supuesta “guerra contra la delincuencia organizada” y la consecuente militarización de la seguridad pública, se potencializa la criminalización de la protesta social y la fabricación de delitos relacionados a la delincuencia organizada como narcotráfico y secuestro. Más aún con la reciente reforma penal, se inserta constitucionalmente un régimen de excepción para la delincuencia organizada, lo que presenta nuevos riesgos para la disidencia de México. La posibilidad de detenciones prolongadas, con limitaciones en el ejercicio del derecho de acceso a la

³³ Artículo 22.XXI Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable.

³⁴ *Vid.*, Rodrigo Gutiérrez Rivas, “Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en México: un primer acercamiento”, 543-546.

justicia, a través de la figura del arraigo, pueden ser consideradas como detenciones arbitrarias y pueden ser dirigidas hacia la protesta social. Como se mencionaba, la creciente presencia de las Fuerzas Armadas en áreas de Seguridad Pública. Este hecho también ha potencializado la penalización de los movimientos sociales, en especial en zonas en las que tradicionalmente ha habido una presencia muy fuerte de movimientos armados como Guerrero, Chiapas y Oaxaca. En este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dado un espaldarazo a la labor en materia de seguridad pública de las fuerzas armadas, sobre todo tomando en cuenta que su participación en tales actividades está constitucionalmente limitada. A esto se le debe sumar una nueva propuesta de Ley de Seguridad Nacional que diversos defensores de Derechos Humanos han calificado como una suspensión de garantías de facto, sin la necesidad del procedimiento constitucional.

Para Roberto Gargarella el derecho a la protesta social es el primer derecho, con el cual se pueden recuperar el resto, es decir, a falta de un proceso deliberativo como es el derecho a la consulta previa, se puede optar por otro que es el derecho a la protesta social. No obstante la necesidad de mantener protegido el derecho a la protesta, el condenar a esta vía únicamente a ciertos grupos, parecería perpetuar dos modelos de democracia deliberativa, a electoral o deliberativo para las clases medias y altas y la protesta social para las clases marginadas. Aquí también se podría utilizar la protesta para alejar las reivindicaciones populares de las clases medias urbanas, aquellas más afectadas por la toma de calles y cierre de espacios públicos, convirtiéndose en aliadas de las clases altas. Si bien me parece adecuado este enfoque, parecería condenar la protesta social como medio solamente justificado para las clases que no tienen posibilidad de influencia a través de otras formas de participación. Si bien esto garantiza su derecho a la libertad de expresión y participación política, también sería un flanco muy claro de ataque por parte de los grupos hegemónicos y como ha sucedido en nuestra región, sujeto a limitaciones que van desde el otorgamiento discrecional de permisos, hasta la criminalización de la protesta social. También existe un esfuerzo político considerable en relacionar los fenómenos de protesta social con la principal preocupación principal de las clases medias y clases dominantes que es la seguridad pública. De hecho la concesión del estatus simbólico de criminales a los movimientos sociales y en algunos casos bajo los mismos tipos penales que los más graves y sensibles delitos como el secuestro y delincuencia organizada, permite a los órganos represores del Estado justificar sus acciones ante un mayor número de grupos sociales, incluida la clase media y algunos sectores de las clases populares.

Una opción interesante es la de combinar ambas cuestiones, no sólo el derecho a la protesta social, sino que la ausencia de canales democráticos y atención a las reivindicaciones sea un excluyente de responsabilidad penal. Eduardo Zaffaroni señala los peligros de flexibilizar los tipos penales para hacer de toda manifestación de protesta social como una conducta abarcada por los tipos penales existentes.³⁵ Sin embargo,

³⁵ “Derecho penal y protesta social”, en Eduardo Bertoní, ¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina, Buenos Aires, CELE-Universidad de Palermo, 2010, p. 7.

esta opción parece complicada en el contexto mexicano, sobre todo debido a un uso histórico del derecho penal para la represión de los movimientos sociales, mismo que se remonta a las protestas estudiantiles de finales de los sesenta. La utilización de tipos penales específicamente dirigidos a criminalizar la disidencia y a los movimientos sociales, se ve reflejada en el conflicto estudiantil de 1968, sofocado a través de la matanza de estudiantes de Tlatelolco. El régimen autoritario había utilizado el delito de disolución social como arma penal preferida para detener a disidentes y utilizar el sistema penitenciario para albergar a presos políticos. Este hecho estaba presente en las mentes de los estudiantes y otros movimientos sociales unidos en 1968, ya que dentro del pliego petitorio de seis puntos al gobierno, se incluía específicamente la derogación del delito de disolución social.³⁶ Como señala Manuel Becerra Ramirez, tal delito se caracterizaba por su vaguedad y criminalizaba a todo movimiento crítico o contrario al gobierno.³⁷ Dicho delito fue derogado de la legislación penal con posterioridad a la matanza, pero pronto fue substituto por un número de tipos, cuya aplicación seguía en la línea del Derecho Penal del enemigo. Si bien, la matanza de Tlatelolco es considerada el punto de partida, hacia el resquebrajamiento del régimen de partido único en México; la subsistencia de la utilización del Derecho penal como uno de los medios de represión de los movimientos sociales, habla de lo ligado que se encuentra la discrecionalidad penal con el mantenimiento del poder político y económico en México. Un ejemplo, es que la reforma constitucional en materia penal, prácticamente dejó a la institución del Ministerio Público intacta. La instrucción penal sigue siendo dirigida por un órgano dependiente del Poder Ejecutivo, sin un diseño institucional que garantice su independencia.

Ya en los casos de oposición a mega-proyectos, los tipos penales más utilizados en contra de los opositores a los mismos aquellos denominados como contra la autoridad. En ellos se engloban la desobediencia y resistencia de particulares,³⁸ oposición a que se ejecute alguna obra o trabajos públicos,³⁹ quebrantamiento de sellos,⁴⁰ delitos cometidos contra funcionarios públicos,⁴¹ y ultrajes a las insignias nacionales.⁴² Sobre todo el delito de oposición a ejecución de alguna obra o trabajos públicos es fácil instrumentalizarlo en casos en que comunidades se oponen a mega proyectos de

³⁶ Los delitos de disolución social se encontraban en el artículo 145 y 145 bis del Código Penal Federal que señalaba: Artículo 145. Se aplicará prisión de dos a seis años, al extranjero o nacional mexicano, que en forma hablada o escrita, o por cualquier medio, realice propaganda política entre extranjeros o nacionales mexicanos, difundiendo ideas programas o normas de acción de cualquier gobierno extranjero, que perturbe el orden público o afecte la soberanía del Estado mexicano. Se perturba al orden público, cuando los actos determinados en el párrafo anterior, tienden a producir rebelión, sedición, asonada o motín. Se afecta la soberanía nacional, cuando dichos actos puedan poner en peligro la integridad territorial de la República, obstaculicen el funcionamiento de sus instituciones legítimas, o propaguen el desacato de parte de los nacionales mexicanos a sus deberes cívicos.

³⁷ "La cultura jurídica y el movimiento del 68", *Alegatos*, 70, 2008, pp. 371-394, p. 378.

³⁸ Artículos 178-183 del Código Penal Federal.

³⁹ Artículo 185 del Código Penal Federal.

⁴⁰ Artículo 187-188 del Código Penal Federal.

⁴¹ Artículo 189 del Código Penal Federal.

⁴² Artículo 191-192 del Código Penal Federal.

infraestructura u otro tipo de obras. También en el corte de carreteras para evitar que entren maquinarias o trabajadores es englobado bajo ataques a las vías de comunicación.⁴³ El mismo se aplica al que detenga los vehículos de un camino público o estorbe o ponga algún obstáculo en dicho camino.⁴⁴ Por tanto cuando en una manifestación se cierran caminos federales, se obstaculiza por una marcha u otro tipo de actos, este delito que lleva una pena de uno a cinco años de prisión normalmente es utilizado por el Ministerio Público para detener a los manifestantes. Finalmente un delito que bajo un primer análisis no parecería ser utilizado para efectos de criminalización de la protesta social es el delito de secuestro equiparado, que se contempla en el rubro del delito de privación ilegal de la libertad.⁴⁵ La pena es una de las más altas del código penal contemplando de entre quince y cuarenta años de prisión. No obstante que en los casos en que movimientos sociales han mantenido privados de la libertad a funcionarios públicos, no es una situación de petición de rescate y que hay tesis de jurisprudencia de los Tribunales Federales en este sentido;⁴⁶ el Ministerio Público federal integra la averiguación previa por considerar que se cae en el supuesto en que la detención se hace en calidad de rehén y con el objeto de que la autoridad realice o deje de realizar un acto.⁴⁷

4. Experiencias de estrategias de resistencia de los pueblos indígenas en contra de megaproyectos

La gran mayoría de los casos en los que no ha existido un verdadero proceso de consulta, terminan en graves violaciones a los derechos humanos por la continuación de los proyectos impuestos de desarrollo a través del uso de la fuerza pública del Estado, a veces a instancias particulares. Si bien el levantamiento Zapatista puede entenderse en el marco de la imposición de proyectos políticos y económicos sin consulta de los pueblos indígenas, como la contra-reforma agraria y la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, esta no ha sido la última de dichas manifestaciones. De manera más reciente la formación de la Asamblea Popular de los Pueblos Oaxaqueños, se formó en el 2006 por miembros de la Sección 22 del

⁴³ Artículos 164-172 del Código Penal Federal.

⁴⁴ Artículo 167.III del Código Penal Federal.

⁴⁵ Artículo 366 del Código Penal Federal.

⁴⁶ SECUESTRO. NO SE ANTE LA AUSENCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO DE FINALIDAD QUE LO RIGE. El citado ilícito no se concreta a exigir para su configuración el acto material de la privación de la libertad de una persona, por cualquier medio, sino que se exige que ese acto de privación esté finalísticamente regido, precisamente, por el fin de obtener rescate o causar daños o perjuicios al secuestrado o a otra persona relacionada con éste. Lo anterior significa que se trata de un elemento subjetivo del injusto, específicamente determinado, de tal manera que constituye la tendencia interna del sujeto de la que parte, como impulso de realización de ese propio fin, la conducta material de la privación, esto es, que el acto material de privación es consecuencia exteriorizada del fin perseguido y no a la inversa, debiendo existir, por ende, una probada relación de continuidad. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 401/2000. 4 de mayo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Jorge Hernández Ortega.

⁴⁷ Art. 366.b del Código Penal Federal.

Sindicato de Trabajadores de la Educación tomaron el centro de la ciudad en Oaxaca en tanto no se atendieran sus exigencias. A ellos se les unieron otras organizaciones populares, incluyendo indígenas. El 14 de junio de 2006 la policía local intervino para tratar de desalojar a los miembros del magisterio hiriendo a varias personas. Con posterioridad el conflicto empezó a escalar y para el 2007 ya había más de 20 personas muertas, 366 personas detenidas y 381 personas lesionadas.⁴⁸ Al momento en que se presentó el Informe preliminar de la CNDH relativo a los hechos ocurridos en Oaxaca en el 2006, ya se habían presentado 1,211 quejas por presuntas violaciones a derechos humanos, consecuencia del uso indebido de la fuerza pública, detenciones arbitrarias, incomunicación, desaparición de personas, daños, lesiones, amenazas y cateos ilegales.⁴⁹ Las personas detenidas durante el operativo en Oaxaca se encuentran privadas de su libertad en centros de reclusión federales de mediana a alta seguridad, lejanos a su lugar de residencia y de los hechos. Entre estos centros están: el de Tepic, Nayarit, Matamoros, Tamaulipas y Almoloya de Juárez en el Estado de México.

En un caso más relacionado con grandes obras de infraestructura está el de del Frente de los Pueblos en Defensa de la Tierra en San Salvador Anteco y Texcoco, Estado de México que surgió en oposición al proyecto de construcción de un nuevo aeropuerto. Ante tales hechos, hubo una intervención de la Policía Federal y la Agencia de Seguridad Estatal del Estado de México en el marco de la protesta social. Los hechos se originan por el desalojo de autoridades municipales y estatales en mayo del 2006 de floricultores de Texcoco, con posterioridad pobladores de San Salvador Anteco bloquearon la carretera de Lechería a Texcoco. Esto es un delito federal conocido como obstrucción de las vías federales de comunicación y retuvieron a doce elementos policías estatales para demandar la liberación de sus compañeros. Posteriormente, al tratar de liberar el bloqueo la policía estatal conjuntamente con elementos de la policía federal y 500 elementos de la policía estatal entraron a domicilios de miembros del Frente de los Pueblos en Defensa de la Tierra deteniendo a 84 personas. Ese día y el siguiente 4 de marzo, quedó cercada la población de San Salvador Anteco. La siguiente madrugada 1815 elementos de la Policía Federal y 700 de la Estatal relazaron un operativo con uso de la violencia el operativo duró todo el día. Hubo 211 personas detenidas, dos muertos, cinco extranjeros expulsados. En este caso en particular varias mujeres fueron objeto de ataques sexuales, como se puede documentar en la denuncia presentada ante la Fiscalía Especializada en Delitos Violentos cometidos contra las Mujeres y Trata de Personas (FEVIMTRA) que no ha realizado arrestos pese a que inicio una averiguación previa (instrucción penal) bajo el rubor FEVIM/03/05/2006.

⁴⁸ Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez e Instituto para la Seguridad y la Democracia, *Manual de seguridad ciudadana*, México, 2009, p. 66. Para un recuento de los días más argüidos de la represión desde la literatura, *vid.*, Maestría en Literatura Mexicana-Instituto de Investigaciones en Humanidades Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, *Recuento para los días y los hechos del 2006*, México, Colección La Casa de la Nevería, 2008.

⁴⁹ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Informe preliminar de los hechos ocurridos en la Ciudad de Oaxaca a partir del 2 de junio de 2006*, del 18 de diciembre del 2006, p. 3, disponible en:

Las luchas por el agua, también han terminado en terminas de criminalización como es el caso de la represión de los opositores a los proyectos de urbanización y el abuso de los manantiales en Xoxocotla, Morelos. A raíz de la perforación de pozos de agua en manantiales de Morelos, 13 pueblos del sur de Morelos se manifestaron y cerraron la carretera Federal México-Cuernavaca. Ya se habían tomado dos veces el Ayuntamiento de Emiliano Zapata y bloquearon seis carreteras de Sur de Morelos, en Puente de Ixtla y Tlaltizapán.⁵⁰ En estos casos el Gobierno Estatal afirma que el Congreso de los Pueblos representa a células del EPR, EZLN y la APPO.⁵¹

Otro caso paradigmático se refiere a la criminalización y represión de movimientos opositores a la construcción sin consulta previa de la Presa la Parota por la compañía nacional de Electricidad mexicana, la Comisión Federal de Electricidad. Desde julio del 2004 se libraron órdenes de aprensión en contra de opositores y se detuvo a dos comuneros.⁵² Uno de los detenidos es Margarito Castillo Manrique del Ejido Dos Arroyos preso en el CERESO de Acapulco Guerrero desde el 16 de diciembre del 2005.

Finalmente, si bien todos los demás casos analizados tienen en común la preexistencia de un conflicto social y que la actuación represiva de los órganos de seguridad incluye medidas de penalización a posteriori; el caso del acoso penal a las radios comunitarias merece una mención especial debido a sus matices.⁵³ La historia del sistema político pos revolucionario sigue marcada por una alta limitación del gobierno en el ejercicio de la libertad de expresión. Los medios han variado desde el control directo de medios e indirecto a través de suministros como el monopolio del papel, hasta la represión de medios independientes como fue el famoso caso de Excelsior en los setentas. Otros medios de coacción de la libertad de expresión han sido la alta concentración de medios, a través de un uso selectivo de las concesiones del espacio radio eléctrico, así como la cooptación de organizaciones sociales tanto sindicales y campesinas, para efectos de contrarrestar la influencia de organizaciones independientes. Si bien, la censura y la utilización de los tipos penales en contra de periodistas, se ha reducido considerablemente, la relación entre medios masivos de comunicación y el gobierno sigue siendo fundamental para el ejercicio del poder. De hecho, la dependencia del poder político de los medios masivos como órganos de comunicación oficial no sólo en tiempos electorales, sino como medio de justificación del ejercicio del poder, ha trascendido el incipiente cambio de denominación electoral en México.

Esta alianza es más evidente respecto a los dos grandes grupos concesionarios de televisión, cuya influencia política y económica, va más allá de la voluntad de los ciudadanos mexicanos. La concentración se sólo se entiende en un estado en el más

⁵⁰ Andrés Barreda, "Morelos: provocación gubernamental vs. propuestas populares", *Energía. Frente de Trabajadores de la Energía de México*, vol. 7, no. 91, 2007, p33 y 35 y *La Jornada*, domingo 5 de 2007.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² "Un Movimiento Social frente a La Parota: construyendo los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales desde abajo". *Ce-Acatl. Revista de la Cultura de Anáhuac*, no. 107, p. 21.

⁵³ *Vid., Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, op. cit.*, pp. 139-140.

del noventa por ciento de las viviendas cuenta con una televisión abierta que tiene acceso a dicho duopolio, mientras que las opciones de televisión por cable o satélite son mucho más reducidas.⁵⁴ El alto grado de poder de dichos consorcios, que también incursionan en medios impresos y radio, solo puede ser descrito como señala Boaventura de Sousa Santos, al decir que tales empresas ejercen una: “violencia simbólica de las comunicaciones masivas en redes globales ejercida sobre públicos cautivos”.⁵⁵ La imposición de una visión única política, cultural y económica en contra donde la otredad es una realidad incuestionable en el actual sistema de medios en México. En este sentido, el alto grado de dependencia del poder político de los medios y viceversa, crea una alianza en contra de las manifestaciones, marginales sin lugar a dudas, de otra comunicación. Este es el terreno donde se mueven las radios comunitarias.

Recientemente dichos medios han sido acosados a través de la negación de permisos y trabas para operar. Pero lo más importante es que también hay un clima de criminalización de las mismas. Inclusive el Estado mexicano ha calificado esta actitud como violatoria de la libertad de expresión, com en la Recomendación General de la Comisión Nacional de Derechos Humanos del 2009. En febrero del 2010 la Comisión Federal de Telecomunicaciones otorgó nuevos permisos a las radios comunitarias, pero la ausencia de un régimen especial para las radios comunitarias en la Ley Federal de Radio y Televisión, señaló el carácter verdaderamente comercial de la misma, sujeta a los intereses del duopolio televisivo mexicano.

Existen también nuevos riesgos, representados por las iniciativas presentadas por diputados relacionados a los grandes consorcios de telecomunicación (conocidos popularmente como la telebancada) para penalizar a personas que utilicen las vías generales de comunicación sin necesidad de que personas sin necesidad de pasar por el procedimiento administrativo. En un desplegado publicado en diciembre del 2009 la Cámara de la Industria de la Radio y la Televisión de México (CIRT) expresaba a su amplio rechazo al reconocimiento legislativo de las radios comunitarias.⁵⁶ A la fecha no existe un reconocimiento expreso por parte de la Ley de Radio y Televisión a las Radios Comunitarias y sólo se reconoce la radio pública y la radio privada.

A este acoso sistemático promocionado por el Estado y los grandes consorcios, también se le debe añadir la utilización del derecho penal en contra de las personas dedicadas a la radiodifusión comunitaria. Resalta el caso de la Radio Difusora “Tierra y Libertad” ubicada en una zona de ocupaciones irregulares alrededor de la Ciudad de Monterrey, Nuevo León.⁵⁷ En este caso aún después de no recibir noticia de su

⁵⁴ II Censo de Población y Vivienda 2005 del INEGI, incluido dentro de Comisión Federal de Telecomunicaciones, Índice de Producción del Sector Telecomunicaciones al tercer trimestre de 2009, en www.cft.gob.mx/wb/Cofetel_2008/tercer_trimestre_2009.

⁵⁵ *Sociología jurídica crítica*, Madrid, Trotta, p. 42.

⁵⁶ Comunicado de la Asociación Mundial de Radios Comunitarias AMARC-México, donde se rechaza las afirmaciones que al Cámara Nacional de la Industria del Radio y Televisión, CIRT, público en un desplegado en varios periódicos de circulación nacional, el 7 de diciembre del 2009, disponible en: <http://www.amarc-mexico.org/general/3008.html>

⁵⁷ Sobre este caso, ver, “Proceso penal en contra de Héctor Camero, participante de la radio Tierra y Libertad, Monterrey, Nuevo León”, disponible en: <http://www.amarc-mexico.org/radiosagredidas/3007.html>

solicitud de permiso para operar dicha radio comunitaria durante dos años y ya que no existe una regulación especial para las mismas, la Policía Federal se presentó en 2008 en las instalaciones de la Radio Difusora “Tierra y Libertad” con una orden de cateo y comenzaron a dismantelar las instalaciones. Solo la movilización de los miembros de la comunidad impidió la detención de Hector Camero por el delito de uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico sin permiso del Estado. Dicho delito ha sido el tipo bajo el cual se han integrado las averiguaciones previas en contra de directores de las radios comunitarias.⁵⁸ Este ánimo penalizador contrasta ampliamente con las renovaciones automáticas otorgadas a los grandes consorcios de telecomunicaciones otorgadas bajo una ley a modo, la Ley de Radio y Televisión también conocida como la “Ley Televisa”.

REFERENCIAS

- Anaya, James S., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2005.
- Anderson, Benedict, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Londres, Verso, 1991.
- Aragón Andrade, Orlando, *Indigenismo, Movimientos y Derechos indígenas en México. La reforma al artículo 4 constitucional de 1992*, Morelia, UMSNH, 2007.
- Becerra, Manuel, “La cultura jurídica y el movimiento del 68”, *Alegatos*, 70, 2008, pp. 371-394.
- Bertoni, Eduardo, ¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina, Buenos Aires, CELE-Universidad de Palermo, 2010
- Castrillón Orrego, Juan Diego, *Globalización y derechos indígenas: el caso de Colombia*, México, IJ-UNAM, 2006.
- Color Vargas, Marycarmen y Miguel Rábago Dorbecker, “El discurso de lo otro en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre pueblos indígenas: La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” en Orlando Aragón Andrade, (coord.) *Los derechos de los pueblos indígenas en México. Un panorama*, Morelia, Secretaría de Cultura del Estado de Michoacán, 2008, pp. 123-178.
- Díaz Polanco, *El canon Snorri. Diversidad cultural y tolerancia*, México, UACM, 2004.
- Elster, Jon (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988,
- Estrada Michel, Rafael, *Monarquía y Nación ente Cádiz y Nueva España*, México, Porrúa, 2006.
- Fraser, Nancy, “Feminism, Capitalism and the Cunning of History”, *New Left Review*, no. 56, 2009, pp. 97-117.
- González Galván, Jorge Alberto, “El artículo segundo constitucional. Los derechos de los pueblos indígenas en México”, en Orlando Aragón Andrade, (coord.) *Los derechos de los pueblos indígenas en México. Un panorama*, Morelia, Secretaría de Cultura del Estado de Michoacán, 2008, pp. 151-178.
- Lomnitz, Claudio, *Deep Mexico, silent Mexico: an anthropology of nationalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2001.

⁵⁸ El artículo 150 de la Ley de Bienes Nacionales señala que se impondrá hasta 12 años de prisión a quien use, aproveche o explote un bien que pertenezca a la Nación, sin haber obtenido previamente concesión, permiso o autorización, o celebrado contrato con la autoridad competente.

López-Ayllón, Sergio y Hector Fix-Fierro, “¡Tan cerca, Tan lejos! Estado de Derecho y cambio jurídico en México (1970-2000)”, en Héctor Fix-Fierro, Lawrence M. Friedman y Rogelio Pérez Perdomo (editores), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, IIJ-UNAM, 2003, pp. 503-603.

Maestría en Literatura Mexicana-Instituto de Investigaciones en Humanidades Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, *Recuento para los días y los hechos del 2006*, México, Colección La Casa de la Nevería, 2008

Salazar Albornoz, Mariana y Gustavo Torres Cisneros, “La declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” en Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, México, SRE, 2006, pp. 49-75, p. 72.

Stavenhagen, Rodolfo, *Derechos Humanos de los pueblos indígenas*, México, CNDH, 2000.

Subirats, Eduardo, *Una última visión del paraíso*, FCE, México, 2004

ABORDAJE INTERDISCIPLINARIO DE LA VIOLENCIA FAMILIAR

Oscar Vázquez¹

Este trabajo forma parte de un seminario – taller de capacitación que se viene desarrollando en las cabeceras departamentales judiciales y en los Juzgados de Paz de la Provincia de Buenos Aires en el marco de un convenio entre la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y UNFPA, Fondo de Población de Naciones Unidas.

Es importante destacar que la provincia de Buenos Aires ocupa un vasto territorio de 307.500 kilómetros cuadrados y es abarcado por 18 cabeceras departamentales judiciales que involucran además 112 juzgados de paz letrados. En este territorio con aproximadamente 14 millones de habitantes (un tercio de la población del país) encontramos tanto áreas urbanas con alta concentración demográfica, así como áreas rurales muy alejadas de los centros administrativos.

El objetivo esencial de este seminario – taller fue no sólo relevar sino además abastecer la capacitación y formación interdisciplinaria de los operadores, así como detectar las fallas en la implementación de las políticas públicas en el establecimiento de las redes de servicios dispuestos por la ley 12.569 (ley de protección de la violencia familiar). Además, como lo señala la Dra. Villaverde²: “la falta de capacitación en la especificidad de la problemática se traduce en una interpretación inadecuada de los preceptos legales, en la demora en la toma de decisiones, en la falta de protección eficaz para las víctimas y en la resistencia de muchos magistrados a conocer en los procesos relacionados con cuestiones conflictivas que se desarrollan en el ámbito familiar”.

Definición

Según Lamberti “existe violencia familiar cuando en un grupo social doméstico una persona más débil es víctima de abuso de poder de otra en su esfera física y/o psicológica y/o sexual y/o patrimonial. Referirse a violencia familiar es remitirse a la asimetría propia del acto violento y a su carácter coercitivo, y atañe a la dinámica del poder en una familia.”³

En este punto se hace necesario destacar las normas del derecho internacional que colocan a la problemática de la violencia familiar en el marco del sistema de protección de los derechos humanos internacional e interamericano y sus implicancias

¹ Docente de la materia Teoría General del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Adjunto de la materia Psicología de la Personalidad de la Facultad de Psicología de la Universidad del Salvador. Docente del Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

² Villaverde, María S. La Violencia Doméstica es una Violación a los Derechos Humanos. Lexis N° 003/800184. 2006. p. 3

³ Lamberti, S. Viar, J. P. Violencia Familiar. Sistemas Jurídicos, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2008. p. 19

respecto del compromiso de cumplimiento por parte de los Estados en sus políticas, leyes y jurisprudencias internas, dado que el desconocimiento judicial de la Convención de Belem do Pará “puede configurar sentencia arbitraria y dejar expedita la vía de inconstitucionalidad nacional y la de la instancia supranacional (arts. 7 y 12 de la ley 24.632 y su remisión a los arts. 46 y 47 del Pacto de San José de Costa Rica)”.⁴⁵⁶

Estas normas a las que hacía referencia son esencialmente dos: una la Convención sobre la eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), aprobada por la resolución 34/80 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18/12/1979 y suscripta por la República Argentina el 17/07/1980⁷ y la otra, mencionada más arriba es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, conocida como Belem do Pará por haber sido suscripta en esta ciudad de la República Federativa de Brasil el 9/06/1994, que fue incorporada como ley nacional 24.632 y rige desde abril de 1996.

La CIDH a través del Párr. 56° afirma que “Dado que esta violación contra María da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa ineffectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos”.⁸

De manera tal y en concordancia con la más actual forma de abordaje de este flagelo social, es que se expresa la ley 12569⁹ de la Provincia de Buenos Aires al definir a la violencia familiar como “toda acción, omisión, abuso, que afecte la integridad física, psíquica, moral, sexual y/o la libertad de una persona en el ámbito del grupo familiar, aunque no configure delito”, de manera de construir un concepto lo suficientemente amplio como para cumplir con el importante objetivo de generar una pronta y eficaz protección de la víctima.

A no pocos magistrados les genera ansiedad el hecho de estar ante esta nueva y particular forma de legislación, dado lo amplio (laxo, dirían algunos) del concepto y definición de violencia familiar para esta ley, que es una de las más nuevas y completas del país. Si bien es cierto que la extensión de tal concepto hace casi imposible describir con justeza los comportamientos específicos a los que se refiere y por eso los jueces

⁴ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, suscripta en Belem do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994.

⁵ Ley Nacional Argentina 24.632, que aprueba la “Convención de Belem do Pará”, promulgada el 1 de abril de 1996.

⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscripta en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

⁷ Incluida en la nómina del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y rige como ley nacional 23.179 desde junio de 1985.

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 54/01. Caso 12.051, María da Penha Maia Fernandes, Brasil.

⁹ Ley de la Provincia de Buenos Aires 12.569 de Protección contra la Violencia Familiar, Promulgada el 28 de diciembre de 2000 y reglamentada por el decreto 2875 del 28 de noviembre de 2005.

no sólo deberán capacitarse en estas temáticas para su tratamiento, sino que también deberán recurrir a expertos interdisciplinarios para su mejor abordaje; también lo es el hecho de formular el alcance lo más abarcativo posible de manera tal que todo el andamiaje proporcionado por la normativa no se vea limitado. Es claro que ya existían normas que prohibían el castigo físico por ejemplo en el caso de los menores,¹⁰ sin embargo lo más trascendente en estos casos es que hay muchas más situaciones de violencia que exceden este ejemplo y que también precisaban ser incluidas.

Grupo familiar

Es interesante desde un punto de vista psicosocial actual de los vínculos que la ley amplíe el concepto de familia y considere por grupo familiar “al originado en el matrimonio o en las uniones de hecho, incluyendo a los ascendientes, descendientes, colaterales y/o consanguíneos y a convivientes o descendientes directos de algunos de ellos”, llegando también a aplicarse a toda “persona con quien tenga o haya tenido relación de noviazgo o pareja, o con quien estuvo vinculado por matrimonio o unión de hecho.”¹¹

Es de destacar que a raíz de las discusiones de estas temáticas en los foros interdisciplinarios e internacionales, se promueve la incorporación a las legislaciones internas de nuevas formas de vínculos provocados por el establecimiento de nuevas costumbres en los diferentes contextos de lugar y época. Hasta hace no muchos años el Código Civil Argentino no consideraba familia a las uniones cuyos miembros no habían celebrado matrimonio, es más, hasta los hijos se consideraban de categoría ilegítimos si no formaban parte de la familia legítima.¹² Asimismo, por estos días se encuentran en la agenda pública nuevas consideraciones sobre los vínculos y las familias ensambladas por motivo de haberse promulgado la ley de matrimonio igualitario. De manera tal que al afianzarse nuevas costumbres respecto de las familias como, a saber: familias ensambladas, homoparentales, monoparentales, uniones de hecho, etc., es de considerarse un acierto la extensión en la consideración del vínculo familiar, excediendo la concepción clásica del concepto a favor de no restringir el acceso a la justicia en casos de violencia familiar.

Competencia

Striebeck considera (respecto de la ley 12569) que, “salvo para el caso de la medida urgente, hubiera sido más apropiado confiarle solamente la competencia a los Juzgados de Familia, por tratarse de un organismo especializado en conflictos familiares y dotado de personal capacitado y entrenado para resolver estos hechos que presentan un alto componente psicológico. Respecto a la atribución de competencia de los Juzgados de Paz, se justifica porque estos conservan en su esfera de actuación

¹⁰ Código Civil Argentino. art. 278

¹¹ Ley 12.569, art. 2.

¹² Vázquez, O. Pautas para la adecuada comunicación entre padres e hijos luego del divorcio. Reflexiones acerca del conflicto en la comunicación. Inédito. p. 14.

materias propias del derecho de familia y, por lo demás, se garantiza el acceso a la justicia de quienes viven en lugares distantes de la ciudad sede del Tribunal de Familia, resguardando de este modo el acceso a la justicia efectiva (art. 15 Constitución Provincial)¹³. Sin embargo en este punto es interesante destacar que existe – en principio – una dificultad técnica operativa y se refiere a la confección del diagnóstico de interacción familiar al que alude el art. 8 de la ley, dado que el mismo debe emanar de profesionales de diversas disciplinas¹⁴ y los Juzgados de Paz, al no contar con profesionales de estas disciplinas en sus nóminas generalmente delegan este tipo de informes en psicólogos, médicos y trabajadores sociales dependientes del municipio a título de colaboración, lo que genera que no se pueda controlar el proceso debidamente por diferentes motivos, principalmente el del tiempo ya que la ley le exige cierta perentoriedad a los jueces que no se ve acompañado en ocasiones por la perspectiva de los profesionales auxiliares. Además, es necesario difundir nuevas formas de abordaje en psicología ya que tanto en Buenos Aires como en Argentina en general, el enfoque psicoanalítico (freudiano y lacaniano principalmente) es el más establecido a pesar de que los teóricos que trabajan en la temática lo desaconsejan, incluso – como lo mencionaremos más adelante – se priorizan los tratamientos individuales, cuando lo más conveniente serían los grupales y familiares entre otros.

Soluciones que aporta la ley

A fin de evitar la repetición y/o incremento de situaciones de violencia la ley faculta al juez o tribunal a:

- a) Ordenar la exclusión del presunto autor de la vivienda donde habita el grupo familiar.
- b) Prohibir el acceso del presunto autor al domicilio del damnificado como a los lugares de trabajo, estudio o esparcimiento del afectado y/o del progenitor o representante legal cuando la víctima fuere menor o incapaz; como así también fijar un perímetro de exclusión para circular o permanecer por determinada zona.

Asimismo arbitrará los medios necesarios para que el agresor cese con todo acto de perturbación o intimidación contra la o las víctimas.

- c) Ordenar a petición de quien ha debido salir del domicilio por razones de seguridad personal su reintegro al mismo, previa exclusión del presunto autor.
- d) La restitución inmediata de los efectos personales a la parte peticionante, si ésta se ha visto privada de los mismos por hechos de violencia familiar.
- e) Proveer las medidas conducentes a fin de brindar al agresor y el grupo familiar, asistencia legal, médica y psicológica a través de los organismos públicos

¹³ Striebeck, Federico. Breves reflexiones en torno a la ley de violencia familiar de la provincia de Buenos Aires. Lexis N° 0003/008632. p. 6.

¹⁴ Di Lella, P. Di Lella, P. (h). La Ley de Protección Contra la Violencia Familiar de la Provincia de Buenos Aires. Lexis N° 0003/008177. p. 11. "... parece deseable (si no absolutamente imprescindible) que el magistrado interviniente cuente con la colaboración permanente de profesionales de distintas disciplinas".

- y entidades no gubernamentales con formación especializada en la prevención y atención de la violencia familiar y asistencia a la víctima.
- f) En caso de que la víctima fuere menor o incapaz, puede otorgar su guarda provisoria a quien considere idóneo para tal función, si esta medida fuere necesaria para su seguridad psicofísica y hasta tanto se efectúe un diagnóstico de la situación. La guarda se otorgará prioritariamente a integrantes del grupo familiar, o de la comunidad de residencia de la víctima.
 - g) Fijar en forma provisoria cuota alimentaria y tenencia.
 - h) Toda otra medida urgente que estime oportuna para asegurar la custodia y protección de la víctima.¹⁵

Seguimiento

Desde el conocimiento del hecho hasta la adopción de las medidas cautelares no podrá exceder el término de cuarenta y ocho (48) horas.

En caso de no dar cumplimiento a las medidas impuestas por el Juez o Tribunal, se dará inmediatamente cuenta a éstos, quienes podrán requerir el auxilio de la fuerza pública para asegurar su cumplimiento.

Es de destacar que el poder judicial no está preparado para realizar un seguimiento eficaz de los casos de violencia que son tramitados y que depende en gran medida de los profesionales y funcionarios, así como de las características de cada zona.

Sería de gran importancia que se pudiera cristalizar el trabajo mancomunado no sólo desde la interdisciplina, sino principalmente desde lo interinstitucional, que aunque haya en este momento mesas intersectoriales activas, se espera que puedan trascender la expresión de deseos en acciones más firmes y eficaces en el tratamiento y seguimiento de los casos que se presentan.

Redes y recursos

El poder ejecutivo arbitrará los medios y los recursos necesarios para el cumplimiento de los siguientes objetivos:

- Articulación de las políticas de prevención, atención y tratamiento de las víctimas de violencia familiar.
- Desarrollar programas de capacitación de docentes y directivos de todos los niveles de enseñanza, orientados a la detección temprana, orientación de padres y derivación asistencial de casos de abuso o violencia, así como a la formación preventiva de los alumnos.
- Crear en todos los centros de salud dependientes de la Provincia, equipos multidisciplinarios de atención de niños y adolescentes víctimas y sus familias, compuestos por un médico infantil, un psicólogo y un asistente social con

¹⁵ Ley 12.569, art. 7.

formación especializada en este tipo de problemáticas. Invitar a los municipios a generar equipos semejantes en los efectores de salud de su dependencia.

- Incentivar grupos de autoayuda familiar, con asistencia de profesionales expertos en el tema.
- Capacitar en todo el ámbito de la Provincia, a los agentes de salud.
- Destinar en las comisarías personal especializado en la materia (equipos interdisciplinarios: abogados, psicólogos, asistentes sociales, médicos) y establecer un lugar privilegiado a las víctimas.
- Capacitar al personal de la Policía de la Provincia de Buenos Aires sobre los contenidos de la presente Ley, a los fines de hacer efectiva la denuncia.
- Crear un programa de Promoción familiar destinado a sostener en forma temporaria a aquellos padres o madres que queden solos a cargo de sus hijos a consecuencia de episodios de violencia o abuso y enfrenten la obligación de reorganizar su vida familiar.
- Generar con los municipios y las entidades comunitarias casas de hospedajes en cada comuna, que brinden albergue temporario a los niños, adolescentes o grupos familiares que hayan sido víctimas.
- Desarrollar en todos los municipios servicios de recepción telefónica de denuncias, dotados de equipos móviles capaces de tomar contacto rápido con las familias afectadas y realizar las derivaciones correspondientes, haciendo un seguimiento de cada caso.¹⁶

Formas de violencia

Lamberti¹⁷ clasifica las formas de la violencia en la familia en: Maltrato Infantil, Violencia Conyugal y Maltrato a Ancianos.

El Maltrato infantil involucra diferentes situaciones que constituyen los subtipos que se detallan a continuación. Maltrato Físico: Cualquier acción por parte de adultos a cargo de un menor que le ocasione a éste riesgo o daño físico; Abandono Físico: Cuando los miembros del grupo que conviven con un niño no atienden sus necesidades básicas como alimentación, vestido, higiene, protección del peligro y cuidados médicos; Maltrato Emocional: Cuando algún miembro adulto del grupo familiar insulta, burla, denigra, critica, censura iniciativas y amenaza en forma sostenida y constante a un menor; Abandono emocional: Se presenta cuando los adultos de una familia no retroalimentan ningún tipo de interacción emocional o afectiva en el niño; Abuso Sexual: Se refiere a cualquier implicación de niños y adolescentes, dependientes e inmaduros en cuanto a su desarrollo, en actividades sexuales que no comprenden plenamente y para los cuales son incapaces de dar un consentimiento informado. Comprende acciones como la perturbación, exhibicionismo, voyeurismo, manoseos, masturbación al niño y/o por y frente al niño, felación, frotamiento, penetración anal y/o vaginal, etc.; Explotación Laboral: La obligación a menores para aportar un beneficio económico a

¹⁶ Ley 12.569, art. 20.

¹⁷ Id. p. 21.

través de tareas que interfieren en su normal desarrollo y con carácter de continuidad; **Corrupción:** Implicación a un menor en actividades antisociales y desviadas (violencia, drogas, sexualidad); **Síndrome de Münchhausen:** Someter a menores a tratamientos innecesarios simulando síntomas patológicos; **Incapacidad Parental:** Dificultad parcial o total para conducir de manera adaptativa el comportamiento de los hijos; **Abandono:** Dejar literalmente a un niño abandonado sin intención de volver a recogerlo; **Maltrato Prenatal:** Cualquier acción intencional de la madre que pueda causar un daño en el feto y/o niño; **Secuestro/Sustitución de Identidad:** Separación a los niños de sus padres y/o su entrega a otros sujetos negando la identidad y la restitución familiar.

La **Violencia Conyugal** se refiere principalmente al maltrato que sufren las mujeres en forma intencional por parte de un hombre con quien mantiene un vínculo íntimo y se manifiesta en los siguientes tipos: **Abuso Emocional:** A través de insultos, gritos, críticas, desvalorización, amenazas, rotura de objetos personales, etc., en un clima emocional de sometimiento, que puede provocar suicidio; **Abuso Físico:** Consiste en lesiones que van desde las bofetadas, trompadas, patadas hasta el uso de elementos contundentes y llegando a provocar incluso homicidios; **Abuso Sexual:** Imposición del acto sexual contra la voluntad de la mujer; **Abuso Económico:** Impedir la administración de su propio dinero y bienes personales; **Violencia Cruzada:** Vínculo simétrico de ataques y agresiones en ambos miembros de la pareja.

Maltrato Hacia el Varón: Puede revestir las formas antes mencionadas pero hacia el varón, se considera que la proporción de casos es notablemente menor que en el de la mujer sin embargo, es muy baja la tasa de denuncia.

Maltrato a Ancianos y Discapacitados: Provocar un daño físico, psicológico o económico en personas por parte de la familia.

Concepciones etiológicas

En este tipo de problemáticas siempre es difícil – como también inexacto – reducir las causas que lo originan a una sola y mucho menos única, sin embargo analizando el recorrido de todas las investigaciones hasta el momento, es posible distinguir cuatro modelos¹⁸ de abordaje del fenómeno de la violencia familiar, que prefiero conceptualizar como factores¹⁹, a saber:

- 1) **Intrapersonal:** Alude a teorías que postulan que la causa es la conducta patológica y se enfoca en la persona del sujeto agresor, como psíquicamente perturbado. También se relaciona con el modelo psiquiátrico. Como factor psiquiátrico o psicopatológico lo encontramos principalmente caracterizado

¹⁸ Grosman, C. Mesterman, S. *Violencia en la Familia. La relación de Pareja*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2005. p. 48.

¹⁹ La palabra modelo se refiere más a un concepto ligado a una cosmovisión o paradigma teórico, mientras que factor correspondería a cada agente o elemento concausa, deriva de la palabra facto, que hace, es lo que hace y que mueve para que algo se produzca. Mientras que modelo alude a algo estático, factor señala un agente dinámico. De esto modo, el enfoque que aquí se muestra es multifactorial y así los factores pueden ser no sólo concomitantes, sino que también interactuantes.

por personalidades violentas y/o impulsivas; preferentemente se hace referencia a las psicopatías (trastorno antisocial de la personalidad) y a los trastornos del control de los impulsos.²⁰

- 2) Psicosocial: Se observa a la conducta violenta como un comportamiento aprendido a partir de la propia experiencia de haber sido tratado violentamente o siendo testigo de la misma. Este factor muestra el aprendizaje de conductas aprendidas del medio/entorno, preferentemente el familiar y a través del cual aprendemos no sólo modelos de conducta, sino más bien estructuras de relación, fundamentales a la hora del abordaje terapéutico, ya que no sólo es interesante revisar los patrones de dominación de los agresores, sino también y muy especialmente el carácter complementario de los patrones de las víctimas, patrones de sometimiento arraigados a la estructura de la personalidad por una suerte de condicionamiento que es necesario detectar y desactivar en función de la desnaturalización de estas conductas y para el desarrollo de una vida más plena y libre.
- 3) Sociocultural: Se considera a la violencia como una consecuencia de la estructura de la sociedad global, que es constituida por las desigualdades en las relaciones socioculturales. Este tipo de factor se confunde a menudo con el anterior, sin embargo tiene más que ver con los sistemas rígidos de jerarquías y autoritarios, los cuales se derivaban de modelos culturales enraizados y naturalizados en la sociedad en general y en la cultura de los países de Latinoamérica en particular y por el cual se depositaba en el varón el control social/moral, con facultades de castigo corporal con la “noble” excusa de corregir las conductas no deseadas. Es harto interesante poder hacer un recorrido de la evolución del ámbito civil argentino y la justificación de los malos tratos amparada en el “animus corrigendi” del perpetrador, “si esta actitud obedecía a la forma en que actuaba la esposa que desatendía sus deberes, dando pábulo al comentario sospechoso de la gente y a la adquisición de una fama pública que no podía aceptar silenciosamente el marido”.²¹
- 4) Ecológico: Es a través del que se postula la pluricausalidad en el desarrollo de la violencia doméstica y toma en cuenta distintos contextos del acaecer humano, a saber: Macrosistema, Exosistema, Microsistema y Nivel Individual con sus diferentes aspectos.

Macrosistema: Abarca las formas de organización social, los sistemas de creencias, los estilos de vida que prevalecen en una cultura o subcultura en particular, el sistema político, el económico, etc. y la influencia de cada una de ellas sobre las concepciones y conceptualizaciones de lo que significa ser mujer, hombre, hijo, etc.

Exosistema: Incluye las organizaciones intermedias como la escuela, la iglesia, la comisaría, las asociaciones barriales, los medios de comunicación, los organismos

²⁰ DSM – IV, Criterios Diagnósticos. Masson SA, Buenos Aires, 1995.

²¹ Grosman, C. Mesterman, S. Ob. Cit. p. 157. Citando: C1°CC Córdoba, 10/07/53, “C. J.”, VI-318, Rep. “L. L.”, 1956/57, p. 658.

judiciales y de seguridad, los clubes, el trabajo. Son ámbitos que generan un importante sentido de pertenencia y por lo tanto refuerzan o desalientan los modelos de comportamiento (violencia, discriminación, etc.).

Microsistema: Lo constituye principalmente el sistema familiar, que es el medio en el que los vínculos se manifiestan de manera más auténtica, más próxima y cruda.

Nivel Individual. Se manifiesta a través de los siguientes aspectos:

Cognitivo: Las formas de pensar, de percibir y conceptualizar las diferentes experiencias de la vida; la cosmovisión incluidos sus prejuicios.

Conductual: Las diferentes formas objetivas en que las personas se conectan con el mundo desde lo que dicen y hacen.

Psicológico o Psicodinámico: Se refiere a la influencia que ejercen las emociones, conflictos, complejos, inhibiciones, etc. en nuestra conducta cotidiana.

Transaccional o Interaccional: Alude a la influencia del estilo de comunicación y las formas de establecer vínculos.

Detección de los factores de riesgo

Desde la reflexión y el tratamiento que está teniendo el fenómeno de la violencia familiar, se ha ido evidenciando su categoría de problema social, aún así no está siendo considerada todavía en el ámbito sanitario. En primer lugar, desde los consultorios particulares depende mucho de la formación e información al respecto de los profesionales y por otro lado, ya debería incluirse como rutina en los hospitales e instituciones sanitarias (dentro de la historia clínica) “preguntas específicas destinadas a detectar la ocurrencia de hechos violentos”.²²

Sin perjuicio de lo dicho, es interesante poner a disposición de los profesionales de la interdisciplina, especialmente a los del sector de la salud pública los siguientes indicadores de violencia contra la mujer, a través de los que puede ser detectada para su evaluación y posterior asesoramiento:

Falta de autonomía en el ejercicio de vida reproductiva y sexual, embarazos no deseados y con angustia;

Relato de crisis familiar;

Consultas frecuentes por enfermedades de transmisión sexual;

Problemas durante el embarazo, abortos espontáneos;

Hematomas, quemaduras y otras lesiones;

Lesiones relacionadas a los órganos y/o la actividad sexuales;

Lesiones en boca y/o piezas dentales;

Deterioro de la salud física y/o psicológica;

Trastornos digestivos, de la alimentación;

Adicciones de todo tipo;

²² Velázquez, S. *Violencias Cotidianas, Violencia de Género*. Paidós, Buenos Aires, 2003. p. 219.

Vínculos familiares con notables signos de sometimiento, control y temerosidad; Estructura psicológica lábil, con aislamiento, disminución de libido, abulia, excesiva tolerancia, fobias, síntomas obsesivo-compulsivos, somatizaciones, etc.

Los indicadores de abuso en adolescentes pueden aparecer en los siguientes signos:

Aislamiento de grupo de pares y/o dificultades para la integración;

Trastornos de la alimentación (bulimia, anorexia, etc.)

Dificultades en relación al aprendizaje y al rendimiento escolar;

Aislamiento social que no responde a los parámetros psicopatológicos habituales, etc.

Programas para el cambio en la conciencia social

En cuanto a políticas de estado para el abordaje de esta temática, es importante llegar tanto a hombres como a mujeres y niños. Los varones deben ser destinatarios o sujetos de intervenciones asistenciales y de mensajes de concientización. Al mismo tiempo deben integrar equipos de trabajo y constituirse en interlocutores o portavoces imprescindibles en los debates actuales sobre el problema (jueces, legisladores, comunicadores, políticos).

Con frecuencia los protagonistas de los episodios de violencia (operadores, familiares y víctimas) ignoran cuáles son los caminos a seguir y las diversas alternativas que ofrecen la ley y los servicios sociales, públicos y privados. Se trata entonces de hacerlos conocer por todos los medios disponibles.

Capacitación. Investigación.

Es indispensable sensibilizar y capacitar a los integrantes de los diferentes sectores institucionales que puedan estar involucrados en algún nivel de intervención – sistema judicial, de salud, educativo, policial, etc. – así como a los comunicadores sociales y a la población en general. Aumentaría la visibilidad si los profesionales buscaran indagar las verdaderas causas de las lesiones haciéndoles las debidas preguntas, ofreciéndoles ayuda o proponiéndoles la derivación a las instituciones especializadas, aunque cabe señalar que en su artículo 4 ley 12569 exige que los profesionales denuncien judicialmente los casos que se les presentan.

La persona del operador

Es de destacar la necesidad de atención que requiere el operador o profesional que trabaja en este ámbito, ya que por múltiples circunstancias, que enumeraremos oportunamente, va desarrollando un cuadro de fatiga o agotamiento que se conoce con el nombre de Burn-out. Este proceso se va desarrollando en etapas, a saber:

Ilusión respecto a la tarea a realizar.

Compromiso con los resultados.

Desgaste y frustración.

Insatisfacción y pérdida de empatía con las víctimas.

Además hay una serie de factores que son solidarios con el desarrollo del cuadro:

Falta de preparación y capacitación adecuada para la tarea.

Falta de recursos económicos.

Falta de contención en el lugar del trabajo.

El stress que el operador enfrenta en la tarea puede manifestarse de distintas formas y ponerse en evidencia en el contexto de su trabajo y en relación a las víctimas, y/o en un plano más general, abarcando otras áreas de su vida. Con respecto a la tarea el profesional puede:

Asumir una perspectiva distante.

Evitar durante las entrevistas el abordaje de temas relevantes.

Llegar tarde a las entrevistas o acortar su duración.

Usar un lenguaje corporal que indica falta de interés.

Desde lo emocional puede aparecer:

Síntomas de depresión, angustia, ansiedad, confusión, etc.

Problemas interpersonales con la familia o entorno en general.

Acciones directas

Recepción de la denuncia: El primer paso de intervención institucional debe ser la revelación del hecho de maltrato, por tanto es indispensable facilitar su denuncia.

La creación de organismos a través de los que pueda canalizarse esta inquietud es esencial para saber la real dimensión estadística y tratando con el tiempo a evitarse la judicialización (penalización).

Es necesario crear mecanismos de ayuda comunitaria, esto es, redes de apoyo formales e informales para que las familias puedan afrontar los distintos conflictos que se les plantean.

Programas de rehabilitación del maltratador: Incluyendo temas como masculinidad, relaciones interpersonales, resolución de conflictos, valores culturales y violencia, manejo de la ira, habilidades sociales, abuso de drogas, salud sexual, comunicación adecuada de las necesidades, etc.

Competencia Juzgados de Familia: El Derecho Penal configura la última ratio, el último remedio al cual se deberá acudir dentro del ordenamiento jurídico para abordar las conductas violentas, porque la eliminación de las causas que las generan debe provenir, principalmente, de otros ámbitos. Aunque siguiendo las sentencias del Dr. Calatayud Pérez (juez de menores de Granada, España) se puede reflexionar acerca de alguna forma de atención “terapéutica compulsiva”, en la que el castigo puede ser la prevención como sentencia; parafraseando una de sus conferencias se

podría expresar así: “el que no se cura (trate) por Civil, que se cure (trate) por Penal”. Ya que como se comprobó en muchos países el camino es la prevención, más que la detención o el castigo.

Epílogo

Como conclusión considero que todas las acciones legales e institucionales en los diferentes países tienden a correr el manto de invisibilidad de este flagelo global. Si bien en algunos lugares el tratamiento se canaliza por vía penal como humanista considero importante su abordaje tendiente a la desjudicialización y no por su banalización, sino justamente por lo contrario. A medida que las instituciones se ocupan de esta temática encontramos un aumento progresivo de las denuncias, es decir y reitero, un aumento de las denuncias y no de los casos, ya que los casos es obvio que se mantienen y dan cuenta de una práctica en los vínculos de violencia y abuso, de manifiesto preponderantemente desde un género hacia otro, de hombres hacia mujeres y en un discurso en el que están comprometidos ambos legitimándolo: unos imponiendo el dominio por la fuerza y otras sometándose sin restricciones como pauta cultural transmitida de generación en generación y por lo común en forma inconsciente. Esto es correr el manto de invisibilidad, aunque no es menuda la tarea de proponer nuevas formas de comunicación entre los géneros cuando hay tanta violencia en la sociedad, cuando esta violencia es eficaz a la hora de lograr objetivos: Facciones de barras bravas que se imponen a otras en el manejo de negocios, países que invaden a otros para pacificar a pesar de las muertes por efectos colaterales, etc. Además nuestra tarea es encontrar un nuevo lugar en el mundo para los géneros y una nueva cosmovisión y para esto es importante contar con un enfoque disciplinario más acorde a las Ciencias Sociales trascendiendo el positivismo. En Psicología correspondería con trascender la barrera del tratamiento individual hacia el abordaje grupal para poder dar abasto con la asistencia profesional a grandes masas de población que necesitan nuestra “atención”, esto es, no sólo nuestra atención profesional, sino y más bien nuestro interés.

Es importante destacar el trabajo que vienen realizando instituciones como Promundo, que es una ONG brasileña, con sede en Rio de Janeiro, que trabaja en el ámbito nacional e internacional promoviendo la igualdad de género y la cesación de la violencia contra las mujeres, niños y jóvenes, para citar una de ellas, aunque hay muchas se necesitan más.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es muy importante la labor que viene desarrollando desde hace más de 13 años Raúl Mattiozzi, tratando a hombres violentos, derivados principalmente desde juzgados de Capital y Provincia de Buenos Aires y es el autor de una estadística interesante que se puede apreciar en el anexo gracias a su gentil autorización.²³

²³ El Lic. Raúl Mattiozzi es psicólogo de la Universidad de Buenos Aires y creador del programa Grupo de Autoayuda para Hombres Violentos de la Dirección General de la Mujer del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

ANEXO
GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL
DIRECCIÓN DE LA MUJER

Informe Anual Programa de Asistencia a Hombres Violentos

Durante el año 2009 se atendieron en este programa 139 hombres distintos con un total de 1028 prestaciones. Se distribuyeron según la modalidad de atención de la siguiente manera:

Modalidad	Personas
Grupos	139
Admisiones	85

En el presente año se admitieron 85 hombres, es interesante destacar que el programa se discontinuó durante tres meses.

Características de los hombres admitidos:

- Ocho de cada diez son argentinos más del 30% tiene entre 25 y 34 años, un porcentaje similar entre 35 y 44, dos de cada diez tienen entre 45 y 54 y los mayores de 55 y menores de 25 registran menos del 10% cada uno.
- El 38% está casado, poco menos del 50% soltero, este porcentaje alude al estado civil legal ya que como se verá más adelante en el 90% de los casos hubo convivencia, el 7% está unido de hecho y un 6% divorciado.
- En cuanto al nivel de instrucción el 50% alcanzó el nivel secundario de los cuales sólo el 17% lo terminó, poco menos del 30% tiene primario completo y terciario y universitario suman el 20%, la mitad lo concluyó.
- El 50% de los hombres admitidos son residentes de esta ciudad, un 30% del Gran Buenos Aires, esta variable registra un 17% de sin datos.
- El 40% convive con su víctima al momento de ingresar al grupo.
- En relación al tiempo de convivencia con la víctima el 32% convivió o convive entre 1 y 5 años, el 18% entre 6 y 10 años, un 7% entre 11 y 15, un 22% 16 años o más y el 8% no tuvo convivencia.
- El 91% de los admitidos está ocupado y un 9% desocupado.
- Nueve de cada diez tiene hijos.
- Si observamos el vínculo con la víctima, en el 34% se trata del esposo, un porcentaje similar unido de hecho, un 22% ex unido de hecho y el 6% novio.
- El 90% ejerció violencia física, el 97% emocional, 88% económica y un 3,5 sexual. En esta variable el total fue tomado sobre todos casos y no sobre el tipo de maltrato, por ese motivo la suma de los porcentajes supera el 100%.

- Ocho de cada diez provienen de familia violenta, en el 90% de los casos la violencia se extiende a otro miembro de la familia.
- En el 70% de los casos existió denuncia policial y ocho de cada diez tenía antecedentes de denuncias previas.
- En más del 60% de los casos hubo denuncia judicial.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN BRASIL Y EN ESPAÑA Y LA NECESIDAD DE INTEGRACIÓN DEL DIÁLOGO JUDICIAL

Paula Arruda¹

El control de constitucionalidad difuso en Brasil

Segundo la tesis de BARBOSA MOREIRA en el control de constitucionalidad difuso, la impugnación de inconstitucionalidad deberá constituirse en la prejudicialidad en sentido positivo para la causa principal. Eso significa que la decisión de mérito en la causa principal dependerá del juicio de inconstitucionalidad sobre la norma suscitada. Observando la existencia de inconstitucionalidad, el juez o tribunal no aplicará la norma impugnada en el respectivo caso concreto que levantó el incidente de inconstitucionalidad.²

Están legitimadas para suscitar la cuestión de inconstitucionalidad: las partes del proceso, el Ministerio Público, y el juez de la causa *ex officio*. En los términos del artículo 127 de la Constitución Federal brasileña, el Ministerio Público es institución esencial a la función jurisdiccional del Estado, incumbiéndole la defensa del ordenamiento jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles; de esta forma, el Ministerio Público será necesariamente convocado para manifestarse sobre la inconstitucionalidad. Al juez cumplirá argüir la inconstitucionalidad cuando las partes o el Ministerio Público no susciten la cuestión de inconstitucionalidad, ocasión en que actuará *ex officio*, determinando la no aplicación de la ley inconstitucional al caso concreto.³

El instrumento procesal hábil que requiere la revisión de la decisión en última instancia sobre la prejudicial de inconstitucionalidad es el recurso extraordinario. En los términos del artículo 102, inciso III, *a, b, c, d* y párrafo tercero de la Constitución, atañe al Supremo Tribunal Federal:

III – juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida:

- a) contraríe alguna norma de esta Constitución;
- b) declare inconstitucionalidad de tratado o ley federal;
- c) juzgar válida, ley o acto del gobierno local contestado en fase de esta Constitución;

¹ Profesora de la Universidad Federal del Pará. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Federal del Pará. Doctorado en Derechos Humanos por la Universidad de Salamanca.

² MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. “*Questões prejudiciais e coisa julgada*”. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1967. Tese de concurso para a docência livre de Direito Judiciário Civil, apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pg. 39.

³ BRASIL. Presidência. Legislação. Constituições. “*Constituição 1988*”. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acceso en: 20 de enero de 2011.

d) juzgar válida ley local contestada en fase de ley federal.

§ 3º En el recurso extraordinario el recurrente deberá demostrar la repercusión general de las cuestiones constitucionales discutidas en el caso, en los términos de la ley, a fin de que el Tribunal examine la admisión del recurso, solamente pudiendo rechazarlo por la manifestación de dos tercios de sus miembros.⁴

El elevado número de pleitos sometidos a la apreciación del Supremo Tribunal Federal ha reclamado la necesidad de revisión de la estructura del Poder Judicial. El recurso extraordinario ha recibido frecuentes críticas por someter a la Corte Suprema una cantidad de pleitos desproporcionada a su capacidad juzgadora. Por otro lado, no podemos dejar de considerar que el recurso extraordinario es un instrumento de garantía para el mantenimiento de la unidad legislativa nacional y de acceso para los particulares en la defensa de sus intereses constitucionales.

El derecho brasileño ha buscado tornar la uniformización jurisprudencial cada vez menos susceptible de reformulación. Para ello, ha desarrollado mecanismos procesales que niegan el seguimiento de los pedidos de revisión de las decisiones jerárquicamente superiores, obligando la vinculación de los órganos judiciales.⁵

La Constitución Federal conforme el texto concebido por la Enmienda Constitucional nº 45, prevé los sumarios vinculantes en los siguientes términos:

Artículo 103-A. El Supremo Tribunal Federal podrá de oficio o por provocación, mediante decisión de dos tercios de sus miembros, tras reiteradas decisiones sobre la materia, aprobar sumarios que, a partir de su publicación en la prensa oficial, tendrá efecto vinculante en relación a los demás órganos del Poder Judicial y a la Administración Pública, directa e indirecta, en las esferas federal, estadual y municipal, así como proceder a su revisión o revocación, en la forma establecida por ley.

Párrafo 1º. Lo sumario tendrá por objetivo la validez, la interpretación y la eficacia de normas determinadas, acerca de las cuales haya controversia actual entre órganos judiciales o entre ellos y la Administración Pública que cause grave inseguridad jurídica y relevante multiplicación de procesos sobre cuestión idéntica.

Párrafo 2º. Sin perjuicio de lo que sea establecido en ley, la aprobación, revisión o revocación del sumario podrá ser pedido por aquellos que pueden proponer la acción directa de inconstitucionalidad.

Párrafo 3º. Del acto administrativo o decisión judicial que sea contrario al sumario aplicable o que indebidamente lo aplique, cabrá Reclamación al Supremo Tribunal Federal que, juzgando la Reclamación procedente, anulará el acto administrativo o casará la decisión judicial reclamada, y determinará que otra decisión sea proferida con o sin la aplicación del sumario, conforme necesite el caso.⁶

⁴ BRASIL. Presidência. Legislação. Constituições. "Constituição 1988". Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acceso en: 20 de enero de 2011.

⁵ ARRUDA, PAULA. "Efeito Vinculante: Ilegitimidade da Jurisdição Constitucional. Estudo Comparado com Portugal". Editora Lúmen Júris. 2006. Ob. Cit. Pg. 61.

⁶ BRASIL. Presidência. Legislação. Constituições. "Constituição 1988". Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acceso en: 23 de enero de 2011.

El cierre de la uniformización jurisprudencial se observa también en la segunda instancia los tribunales, los cuales procederán a la declaración de inconstitucionalidad a través de la reserva de plenario. Los tribunales de Justicia de los Estados-miembros y los Tribunales Regionales Federales ejercerán el control difuso con la apuración del incidente de inconstitucionalidad. Argüida la inconstitucionalidad en segunda instancia, el relator, después de opinar el Ministerio Público, someterá el incidente de inconstitucionalidad a la turma o cámara; y siendo aceptada la petición, será formalizada la decisión de ser remetida al órgano especial o al pleno del tribunal.⁷

El artículo 97 de la Constitución Federal brasileña exige mayoría absoluta de los miembros del colegiado para declarar la inconstitucionalidad de la ley o acto normativo del poder público.⁸ El procesamiento de los recursos de inconstitucionalidad está dispuesto en el párrafo único del artículo 481 del Código de Proceso Civil disponiendo que *“los órganos fraccionarios de los tribunales no someterán al plenario, o al órgano especial, el planteamiento de inconstitucionalidad, cuando ya se hayan pronunciado estos o el plenario del Supremo Tribunal Federal sobre la cuestión”*.⁹

El control de constitucionalidad concentrado en Brasil

Por imposición de la Enmienda Constitucional n° 45 (que dispone sobre la más reciente reforma en el control de constitucionalidad) tienen legitimidad para solicitar el control concentrado de normas las entidades y órganos públicos, y las entidades privadas que representan intereses colectivos, capitulados en el artículo 103 de la Constitución Federal de 1988 en los siguientes términos:

Art. 103. Pueden proponer la acción directa de inconstitucionalidad y la acción declaratoria de constitucionalidad:

I – el Presidente de la República;

II – la Mesa del Senado Federal;

III – la Mesa de la Cámara de los Diputados;

IV – la Mesa de Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa del Distrito Federal;

V – el Gobernador de Estado o del Distrito Federal;

VI – el Procurador-General de la República;

VII – el Consejo Federal de la Orden de los Abogados del Brasil;

VIII – los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional;

IX – confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional.

⁷ ARRUDA, PAULA. *“Efeito Vinculante: Ilegitimidade da Jurisdição Constitucional. Estudo Comparado com Portugal”*. Editora Lúmen Júris. 2006. Ob. Cit. Pg. 64.

⁸ BRASIL. Presidência. Legislação. Constituições. *“Constituição 1988”*. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acceso en: 23 de enero de 2011.

⁹ BRASIL. Presidência. Legislação. Códigos. *“Código de Processo Civil”*. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acceso en: 23 de enero de 2011.

§ 1º – *El Procurador-General de la República deberá ser previamente oído en las acciones de inconstitucionalidad y en todos los procesos de competencia del Supremo Tribunal Federal.*

§ 2º – *Declarada la inconstitucionalidad por omisión de medida para volver efectiva una norma constitucional, será dado aviso al Poder competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de órgano administrativo, para hacerlo en treinta días.*

§ 3º – *Cuando el Supremo Tribunal Federal aprecie la inconstitucionalidad, en tesis, de norma legal o acto normativo, citará, previamente, el Abogado-General de la Unión, que defenderá el acto o texto impugnado.*¹⁰

El control de constitucionalidad en Brasil se produce a través del control jurisdiccional sucesivo utilizando los instrumentos jurídicos de la acción directa de inconstitucionalidad; la acción declaratoria de constitucionalidad; y la inconstitucionalidad por omisión.

Además de la eficacia erga omnes la Ley nº 9868/99 acatando la necesidad de establecer un contenido más concreto para la producción de los efectos en el control concentrado de constitucionalidad, previno:

Art. 9º. Vencidos los plazos del artículo anterior, el relator divulgará el informe, con copia a todos los Ministros, y pedirá día para juicio.

§ 1º En caso de necesidad de aclaración de materia o circunstancia de hecho o de notoria insuficiencia de las informaciones existentes en los autos, podrá el relator solicitar informaciones adicionales, designar experto o comisión de expertos para que emita parecer sobre la cuestión, o fijar fecha para, en audiencia pública, oír declaraciones de personas con experiencia y autoridad en la materia.

§ 2º El relator podrá, todavía, solicitar informaciones a los Tribunales Superiores, a los Tribunales federales y a los Tribunales estaduais acerca de la aplicación de la norma impugnada en el ámbito de su jurisdicción.¹¹

El artículo 27 de la Ley nº 9868/99, concedió al Supremo Tribunal Federal la facultad de restringir los efectos de la declaración o de decidir que ella solo tiene eficiencia a partir de su **tránsito en juzgado** o de otro momento que venga a ser fijado, a partir de la decisión por mayoría de dos tercios de sus miembros.

Cabe todavía subrayar como consecuencia del control concentrado la atribución del efecto vinculante de las decisiones del Supremo Tribunal Federal que actúa como vinculatorio a los demás poderes del estado y supone la utilización de Reclamación al STF como modo de preservar la autoridad de sus juzgados.

Con el advenimiento de la Ley nº 9868/99, que equiparó los efectos de las dos acciones de constitucionalidad (acción declaratoria de constitucionalidad y acción directa de inconstitucionalidad), se verificó una gran cantidad de Reclamaciones pi-

¹⁰ BRASIL. Presidência. Legislação. Constituições. “*Constituição 1988*”. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acceso en: 23 de enero de 2011.

¹¹ BRASIL. Presidência. Legislação. “*Leis. 1999*.” Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acceso en: 24 de enero de 2011.

diendo al Supremo Tribunal Federal la obligación del cumplimiento de sus decisiones en el control concentrado por los demás tribunales en el control difuso.

La Constitución Federal de 1988 prevé:

Art. 102. Compete al Supremo Tribunal Federal, principalmente, la guarda de la Constitución, correspondiéndole:

I – procesar y juzgar originalmente:

l) la reclamación para la preservación de su competencia y la garantía de la autoridad de sus decisiones.¹²

La necesidad de articulación entre los controles de constitucionalidad difuso y concentrado en Brasil: la suspensión de los efectos inter partes en el control difuso y la creación de una vía de mano doble en Brasil

En el control difuso los efectos derivados de la decisión de inconstitucionalidad son restringidos a las partes. La suspensión de la ejecución de leyes juzgadas inconstitucionales es de competencia del Senado Federal tras decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal, o sea, la suspensión de la ejecución de ley inconstitucional en el control difuso dependerá de la actuación del Senado Federal sin la cual la ley inconstitucional sigue produciendo efectos a los demás casos concretos que no fueron afectados por la decisión.

La división entre los poderes enunciada por MONTESQUIEU revela con cuidadoso estudio que más allá de la separación se pretende una interacción entre ellos que proporcione la descentralización de las funciones estatales trayendo el equilibrio que evitaría la concentración de poderes y la consecuente arbitrariedad.¹³

Sin embargo, en el ordenamiento brasileño subsiste la antigua idea de separación absoluta entre los poderes en el artículo 52, X, de la Constitución Federal previendo la necesidad de actuación del legislativo para retirar de eficacia de la ley, lo que se presenta en situación de contradicción con el restante texto constitucional que reconoce al Supremo Tribunal Federal su tarea de legislador negativo.

En crítica a dicha previsión constitucional ZENO VELOSO afirma ser necesaria una reforma que establezca eficacia *erga omnes* y efecto vinculante para el control difuso, tal como ocurre en el control concentrado, una vez que la Constitución de 1934, que confirió la respectiva competencia del Senado se basara en criterios rígidos de separación de los poderes que hoy vemos superados.¹⁴

GILMAR MENDES en la misma comprensión indaga: *¿Si el Supremo Tribunal Federal puede suspender la eficacia de una ley por medio del control concentrado, por que*

¹² BRASIL. Presidência. Legislação. Constituições. “Constituição 1988”. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acceso en: 09 de febrero de 2011.

¹³ WEFFORT, FRANCISCO C. (Org.). “Os clássicos da política”. Editora Ática. São Paulo. 1991, v. 1. Textos de Montesquieu.

¹⁴ VELOSO, ZENO. “Controle Jurisdicional de Constitucionalidade”. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2000. Ob. Cit. Pg. 56.

*habría la declaración de inconstitucionalidad en el control difuso de mantener efectos entre las partes aguardando la suspensión por el Senado:*¹⁵

Es sabido que los sumarios vinculantes disminuyen ese problema, pues na uniformización jurisprudencial provocada por ellos amplían los efectos inter partes. Sin embargo, carece en el orden brasileño una mayor interacción de diálogo judicial, tal como se verifica en España.

El recurso de inconstitucionalidad en España

El artículo 161 de la Constitución española expresa que cabe recurso de inconstitucionalidad contra “*leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley*”. ARAGON REYES aduce que la primera o más inmediata interpretación quizá podría conducir a que se refiera a las leyes, decretos-leyes y decretos legislativos, pero la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en el artículo 27.2 concreta que serán objeto de esta apreciación de inconstitucionalidad:

- *Los Estatutos de Autonomía y las demás leyes orgánicas;*
- *Las demás leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de ley;*
- *Los Tratados Internacionales;*
- *Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales;*
- *Las leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas;*
- *Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.*¹⁶

El artículo 162.1.a) de la Constitución sólo concede legitimación a determinados órganos o fracciones de órganos del Estado y de las Comunidades Autónomas, lo que reproduce el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, conforme observamos a seguir:

- a) *El Presidente del Gobierno;*
- b) *El Defensor del Pueblo;*
- c) *Cincuenta Diputados;*
- d) *Cincuenta Senadores;*
- e) *Los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.*

El recurso de inconstitucionalidad español es un cauce de impugnación directo de las normas con rango de ley (sean del Estado sean de las Comunidades Autónomas).

¹⁵ MENDES, GILMAR FERREIRA. “*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*”. Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo. 1999. Pg. 394.

¹⁶ ARAGON REYES, MANUEL. “*Artículo 161. Competencias del Tribunal Constitucional*”. En: Revista de Derecho Público. Comentarios a la Leyes Políticas. Dirigidos por Oscar Alzaga Villamil. Constitución Española de 1978. Tomo XII. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1988. Ob. Cit. Pág. 174.

mas) que permite al Tribunal Constitucional ejercer un control represivo de constitucionalidad desde una doble perspectiva de enjuiciamiento: material, esto es, a servicio de la depuración abstracta del ordenamiento jurídico; y competencial, o sea, de defensa de la distribución territorial del poder constitucionalmente garantizada.¹⁷

El recurso de inconstitucionalidad habrá de formularse dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la ley, disposición o acto con fuerza de ley impugnado. ARAGON REYES aduce que la existencia de un plazo breve de impugnación es característica de esta vía de control abstracto de normas en coherencia con su originario significado de legislación negativa. En el recurso contra los decretos-leyes el plazo comienza a partir de su publicación. En cuanto a las demás precisiones procedimentales establecidas en los artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional lo más significativo que se puede destacar es la fijación de unos plazos cortos dotando de rapidez a este procedimiento. No en tanto, éstos últimos han tardado en media más de dos años.¹⁸

La Ley Orgánica 1/2000, de 07 de enero, modificó el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional introduciendo en el apartado la ampliación del plazo en los siguientes casos y en los términos que se los exponemos:

“Artículo único. El actual párrafo del artículo 33 de la Ley Orgánica 2/1 979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, se constituye como número 1 y se añaden a dicho artículo los números 2 y 3, con la siguiente redacción:

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Presidente del Gobierno y los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas podrán interponer el recurso de inconstitucionalidad en el plazo de nueve meses contra leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley en relación con las cuales, y con la finalidad de evitar la interposición del recurso, se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que se reúna la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración General del Estado y la respectiva Comunidad Autónoma, pudiendo solicitar su convocatoria cualquiera de las dos Administraciones.

b) Que en el seno de la mencionada Comisión Bilateral se haya adoptado un acuerdo sobre iniciación de negociaciones para resolver las discrepancias, pudiendo instar, en su caso, la modificación del texto normativo. Este acuerdo podrá hacer referencia a la invocación o no de la suspensión de la norma en el caso de presentarse el recurso en el plazo previsto en este apartado.

c) Que el acuerdo sea puesto en conocimiento del Tribunal Constitucional por los órganos anteriormente mencionados dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley, y se inserte en el “Boletín Oficial del Estado” y en el “Diario Oficial” de la Comunidad Autónoma correspondiente.

¹⁷ CAAMAÑO DOMINGUES, FRANCISCO. “Los Proceso de Control de Constitucionalidad de la Ley (I): Los Procedimientos de Control Directo”. En: Jurisdicción y Procesos Constitucionales. McGraw-Hill. Madrid. 1997. Ob. Cit. Pág. 24.

¹⁸ ARAGON REYES, MANUEL. “Artículo 161. Competencias del Tribunal Constitucional”. En: Revista de Derecho Público. Comentarios a la Leyes Políticas. Dirigidos por Oscar Alzaga Villamil. Constitución Española de 1978. Tomo XII. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1988. Ob. Cit. Pág. 180.

3. Lo señalado en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la facultad de interposición del recurso de inconstitucionalidad por los demás órganos y personas a que hace referencia el artículo 32.”

Los artículos 38 a 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, desarrollan el artículo 164 de la Constitución en relación con las sentencias recaídas en procesos de inconstitucionalidad.

Como consecuencia de la eficacia *erga omnes*, las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad vincularán a todos los Poderes Públicos, conforme dispone el artículo 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; lo que debe entenderse no sólo en cuanto a la prestación y ejecución de las medidas que adopte el Tribunal respecto del cumplimiento, sino también en cuanto que las conductas jurídicas imputables a estos poderes deben ser conformes con la solución dada al caso de inconstitucionalidad resuelto.¹⁹

La cuestión de inconstitucionalidad

El artículo 163 de la Constitución regula la cuestión de inconstitucionalidad, completada por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y presenta como sus notas características, las siguientes:

- 1. Puede plantearse en cualquier proceso, en primera o sucesivas instancias. No podrá serlo en un procedimiento administrativo;*
- 2. Únicamente podrá plantearse por el juez o Tribunal que conozca del proceso, de oficio o a instancia de parte;*
- 3. Podrá plantearse siempre que una norma con rango de ley aplicable y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución.”²⁰*

La importancia del carácter objetivo es el fin de eliminar del ordenamiento jurídico español disposiciones y actos legales inconstitucionales, que se ve reforzado por el hecho de que la facultad para plantear la duda de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional les viene atribuida exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, que someterán la duda a la Corte Suprema para que esta declare la validez o no de la norma con carácter general, y no en relación al supuesto de hecho concreto y específico. Sin embargo, también existe un interés legítimo de la parte a que no se apliquen en el proceso leyes que puedan ser inconstitucionales y negarlo sería ofender el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, conforme entiende BLASCO SOUTO.²¹

El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad es una decisión exclusiva de los órganos judiciales. El artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no concede un derecho a las partes al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que establece el artículo 163 de la Constitución, sino únicamen-

¹⁹ FERNANDEZ SEGADO, FRANCISCO. “*La Jurisdicción Constitucional en España*”. Dykinson. Madrid. 1984. Pág. 118.

²⁰ *Ibid.* Pág. 257.

²¹ *Ibid.* Págs. 100-101.

te la facultad de instarlo de los órganos judiciales, quienes son competentes para el planteamiento de la cuestión, cuando de oficio o a instancia de parte, aprecien dudas sobre la constitucionalidad de la norma aplicable al caso que deban resolver.²²

Los citados artículos disponen que el proceso de la cuestión de inconstitucionalidad sólo pueda ser deducido por los órganos que integran el poder judicial y por las Salas que componen el Tribunal Constitucional, las cuales también pueden plantear cuestiones al Pleno. En consecuencia, la intervención de las partes litigiosas se reduce a: instar al Tribunal para que plantee la cuestión de inconstitucionalidad; la solicitud podrá hacerse en cualquiera de los escritos que deban presentarse, en el acto de la vista, o mediante petición formulada a tal fin, siempre que no se haya dictado sentencia; si el juzgador no estimar necesario el planteamiento de la cuestión, la parte puede intentarlo de nuevo en segunda y posteriores instancias.²³

Teniendo en consideración los requisitos subjetivos para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, tales sean: a) La competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales; y, b) La participación de la parte para instarles la cuestión; en ambos casos de planteamiento, de oficio o a instancia de parte, ha de oírse previamente al Ministerio Fiscal y a las demás partes, por un plazo improrrogable de diez días, conforme dispone el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Las demás partes a que se refiere el citado artículo son designadas en los términos del artículo 37.2 de la misma ley, disponiendo que se dará traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes; al Fiscal General del Estado y al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia; y, en su caso, a los órganos legislativos y ejecutivo de la Comunidad Autónoma afectada.²⁴

El Auto nº 10, de 1983, firma la orientación jurisprudencial de que el juzgador nunca queda vinculado por la petición de la parte en los siguientes términos:

*(...) el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no obliga a que un órgano judicial plantee la cuestión de inconstitucionalidad cuando se lo pida una parte, sino que el planteamiento sólo ha de producirse cuando el juez o Tribunal de que se trate considere que la norma de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución. Ello significa que si el órgano judicial no tiene dudas acerca de la constitucionalidad de la norma no tiene por qué formular la cuestión de inconstitucionalidad aunque así se lo pida la parte”.*²⁵

A su turno, el artículo 35.2 de la misma ley establece que si el órgano judicial hubiere dado respuesta a la petición de parte, tal decisión no será susceptible de recurso

²² CAAMAÑO DOMINGUES, FRANCISCO. “Los Proceso de Control de Constitucionalidad de la Ley (I): Los Procedimientos de Control Directo”. En: Jurisdicción y Procesos Constitucionales. McGraw-Hill. Madrid. 1997. Ob. Cit. Pág. 57.

²³ CANO MATA, ANTONIO. “Cuestiones de inconstitucionalidad. Doctrina del Tribunal Constitucional”. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1986. Págs. 38-41.

²⁴ GONZALEZ PEREZ, JESUS. “Artículo 163”. En: Revista de Derecho Público. Comentarios a las Leyes Políticas. Dirigidos por Oscar Alzaga Villamil. Constitución Española de 1978. Tomo XII. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1988. Ob. Cit. Pág. 264.

²⁵ CANO MATA, ANTONIO. “Cuestiones de inconstitucionalidad. Doctrina del Tribunal Constitucional”. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1986. Pág. 42.

de ninguna clase. No obstante la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme.

Pero a parte de los requisitos subjetivos hay que destacar también la necesidad de ciertos requisitos objetivos para el trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, que son: a) Comprender por objeto de este control incidental apenas las leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley que están enumeradas en el artículo 27.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pudiendo incurrir en disconformidad con las normas constitucionales o con las normas que dentro del marco constitucional se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas; b) Plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia; sostener por Auto la ley o norma con fuerza de ley cuya inconstitucionalidad se cuestiona; c) Informar el precepto constitucional que se supone infringido indicando la conexión con el fallo; y, d) Finalmente, demostrar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión.²⁶

Hemos analizado que el proceso constitucional de la cuestión de inconstitucionalidad presenta una naturaleza prejudicial que se concreta en el juicio de relevancia, por lo que el proceso ordinario no puede resolverse hasta en tanto no se decida el proceso constitucional. En efecto, este proceso tiene un contenido objetivo que acentúa de manera especial el carácter abstracto de la cuestión de inconstitucionalidad. Esta simbiosis también está presente en la sentencia, pues el carácter concreto de ésta se lo advierte en los efectos que produce respecto del proceso ordinario del cual surgió la cuestión; y, el aspecto abstracto se observa en la nulidad de la disposición o norma legal y en los efectos generales que produce.²⁷

La producción de los efectos de la decisión del Tribunal Constitucional recaída sobre la cuestión de inconstitucionalidad originada en el proceso ordinario será con algunas matizaciones que se las apuntaremos, los mismos efectos resultantes de la decisión del Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad, tales sean: cosa juzgada y eficacia *erga omnes*, razón por la cual no reiteraremos todo lo anterior expuesto en el apartado sobre los efectos de la sentencia en el recurso de inconstitucionalidad, sino que analizaremos los aspectos interesantes que nortean la sentencia y sus efectos en la cuestión de inconstitucionalidad.

En efecto, los dos principales procesos de jurisdicción constitucional encargados al Tribunal Constitucional español son el recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad, pero en el ejercicio de esta competencia también le cumple verificar la llamada autocuestión de inconstitucionalidad surgida en el seno del proceso de amparo.

El artículo 55.2 impone que el incidente de constitucionalidad surgido en un recurso de amparo tenga una doble solución, pues se resuelve en un juicio de constitucionalidad con efectos limitados al caso de amparo decidido; y además, el Tribunal está obligado a iniciar de oficio un segundo proceso cuyo objeto exclusivo es la cues-

²⁶ *Ibíd.* Págs. 265-272.

²⁷ CORZO SOSA, EDGAR. "La cuestión de inconstitucionalidad". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998. Ob. Cit. Pág. 528.

tión acerca de la constitucionalidad de la ley inaplicada, que se tramita por el procedimiento propio de los procesos de constitucionalidad y concluirá con una sentencia con efectos *erga omnes*.²⁸

El origen de este precepto se encuentra en la Enmienda nº 55 del Senado, presentada por el Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático. La Ponencia designada en el Senado para estudiar el Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tras admitir la Enmienda dio su redacción definitiva al artículo 55.2, justificando sumariamente la introducción de este nuevo instituto jurídico alegando que este procedimiento abreviado evitaría que normas inconstitucionales siguieran insertas en el ordenamiento jurídico.²⁹

Se trata de una facultad excepcional del propio Tribunal por virtud de la cual puede él mismo instar la inconstitucionalidad de una ley, dónde la Sala que dicta una sentencia estimatoria de amparo, si considera que puede existir un problema de inconstitucionalidad, lo que hace es plantear una especie de cuestión de constitucionalidad ante el Pleno del Tribunal.³⁰

El Tribunal Constitucional en el Auto 942, de 1985, entiende que el artículo 55.2 no contempla un caso de transformación procesal según el cual el recurso de amparo, por su modo de planteamiento, devenga recurso abstracto de inconstitucionalidad, sino que establece sólo un enlace secuencial entre dos procesos constitucionales que sobre objetos distintos se resuelven también independientemente.³¹

Es importante subrayar aunque se presenten analogías notorias entre la cuestión de inconstitucionalidad y la autocuestión, hay grandes diferencias que deben ser destacadas. Se advierte que quien plantea la cuestión ante el Pleno del Tribunal Constitucional no es un órgano de la jurisdicción ordinaria, sino una de las Salas que integran éste tribunal. El objeto de la autocuestión es de menor amplitud que el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, pues en aquélla sólo se protegen los derechos descritos en los artículos 14 a 29 y 30-2 de la Constitución. La cuestión de inconstitucionalidad requiere una prejudicialidad devolutiva al Tribunal Constitucional; por el contrario la autocuestión es elevada al Pleno solamente tras la estimación del procedimiento de amparo resulto por las Salas.³²

²⁸ MIERES MIERES, LUIS JAVIER. "El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales (especial referencia al incidente en el recurso de amparo)". Civitas. Madrid. 1998. Pág. 103.

²⁹ OLIVIER ARAUJO, JOAN. "El recurso de amparo". Colección Estado y Derecho – 2. Palma de Mallorca. 1986. Pág. 367.

³⁰ *Ibid.* Pág. 159.

³¹ CAAMAÑO DOMINGUES, FRANCISCO. "Los Proceso de Control de Constitucionalidad de la Ley (I): Los Procedimientos de Control Directo". En: Jurisdicción y Procesos Constitucionales. McGraw-Hill. Madrid. 1997. Ob. Cit. Pág. 69.

³² OLIVIER ARAUJO, JOAN. "El recurso de amparo". Colección Estado y Derecho – 2. Palma de Mallorca. 1986. Pág. 369.

Recurso de amparo español

El constituyente español dispuso en el artículo 53.2 de la Constitución que todos los ciudadanos podrán requerir la tutela de los derechos fundamentales ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y de sumaria y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Dicho recurso se caracteriza por el ciudadano tener que acudir primeramente al juez legal ordinario a fin de obtener la protección de su derecho fundamental vulnerado y, si no obtuviera de él la tutela, remeterá su pretensión ante los Tribunales superiores del Poder Judicial hasta agotar dentro de la jurisdicción ordinaria los medios de impugnación, conforme dispone el artículo 44.1.a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Ante el expuesto, en el ordenamiento jurídico español subsiste dos géneros de amparo: el amparo ordinario (en todas sus especies); y el amparo constitucional.

A su turno, cumplirá al Tribunal Constitucional mediante el amparo constitucional una doble función; subjetiva o de tutela de los derechos fundamentales; y objetiva o de creación de su doctrina legal en cuanto el Tribunal Constitucional sea el intérprete supremo de la Constitución, estando todos los demás jueces y Tribunales ordinarios obligados a su estricta observancia.³³

El recurso de amparo constitucional es un procedimiento de impugnación ante el Tribunal Constitucional en virtud del cual se protege al ciudadano de los actos de lesión o violación de sus derechos y libertades fundamentales y se le restablece o preserva en estos derechos. La sentencia del Tribunal Constitucional nº 130/89, se lo define en los siguientes términos:

*“El recurso de amparo tiene carácter de remedio último, extraordinario y siempre subsidiario, reservado para aquellos supuestos en que el proceso ante los tribunales ordinarios haya sido ineficaz para preservar o restablecer al solicitante de amparo en la integridad del derecho fundamental vulnerado. Es decir, con los dos presupuestos procesales mencionados se persigue que los tribunales ordinarios hayan tenido ocasión de subsanar las lesiones constitucionales en que ellos mismos hayan podido incurrir o que hayan cometido los jueces y tribunales inferiores, cumpliendo así su función principal y dejando, de tal modo a este Tribunal realizar la suya, que, como queda dicho, es de carácter subsidiario”.*³⁴

El recurso de amparo se configura como una de las técnicas que permite a los Tribunales Constitucionales asumir su papel de intérprete definitivo de los derechos fundamentales, porque su alcance no se limita a vincular el supuesto de hecho con el fallo que otorga o deniega amparo, sino que irradia además una jurisprudencia que va delimitando los perfiles concretos de los derechos fundamentales y libertades públicas.³⁵

En el sistema constitucional español de garantías de los derechos fundamentales y libertades públicas, la protección jurisdiccional de los mismos no se asienta,

³³ *Ibíd.* Pág. 22.

³⁴ GALDANA PÉREZ MORALES, MÓNICA. “Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales”. DM Editor. Murcia. 2002. Pág. 101.

³⁵ CASCAJO CASTRO, JOSÉ L. GIMENO SENDRA, VICENTE. “El recurso de amparo”. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1984. Pág. 58.

como regla, en la intervención del Tribunal Constitucional, sino en la de los órganos de la jurisdicción ordinaria a los cuales la protección primaria queda encomendada. En efecto, el recurso de amparo constitucional se ha caracterizado por ser un medio extraordinario y suplementario de la normal y primaria tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas que constitucionalmente se encomienda a los órganos judiciales ordinarios.³⁶

El legislador ha ratificado, tanto en el artículo 43 como en el 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el carácter subsidiario de la intervención del Tribunal Constitucional en la defensa y protección de los derechos fundamentales, imponiendo para la viabilidad procesal del recurso de amparo, la invocación formal en esta vía del derecho fundamental presuntamente vulnerado y la necesaria observancia de los requisitos del previo agotamiento de los recursos utilizables dentro de la vía judicial.³⁷

GÓMEZ AMIGO aduce que a pesar de la protección reforzada del recurso de amparo suponer que no pueda extenderse a derechos y libertades distintos a los reconocidos en los artículos 14 al 19 y 30.2 de la Constitución, es lícito realizar una interpretación extensiva de tal ámbito, de manera que otros derechos puedan ser protegidos por este proceso de modo indirecto, especialmente porque el derecho de igualdad del artículo 14 puede darse en conexión con otros, cabiendo introducir a éstos en dicha protección reforzada a través de aquél. La construcción de inmediatez-mediatez de las lesiones que se efectúa es válida si se entiende en un sentido instrumental, pero desde una perspectiva causal de la vulneración del principio de igualdad.³⁸

El referido autor reflexiona acerca de una interpretación extensiva que venga a incluir en el ámbito de protección del recurso de amparo los intereses difusos y colectivos a pesar de su nota característica de imprecisión. Cuanto a las dificultades que plantearía la indeterminación respecto de la legitimación activa podrían encontrar solución a través de la constitucionalización que el artículo 24 de la Constitución efectúa de la tutela de los intereses legítimos. En la medida que esta difusión subjetiva pueda reconducirse a la figura del interés legítimo, dichos intereses podrían someterse al amparo constitucional.

Respecto del primer aspecto, la defensa de los intereses difusos y colectivos en amparo constitucional podría ser ejecutada por el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal que poseen legitimación para interponer el recurso de amparo, sin exigírseles ninguna relación especial con el interés que defienden.

Tendrán Capacidad para ser parte en el recurso de amparo quienes tienen aptitud de ser titulares de los derechos fundamentales y libertades públicas que a través de él se tutelan. Se reconoce capacidad para ser parte tanto a las personas físicas como

³⁶ BORRAJO INIESTA, IGNACIO. DIEZ-PICAZO GIMENEZ, IGNACIO. FERNANDEZ FARRERES, GERMAN. *“El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional”*. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1995. Págs. 121.

³⁷ *Ibíd.* Pág. 123.

³⁸ GÓMEZ AMIGO, LUIS. *“La sentencia estimatoria del recurso de amparo”*. Aranzadi Editorial. Navarra. 1998. Pág. 57.

a las jurídicas. La capacidad procesal permite ser parte cualquiera que sostenga ser titular del derecho fundamental lesionado por una resolución de los poderes públicos. Todos aquellos que tienen capacidad para ser titulares de derechos fundamentales (personas físicas y jurídicas, extranjeros y en algunos casos hasta formaciones o grupos sociales, pueden estar legitimados activamente para proponerlo.³⁹

En efecto, el tenor literal de algunos preceptos reguladores de los derechos fundamentales se extiende también a los extranjeros, considerando su titularidad de los derechos fundamentales, con las únicas excepciones del derecho a sufragio y el derecho a participar en los asuntos políticos (artículos 13.2 y 23 de la Constitución). En cambio, se hace una interpretación restrictiva acerca de la legitimidad de un particular interponer un recurso en defensa de los derechos de los colectivos, pues el Tribunal ha rechazado acciones tendentes a proteger derechos de terceros, ni siquiera difusos, a quienes no son sus representantes, conforme se desprende de la sentencia nº 158/1992.⁴⁰

Es interesante subrayar aunque se trate de un caso muy particular, el Tribunal Constitucional ha aceptado la legitimación de un miembro de un colectivo para recurrir frente a una lesión de derechos del colectivo sin personalidad, conforme ocurrió en la sentencia nº 214/1991, respecto a la legitimación de una Pessoa superviviente de un campo de concentración para defender el derecho al honor del pueblo judío. Además se ha admitido la legitimidad de asociaciones, sindicatos o partidos políticos para recurrir en amparo frente a lesiones de sus miembros, conforme se verifica en la sentencia nº 141/1985. Todavía puede destacarse que también se ha admitido la legitimación de entes de base asociativa aunque carecían de personalidad jurídica, como es el caso de los grupos parlamentarios, según se lo acepta en la sentencia 81/1991.⁴¹

El artículo 55 de la Constitución determina que la sentencia que otorgue el amparo contendrá alternativamente o cumulativamente los pronunciamientos siguientes: a) La declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de los efectos; b) Reconocimiento del derecho libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado; c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.

La dificultad para enunciar un concepto unitario de recurso de amparo tiene su origen en la existencia de tres recursos de amparo distintos en función de que la vulneración provenga del poder legislativo, del poder ejecutivo o del poder judicial. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de protección por la vía de amparo constitucional, pueden surgir de disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos. Se los puede sistematizar en el siguiente modo:

³⁹ CASCAJO CASTRO, JOSÉ L. GIMENO SENDRA, VICENTE. "El recurso de amparo". Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1984. Ob. Cit. Pág. 68.

⁴⁰ CORDÓN MORENO, FAUSTINO. "El proceso de amparo constitucional.". Editorial La Ley. Madrid. 1992. Pág. 48.

⁴¹ *Ibíd.* Págs. 172-173.

a) En orden a las Cámaras, ha de tratarse de decisiones o actos sin valor de Ley – artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional;

b) Por referencia a los actos de la Administración, en su sentido más amplio y a fin de no volver sobre el tema de fijación de en qué sentido ha de interpretarse la expresión <<podere públicos>>, se habla de <<disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho>> – artículo 43.1 – es decir, se da plena coincidencia con la determinación del artículo 41.2;

c) Finalmente, por referencia a los órganos judiciales, ha de tratarse de <<un acto u omisión judicial>>, pero, matizando todavía más, con <<origen inmediato y directo>> en tal acto u omisión – artículo 44.1.⁴²

El requisito de agotamiento de la vía judicial previa es determinado, de acuerdo con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en términos de que sólo cabe acudir directamente a la vía del amparo constitucional cuando el acto lesivo del derecho fundamental o libertad pública de que se trate es un acto o decisión sin fuerza de ley emanados del Poder Legislativo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas o de cualquiera de sus órganos. En los demás casos, es preciso acudir previamente al amparo ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria o agotar los recursos que quepan dentro de la vía judicial.⁴³

En efecto, estos supuestos contemplados en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, hacen referencia a la violación de derechos o libertades fundamentales ocasionada por actos o decisiones de las Cámaras acordados en el ámbito material de su actuación. Por esto, su exclusión de la exigencia de agotar la vía judicial previa no se realizaría en atención a la naturaleza legislativa del acto en sí, sino por consideración al sujeto del que emana, que es el órgano detentador de la soberanía popular. Esta cualidad dotaría a sus actuaciones de una especial transcendencia, que la Ley Orgánica se habría preocupado de preservar no sometiéndolas a la fiscalización de la jurisdicción ordinaria.⁴⁴

En cuanto a las especialidades procesales que origina este recurso, destaca la necesidad de agotar previamente la vía parlamentaria de control interno, o sea, de hacer la “*solicitud de reconsideración*” ante el propio órgano que dictó el acto y que otorga firmeza a los actos parlamentarios que vulneren un derecho fundamental. A diferencia de lo que ocurre en las otras dos especies de amparo, la vía previa que ha de agotarse con carácter general no será la vía judicial en razón del hecho de que los actos parlamentarios, en regla, no son fiscalizables por los tribunales ordinarios. Excepcionalmente los actos referentes a personal y administración son impugnables ante la jurisdicción, adquiriendo firmeza solamente cuando se haya cumplido este trámite. Cabe subrayar que el plazo para interponer el recurso de amparo frente al Parlamento

⁴² MONTORO PUERTO, MIGUEL. “*Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales. Tomo II. Procesos de protección de los derechos fundamentales*”. Editorial Colex. 1991. Ob. Cit. Pág. 109.

⁴³ CORDÓN MORENO, FAUSTIN. “*El proceso de amparo constitucional*”. Editorial de la Ley S.A. Madrid. 1992. Ob. Cit. Pág. 63.

⁴⁴ *Ibíd.* Pág. 64.

es de tres meses, computados de fecha a fecha desde que adquiere firmeza la resolución que se recurre.⁴⁵

Según el artículo 43.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, las violaciones de los derechos y libertades originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas o de sus autoridades, funcionarios o agentes, podrán autorizar el uso de recurso de amparo cuando se haya agotado la vía judicial previa, de acuerdo con el artículo 53.2 de la Constitución.

El plazo para interponer esta especie de recurso de amparo constitucional será el de los veinte días siguientes a la resolución recaída en el previo proceso judicial.

Actualmente tal y como configurada en el orden jurídico español la vía previa es la contencioso-administrativo conforme previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativo.

Conviene subrayar que a pesar de los términos del artículo 106.1 de la Constitución no toda la actividad de la Administración queda sometida al control de los Tribunales, con lo que se reabre la polémica acerca de si en la actualidad es posible hablar de “actos políticos del Gobierno”. MONTORO PUERTO entiende que dado los términos del artículo 97 de la Constitución no solamente es posible, sino que es necesario distinguir entre Gobierno y Administración, caracterizado la diferencia por el hecho de que el Gobierno representa un doble actividad que comprende los actos políticos y su faceta administrativa; en cambio, la Administración se reviste solamente de ésta última. Así se lo ha entendido el Tribunal Constitucional en el Auto nº 63/1983:

“Conviene puntualizar que la omisión, o desde la calificación que hacen los recurrentes, la presunción de acto, de significado negativo, cuya autoridad se atribuye al Gobierno, no se enlaza con una propia actuación administrativa u, obviamente, con el ejercicio de potestad reglamentaria, que es lo sometido al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, según lo previsto en el artículo 106.1 de la Constitución... Por otra parte, no estamos es presencia de una actividad política, productora en sí de una violación de derechos o libertades, que estaría sujeta al amparo constitucional y, previamente, al control por la vía de la Ley 62/1978, atribuida también a la jurisdicción contencioso-administrativa. Con ser cierto que el Gobierno, debe promover las condiciones para la efectividad de los derechos fundamentales, no podrá decirse que en el marco de la jurisdicción contencioso-administrativa, pueda articularse una pretensión como la que hizo valer ante la Sala tercera del Tribunal Supremo y dirigida a provocar una acción legislativa...”⁴⁶

Sin embargo, PÉREZ MORALES esclarece que están comprendidos los actos administrativos de toda clase también impugnables ante el poder Judicial y los actos políticos no sometidos al derecho privado. Además, se engloban las actuaciones materiales de la Administración sin cobertura formal en una decisión administrativa previa como los supuestos de inactividad que supongan vulneración de derechos fundamentales, y la simple vía de hecho, entendida ésta como los actos de los funcionarios y de

⁴⁵ Ibíd. Pág. 105.

⁴⁶ Ibíd. Pág. 114.

los agentes de la administración faltos de cobertura legal o de protección en un título jurídico concreto, conforme se desprende de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 22/1984.⁴⁷

En efecto, los actos u omisiones del órgano judicial podrán dar lugar a esta especie de recurso de amparo cuando se cumplan los siguientes requisitos: *“en primer lugar que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial; que la violación del derecho o la libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional; y, por último, que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello.”*⁴⁸

El plazo para interponer el recurso será de veinte días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial, a tenor del artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Se postula que en el curso de una actividad judicial, la lesión al derecho o libertad derive del propio órgano judicial. El Auto nº 1133/1987 del Tribunal Constitucional es esclarecedor acerca del asunto:

*“El recurso de amparo tiene por objeto proteger derechos fundamentales frente a violaciones imputables a poderes públicos y no conocer sobre hechos delictivos pertenecientes a la jurisdicción penal, ni proceder a nombramientos de Abogados y Procuradores para que promuevan procesos ordinarios... En atención a ello procede apreciar falta de jurisdicción para conocer de lo pretendido por dicho recurrente, pues, en definitiva, el objeto de su petición es que este Tribunal subsane la negativa, genéricamente afirmada, de abogados y procuradores a encargarse del ejercicio de acciones civiles y penales que el mismo les ha encomendado y ello, aún de haberse producido en los términos totales que afirma, no constituye acto del poder público que sea residenciable en esta vía de amparo, ni materia propia del mismo.”*⁴⁹

SÁNCHEZ MORÓN aduce que las causas que han originado la actual crisis del recurso de amparo son: a) su incorrecta y frecuente consideración como una tercera instancia judicial; b) el prestigio de las bien fundadas decisiones del Tribunal; c) su carácter antiformalista y gratuito y la sencillez de sus trámites; d) la amplitud material del objeto de la impugnación; e) las imperfecciones legales del filtro que supone el trámite de admisión; f) unido todo ello al límite constitucional infranqueable que supone atribuir en exclusiva la resolución de estos recursos a los doce magistrados del Tribunal Constitucional.⁵⁰

⁴⁷ GALDANA PÉREZ MORALES, MÓNICA. *“Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales”*. DM Editor. Murcia. 2002. Ob. Cit. Pág. 106.

⁴⁸ GALDANA PÉREZ MORALES, MÓNICA. *“Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales”*. DM Editor. Murcia. 2002. Ob. Cit. Pág. 108.

⁴⁹ MONTORO PUERTO, MIGUEL. *“Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales. Tomo II. Procesos de protección de los derechos fundamentales”*. Editorial Colex. 1991. Ob. Cit. Pág. 117.

⁵⁰ SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. *“El recurso de amparo constitucional. Naturaleza jurídica, características actuales y crisis”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1987. Pág. 76.

ÁNGELA FIGUERUELO afirma que a parte de las dificultades provenientes del derecho a la tutela judicial efectiva (que en todo caso se presenta como importante instrumento de protección a los derechos fundamentales y libertades públicas), el incumplimiento por el legislador del desarrollo definitivo del artículo 53.2 de la Constitución creando un proceso de amparo ordinario, que unificando la dispersión de vías existente, proteja los derechos fundamentales y libertades públicas ante la jurisdicción ordinaria; la insuficiente reforma efectuada por la Ley 6/1988 que reformó el trámite de admisión del recurso de amparo, unido a la práctica hipergarantista del propio Tribunal en los primeros años de su funcionamiento son las principales causas de la situación del colapso que en la actualidad sufre la Corte Constitucional.⁵¹

Ante la avalancha de recursos de amparo en el Tribunal Constitucional, surgieron varias propuestas de reforma de este instituto jurídico constitucional.

La primera propuesta fue realizada por Presidente del Tribunal Supremo, en 1994, proponiendo que se retirara la competencia del tribunal Constitucional para conocer de los recursos de amparo constitucional como consecuencia de la violación de las garantías procesales del artículo 24 de la Constitución, reservando esta competencia a la jurisdicción ordinaria. La propuesta fue rechazada por su inconstitucionalidad, pues el artículo 53.2 de la Constitución no permite exclusión de dichos derechos.⁵²

En seguida, un sector de la doctrina se pronunció por un desarrollo legal adecuado de las previsiones constitucionales referidas al recurso de amparo ordinario que ha tenido un desarrollo fragmentario ineficaz e incompleto. El desarrollo es incompleto porque no se ha previsto ningún sistema que permita la impugnación de las garantías fundamentales procesales a través de recursos eficaces y rápidos. Los problemas vienen de la mano del disperso contenido que las normas legislativas han ido dando a lo largo del tiempo a las vías de amparo ordinarias en función del poder público causante de la violación y del órgano judicial ordinario que debe conocer del caso.⁵³

Por fin, hay las propuestas dirigidas a la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda inadmitir las demandas de amparo por motivos de oportunidad, seleccionando los casos de los que va a conocer tanto por su relevancia práctica como conceptual. Se plantea una especie de *writ of certiorari*, institución de los sistemas de *common law*, que parte de una concepción del recurso de amparo como cauce de tutela objetiva de derechos fundamentales. En este supuesto, el Tribunal Constitucional no debería conocer de todas las vulneraciones sino únicamente de aquellas que por su importancia para la defensa objetiva de la Constitución y la concreción de los derechos fundamentales así lo exigieran.⁵⁴

⁵¹ FIGUERUELO, ÁNGELA. "El recurso de amparo: estado de la cuestión". Biblioteca Nueva. Madrid. 2001. Ob. Cit. Pág. 75.

⁵² *Ibíd.* Pág. 81.

⁵³ FIGUERUELO, ÁNGELA. "El recurso de amparo: estado de la cuestión". Biblioteca Nueva. Madrid. 2001. Ob. Cit. Pág. 91.

⁵⁴ *Ibíd.* Pág. 84.

Una segunda posibilidad consiste en atribuir al tribunal Constitucional capacidad para rechazar recursos de amparo no sólo por motivos de forma, sino también de fondo en fase de admisión. Los motivos se proponen en los casos en que el recurso presentado tenga escaso o nulo interés constitucional; y cuando el perjuicio causado no sea especialmente grave.⁵⁵

En el seminario organizado por la Asociación de Constitucionalistas de España y el Instituto de Derecho Público Comparado y el Departamento de Derecho Público del Estado, ambos de la Universidad Carlos III, en abril de 2003, la idea central en la mayoría de las ponencias e intervenciones fue habilitar legalmente al tribunal Constitucional para seleccionar los casos importantes en su dimensión objetiva sin abandonar totalmente la dimensión subjetiva. La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional decidió aceptar las últimas propuestas, implementando un sistema de elección objetiva y facilitando los procedimientos de inadmisión de forma y de fondo ya iniciados con la Ley Orgánica 6/1988.⁵⁶

Análisis comparativa sobre los modos de protección a los derechos fundamentales en Brasil y España

La existencia de un único Tribunal (Corte o Consejo) Constitucional que monopoliza el control de constitucionalidad de las leyes a través de un proceso autónomo y cuyas decisiones tienen efectos generales sigue siendo el elemento más característico de la influencia originaria europea. Pero ahora la Constitución aparece configurada como una norma plenamente incardinada en el ordenamiento y con amplios contenidos materiales, lo que comporta de un lado que los órganos de justicia constitucional asuman tareas de garantía del orden constitucional, y de otro lado, que los órganos jurisdiccionales ordinarios también apliquen la Constitución entrando en competencia compartida con los Tribunales o Cortes Constitucionales.

En la actualidad resulta muy difícil mantener una clasificación dicotómica que se ha visto superada por el desarrollo de otros modelos en los que conviven técnicas de control concentrado con técnicas de control difuso, y en los que órganos jurisdiccionales *ad hoc* conviven con órganos judiciales ordinarios que desarrollan tareas de defensa y control de constitucionalidad. La consecuencia conceptual de esta superación es que en la actualidad la justicia constitucional ya no puede identificarse a partir de elementos formales o institucionales. El concepto de justicia constitucional hay que entenderlo como un concepto material sustantivo, esto es, como un conjunto de técnicas tendentes a garantizar e interpretar la Constitución mediante mecanismos jurisdiccionales.

⁵⁵ CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN. "La crisis del recurso de amparo. La protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional". Universidad de Alcalá. Alcalá. 2005. Ob. Cit. Pág. 111.

⁵⁶ PÉREZ TREMPES, PABLO (Coordinador). ALBERTÍ ROVIRA, ENOCH. ARAGÓN REYES, MANUEL. CARRILLO, MARC. VIVER I PI-SUNYER, CARLES. "La reforma del recurso de amparo". Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. Ob. Cit. Pág. 283.

El control difuso de constitucionalidad en Brasil puede ser verificado por cualquier Tribunal o juez cuando, en el transcurso de la acción judicial propuesta para su apreciación, es suscitada la inconstitucionalidad de ley o acto normativo federal, estatal o municipal. El instrumento procesal hábil que requiere la revisión de la decisión en última instancia sobre la prejudicial de inconstitucionalidad es el recurso extraordinario. El elevado número de pleitos sometidos a la apreciación del Supremo Tribunal Federal ha reclamado la necesidad de revisión de la estructura del Poder Judicial. El recurso extraordinario ha recibido frecuentes críticas por someter a la Corte Suprema una cantidad de pleitos desproporcionada a su capacidad juzgadora. Por otro lado, no podemos dejar de considerar que el recurso extraordinario es un instrumento de garantía para el mantenimiento de la unidad legislativa nacional y de acceso para los particulares en la defensa de sus intereses constitucionales.

Para agilizar el funcionamiento de los Tribunales la intención de uniformizar la jurisprudencia representa para el derecho brasileño no solamente el establecimiento de paradigmas, sino también la optimización de las demandas sometidas a la apreciación de los Tribunales. Atendiendo a esos objetivos fueron incluidos en el ordenamiento jurídico instrumentos de vinculación en la actuación de los órganos judiciales, por medio de los Sumarios vinculantes, así como, en el ámbito del control concentrado de constitucionalidad, de la adopción del efecto vinculante a las decisiones del Supremo Tribunal Federal.

Los Sumarios vinculantes funcionarán en el ámbito de la jurisdicción constitucional en el modelo de control difuso, como un instituto que impondrá las decisiones del Supremo Tribunal Federal a todos los demás jueces en el ejercicio del control difuso de inconstitucionalidad. El no cumplimiento de la decisión de la Corte Suprema posibilitará el uso de la Reclamación para preservar la autoridad de la decisión contenida en los Sumarios vinculantes. La experiencia con el efecto vinculante presente en el control concentrado de constitucionalidad ha demostrado un considerable aumento de demandas judiciales al Supremo Tribunal Federal en razón de las centenas de Reclamaciones por el no cumplimiento de tales decisiones del Supremo Tribunal Federal, lo que nos hace deducir que probablemente la vinculación de los Sumarios llevará al mismo problema. Más acertada es la persecución por el Supremo Tribunal Federal de decisiones suficientemente fundamentadas en un grado razonable de consenso discursivo entre las varias instancias, en lugar de optar por la imposición de las decisiones no compartidas.

El control de constitucionalidad en Brasil se produce a través del control jurisdiccional sucesivo utilizando los instrumentos jurídicos de la acción directa de inconstitucionalidad, la acción declaratoria de constitucionalidad, y la inconstitucionalidad por omisión. El control previo de constitucionalidad de las leyes en Brasil es ejercido por órganos políticos (en el proceso legislativo) con el objetivo de evitar la introducción de normas inconstitucionales en el ordenamiento jurídico. En los casos en que haya proceso legislativo tendente a abolir dichas cláusulas intangibles, la más acreditada doctrina entiende que es posible la incidencia de fiscalización jurisdiccional de constitucionalidad sobre proyectos de Enmiendas a la Constitución Federal,

que siguiendo el artículo 60, párrafo 4º, tenga por objetivo abolir la materia del núcleo inmodificable de la Carta Magna. La afirmación se apoya en la interpretación del citado artículo que dispone sobre la inconstitucionalidad de la pretensión legislativa de deliberar sobre una propuesta tendente a la abolición de dichas cláusulas.

En España, el control sucesivo de inconstitucionalidad distingue, para los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, dos tipos de recurso. El primero, denominado recurso de inconstitucionalidad, tiene por objeto la determinación en abstracto de la inconstitucionalidad de una norma; en el segundo, la cuestión de inconstitucionalidad, el objetivo es la concreción de la inconstitucionalidad de una norma, en función de un proceso ordinario donde se cuestiona su aplicación. Además, podemos verificar la autocuestión de inconstitucionalidad como una inconstitucionalidad surgida en un proceso de amparo que posibilitará una facultad especial del Tribunal Constitucional en virtud de la cual él puede instar la inconstitucionalidad de una ley. En el control preventivo de inconstitucionalidad la competencia del Tribunal Constitucional no es meramente consultiva y se trata de evitar la rectificación de un Tratado Internacional que haría políticamente más onerosa su invalidación *ex post* por causas de inconstitucionalidad, que su bloqueo previo anterior a estos actos finales.

En la nueva regulación de la cuestión de inconstitucionalidad, incorporada en la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁵⁷, se permite a las partes del proceso que intervengan en el procedimiento ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, para que formulen sus alegaciones en el plazo de otros 15 días. Tras las alegaciones se establece como novedad la posibilidad de celebrar una vista pública cuando el Tribunal lo considere necesario. La sentencia que ponga fin al mismo deberá dictarse en un plazo de 10 días desde el día señalado para la vista o la deliberación, salvo que se estime necesario un plazo más amplio (que no podrá exceder de 30 días).

El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite, debiendo el recurrente alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por su especial trascendencia constitucional (nueva redacción del artículo 50). Antes de la reforma, simplemente se debía comprobar que no concurrían las causas tasadas de inadmisión, pasándose en este nuevo sistema a la determinación de la existencia de una relevancia constitucional. El conocimiento de estos recursos ya no corresponde en exclusiva a las Salas, sino que también se extiende a las Secciones, con lo que se les otorga mayores competencias (artículo 48). Si en su admisión a trámite no alcanza la unanimidad, la Sección trasladará la decisión a la Sala respectiva, que resolverá mediante providencia.

Para poder acceder al recurso de amparo, se debe agotar la vía judicial ordinaria, ya no solamente los recursos, sino todos los “medios de impugnación”, lo que incluye los recursos extraordinarios. El afectado debe denunciar formalmente en el proceso la vulneración del Derecho constitucional, posibilitando su resolución por el orden judicial ordinario mediante el incidente de nulidad de las actuaciones. Se amplía el

⁵⁷ http://www.senado.es/legis8/publicaciones/html/maestro/index_II0088A.html. Acceso en: 20 de enero de 2011.

objeto en el artículo 49.1, que abarcará también las omisiones de las autoridades que puedan implicar violaciones de derechos fundamentales y libertades públicas (antes sólo contra las disposiciones, actos jurídicos o simples vías de hecho).

Se modifica el trámite de la “autocuestión” de constitucionalidad, de tal forma que en el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia. Tras la resolución de constitucionalidad del Pleno se prosigue con el recurso de amparo ante la Sala o la Sección que lo estuviese conociendo con anterioridad.

Esas medidas en su mayor parte vienen a intentar resolver las dificultades apuntadas por la acreditada doctrina como pendientes de reformulación para el buen funcionamiento de la jurisdicción constitucional. No obstante, no estamos de acuerdo con el nuevo texto del artículo 50.1, en el que el recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren todos los requisitos de que la demanda cumpla con lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49; y, que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

De hecho, remitimos en tal opinión a las críticas de la doctrina acreditada acerca de una especie de *writ of certiorari*, donde en la previsión de dicho Proyecto se procederá a otorgar al Tribunal Constitucional la capacidad para rechazar recursos de amparo no sólo por motivos de forma, sino también de fondo en fase de admisión. La problemática es manifiesta en el sentido de que siguiendo la tendencia en la mayoría de los países por la objetivación de la protección de derechos, el recurso de amparo restringirá la capacidad del Tribunal de verificar a partir de los hechos concretos la vulneración de un derecho fundamental, pues la objetivación conlleva a la masificación de los procesos e impide un examen detallado de los casos.

Decimos que sigue la tendencia actual en las varias jurisdicciones constitucionales, porque la sobrecarga de los tribunales es un problema común a todos los países. En Brasil también se ha optado por una protección objetiva que no ha sido digna de grandes felicitaciones. La dificultad reside en la imposición de las decisiones jerárquicamente superiores por medio del efecto vinculante y de los sumarios vinculantes, además de los recursos con posibilidad de inadmisión de las peticiones como medio de optimizar el desarrollo de los procesos ante los tribunales.

En el caso brasileño, la falta de prestigio de las decisiones *a quo* en el derecho brasileño no ha permitido ejercitar el diálogo entre las dos esferas de intérpretes de derecho, lo que presupone que la autoridad de las decisiones alcanzadas por la imposición ofende a los regímenes democráticos de derecho. Apostamos por la necesidad de un nuevo examen de los mecanismos de articulación entre los controles de constitucionalidad concentrado y difuso en Brasil que actualmente privilegia la imposición

jerárquica de decisiones, a partir de una concepción que proponga un mayor diálogo entre los jueces que ejercen el control de constitucionalidad y la consecuente posibilidad de unidad y coherencia que hemos buscado.

Asimismo, en el control difuso en Brasil los efectos derivados de la decisión de inconstitucionalidad son restringidos a las partes. La suspensión de la ejecución de leyes juzgadas inconstitucionales es de competencia del Senado Federal tras la decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal, es decir, la suspensión de la ejecución de ley inconstitucional en el control difuso dependerá de la actuación del Senado Federal sin la cual la ley inconstitucional sigue produciendo efectos a los demás casos concretos que no fueron afectados por la decisión. La opción alternativa a esa restricción de efectos es la formulación de los sumarios vinculantes que uniformizan la jurisprudencia asumiendo la producción de efectos *erga omnes* en todo el ordenamiento y vinculando su aplicación..

Entendemos que la relación entre los sistemas de control de constitucionalidad sólo demostrará mayor articulación en la medida en que sea respetada la autoridad de las decisiones de la Corte Constitucional y, al mismo tiempo, que sea hecha una relectura de los moldes de vinculación de la jurisdicción infra-constitucional, que ocurriría en Brasil, a partir del alejamiento del efecto vinculante (que hoy obliga al cumplimiento de las decisiones del Supremo Tribunal Federal por los demás órganos judiciales) para implantar mecanismos que ofrezcan eficacia *erga omnes* a las decisiones definitivas de inconstitucionalidad proferidas por la Corte Suprema en sede de control difuso.

En cambio, esta dificultad no es verificada en España ya que en la verificación de inconstitucionalidad, sea por medio del recurso de inconstitucionalidad, sea por medio de la cuestión de inconstitucionalidad o de la autocuestión, las decisiones proferidas en estos procesos adquieren siempre eficacia *erga omnes*. La articulación entre el control de constitucionalidad difuso y concentrado en España se produce de forma más armónica puesto que no se encuentran datos, como ocurre en Brasil, de un elevado nivel de divergencia entre los jueces de las dos modalidades de control. Es cierto, que la competencia de los jueces ordinarios en España es más restrictiva que en Brasil, pues en España los jueces deberán siempre remitir la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, y, en cambio, en Brasil los jueces ordinarios pueden directamente decidir no aplicar la norma que entiendan inconstitucional. Sin embargo, a pesar de estas diferencias, el juez español será quien decidirá sobre la remisión o no al Tribunal Constitucional de la cuestión de inconstitucionalidad, y pudimos verificar una cierta armonía en la articulación de los dos sistemas, al contrario de lo que ocurre en Brasil, con el elevado índice de Reclamaciones.

A similitud del ordenamiento brasileño que incorporó la posibilidad de limitación de efectos en el artículo 27 de la Ley nº 9868, de 1999, también la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé que en los efectos de la sentencia que declare la inconstitucionalidad, se regula la posibilidad de retrasar los efectos de la nulidad, motivadamente y para preservar los valores e intereses de la Constitución, por un plazo que en ningún caso será superior a tres años. Con ello se busca facilitar el trabajo del legislador para que con posterioridad sustituya dichos preceptos declarados incons-

titucionales. Con esta misma finalidad, cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa se podrá conceder un plazo al legislador para que actúe en consecuencia, procediendo el Tribunal Constitucional a subsanar dicha insuficiencia si el legislador no cumple con este mandato.

Respecto a la protección de los derechos fundamentales una gran distinción se hace fundamental: en Brasil, la protección de los derechos fundamentales puede resultar tanto de los procesos de control de constitucionalidad peticionados por las partes del proceso, cuanto por las vías de protección específicas. En España, esto todavía no ocurre. La vía para la protección de los derechos fundamentales es únicamente el recurso de amparo, sin que se pueda proceder a dicha protección por medio de los procesos de inconstitucionalidad. Es cierto que la alteración de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para la posibilidad de que las partes interesadas puedan manifestarse posibilitó una vía más democrática en el procesamiento del control de inconstitucionalidad pero todavía no es suficiente ya que el trámite de admisión sigue condicionado a la decisión del juez.

Cabe subrayar también, que en España encontramos gran dificultad doctrinaria en la aceptación de la protección de los derechos colectivos y difusos por medio del amparo, fundada en la excusa de indeterminación del objeto de dichas acciones. En cambio, en Brasil existe la preocupación por expandir cada vez más la protección de los derechos difusos y colectivos como un compromiso de desarrollar la Constitución. Creemos que la diferencia viene de lo que cada país en su cultura jurídica entiende por Constitución. Conforme hemos enunciado, los conceptos en España todavía prefieren una concepción de Constitución garantizadora de derechos individuales y libertades públicas, y ello se debe a su formación histórico-política. Por su parte, Brasil, siendo un país en desarrollo, es conocedor de la necesidad de defender derechos en el más amplio campo de actuación. De todos modos, vale tener en cuenta que la comparación entre los dos países permite, en este aspecto, que la doctrina española reformule sus conceptos comprendiendo que es plenamente posible garantizar dichos derechos por medio de acciones específicas y la delimitación de sus objetos.

Nos interesa concluir que la jurisdicción constitucional en todo el mundo intenta fijar los parámetros que posibiliten el mejor funcionamiento de sus actividades, pero resta no olvidar que el eficaz funcionamiento no se resume a la optimización procesal, sino a una real y efectiva protección de derechos. Nos parece que en este aspecto los países han pecado en optar por la preferencia de la vertiente objetiva de protección e incurrir el serio riesgo de una vez más dejar indefensos los derechos fundamentales a costa de la objetivización del Derecho. Más acertado sería buscar un equilibrio entre las dimensiones objetivas y subjetivas del Derecho preservando la unidad de la Constitución.

La necesidad de diálogo judicial como legitimidad democrática de los derechos

Los cambios en la jurisdicción constitucional se la concebirán como un sistema compuesto por reglas y principios, con carácter marcadamente valorativo y que requieren una aplicación diferenciada en la protección de derechos. Hace falta con-

siderar en ese aspecto dos análisis: el cambio en la fundamentación del derecho y la ampliación del diálogo judicial con el proceso de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos.

Cuanto al primer aspecto observamos que la transformación del fundamento normativista al culturalista requiere una sustitución de la hermenéutica clásica por los moldes de la argumentación jurídica.

Referente al segundo cabe subrayar la progresiva ampliación de derechos influida por las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos.

Cerrarse para un diálogo en una única vía puede representar ilegitimidad de la jurisdicción constitucional en la medida de que la democracia suplica por la integración del diálogo judicial.

CIUDADANÍA Y GÉNERO

REPRESENTACIONES Y CONCEPTUALIZACIONES EN EL PENSAMIENTO MODERNO Y CONTEMPORÁNEO¹

Yanira Zúñiga Añazco²

“Hace siglos que las mujeres han servido de espejos dotados de la virtud mágica y deliciosa de reflejar la figura del hombre al doble de su tamaño natural”

“La independencia intelectual depende de cosas materiales (...) y las mujeres han sido siempre pobres (...) las mujeres han tenido menos libertad intelectual que los hijos de los esclavos atenienses (...) por eso he insistido tanto en la necesidad de tener dinero y un cuarto propio”

Un cuarto Propio, Virginia Woolf

Resumen

El concepto de ciudadanía ha sufrido múltiples mutaciones a lo largo de la historia. En este trabajo voy a considerar dos grandes épocas de evolución de la noción de ciudadanía: a) el tránsito a la modernidad y b) su reconceptualización contemporánea, y sostendré que en ambas épocas la noción de ciudadanía denota el entrecruce entre un fenómeno de pertenencia y un fenómeno de subjetivación social de los individuos.

A fin de examinar el proceso de construcción de la ciudadanía femenina, rescataré la forma en que el pensamiento feminista ha representado el problema de la subjetividad en el contexto de la conceptualización de la noción de ciudadanía y su influencia en la emergencia contemporánea de nuevos modelos de ciudadanía (la ciudadanía como *empowerment* y el modelo de desarrollo humano promovido por el PNUD) para observar las implicancias jurídicas que entrañan estas nuevas propuestas respecto de los derechos de las mujeres.

Siendo admitido que la representación simbólica de los hechos tiene altos componentes performativos, es decir, que el discurso tiene un poder instituyente y no sólo “describe” la realidad, sostendré, como hipótesis dependiente, que las dificultades de construcción y garantía de la ciudadanía femenina se explican, en parte, porque sólo muy recientemente la teoría sobre la ciudadanía ha sido permeada por el enfoque de *género* y que, esta nueva base conceptual, debiera presagiar un futuro proceso de subjetivación femenina más efectiva.

¹ Este trabajo forma parte del proyecto FONDECYT N° 11080280 titulado *Género, cuotas y paridad. Análisis de sus interrelaciones, similitudes y diferencias*, y del Proyecto de Investigación Mujer2009-PI-114, financiado por el Instituto de la Mujer de España; respecto de los cuales la autora es investigadora principal y co-investigadora, respectivamente.

² Licenciada en Derecho por la Universidad Austral de Chile y Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesora de Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público de la Universidad Austral de Chile.

1. La ciudadanía liberal moderna y la exclusión femenina

En el tránsito hacia la modernidad, la ciudadanía muta de un modelo primigenio articulado sobre la relación gobierno-súbdito al enfoque liberal moderno propuesto por Locke y ligado a la representación y a la participación política. Mientras que el enfoque del súbdito estaba centrado en la actividad benevolente del gobierno hacia la sociedad, el modelo moderno de representación y la participación política, dibuja la ligazón entre gobierno y sociedad como una vía de doble sentido donde tanto el gobierno puede influir en los ciudadanos como éstos en el gobierno, en una especie de diálogo o retroalimentación recíproca.

En el modelo moderno de ciudadanía- a diferencia del modelo de ciudadanía de griegos y romanos-, la participación en la decisión de los asuntos públicos resulta intermediada por los representantes de manera de hacer plausible el proyecto de las democracias a gran escala. Esta amalgama entre democracia y representación, sin embargo, no sólo permite el desarrollo democrático en extensos territorios sino que provoca profundas transformaciones en la práctica y el imaginario ciudadano.

Una de las más conocidas es la que describe Constant en su célebre *discurso sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*. En la ciudadanía moderna el interés de los sujetos se desplaza desde la participación política hacia la autonomía privada. En este sentido Constant apunta que las libertades personales se vuelven inviolables entre los modernos habida cuenta de la pérdida de influencia directa del individuo en la decisión de los asuntos públicos, ya que, en contrapartida, “el objetivo de los modernos es la seguridad en los disfrutes privados”³. Así las cosas, los derechos políticos capturados en la fórmula de la representación, dejan de ser un objetivo en sí mismos para transformarse en el vehículo de ejercicio de los derechos civiles.

Vinculado con lo anterior, la ciudadanía moderna retrata a un individuo ensimismado y despojado de todo atributo social, cuya única característica relevante, a efectos de la asignación de derechos, es su pertenencia a la especie humana. En esta forma de individualismo se ancla la concepción de la universalidad de los derechos como eje del proyecto liberal-moderno que amenaza con difuminar casi por completo la frontera entre el individuo y el ciudadano. Si en la antigüedad y en la edad media, la ciudadanía coincidía con la plenitud de los derechos que puede alcanzar un individuo en el marco de una comunidad política determinada y, como tal, era un estatus de privilegio; en la modernidad, la retórica revolucionaria instalará la idea de que los derechos son atributos del ser humano. En este sentido, como escribe Benhabib “las democracias modernas [...] conciben a sus ciudadanos como consocios derecho habiente. Los derechos de los ciudadanos descansan en los «derechos del hombre»”.⁴

³ CONSTANT, Benjamin. (1819). “De la liberté des anciens comparée à celle des modernes” (Discours prononcé à l’Athénée royal de Paris, 1819), texto íntegro en línea formato pdf, disponible en: http://scolarite.sciencespobordeaux.fr/IMG/pdf/Benjamin_Constant.pdf. Puede consultarse una reproducción parcial traducida al castellano, en línea, formato pdf, en <http://www.der.uva.es/constitucional/materiales/libros/Constant.pdf>, fecha de revisión 11/10/10

⁴ BENHABIB, Seyla (2004). *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Traducción de Gabriel Zadunaisky. Barcelona: Editorial Gedisa, p.41

No obstante, es sabido que la voluntad general está lejos de ser la voluntad de todos, tanto conceptualmente como en los hechos. De un lado, el desarrollo del Estado moderno como un Estado nacional, y la necesidad de dotar al discurso iusfundamental de una eficacia jurídica sólo garantizable por la producción normativa estatal, terminarán circunscribiendo la universalidad a las fronteras nacionales. En este sentido, la igualdad democrática moderna ha sido históricamente finita y lo sigue siendo en nuestros días. Este fenómeno es el que Robert Dahl denomina “principio categórico de igualdad⁵”

Por otra parte, la separación entre la esfera pública de la sociedad civil y política, y la esfera privada de la familia, sellarán un pacto entre democracia y patriarcado, que tendrá por efecto la exclusión de la mitad de la humanidad de la ciudadanía. Efectivamente, hasta bien entrado el siglo XX, época en que se concede generalizadamente el derecho a voto y a la elegibilidad a las mujeres, el pueblo, no será una comunidad cualquiera de individuos sino la asociación política de nacionales de un Estado que reúnen ciertos requisitos entre los que sobresaldrá la pertenencia al sexo masculino. Ya lo auguraba la célebre declaración francesa, *L'Homme* (en realidad, el varón) y *le Citoyen* se fundirán en una misma categoría: el sujeto de derechos por antonomasia.

Sin embargo, por sorprendente que parezca, la instalación de una democracia exclusiva en los términos planteados, no afectará la buena salud del ideario universalista. Por el contrario, la convivencia de los dos modelos de atribución de derechos que mencioné más arriba (el ideal-universalista y el real-exclusivo) permitirá contener las tensiones de este diseño. La ciudadanía será concebida predominantemente como una fuente limitada de derechos: los derechos de participación política, mientras que para la asignación del resto de los derechos (a saber, los derechos civiles), la *doxa* moderna tendrá éxito en difundir la ilusión de la universalidad.

Con todo, este sistema bicéfalo abrigará durante toda su historia varias crisis que terminarán por mostrar que el contrato social estuvo llamado desde su primera estipulación a sufrir sucesivas renegociaciones. Así, la concepción del individuo abstracto, base del modelo de representación moderno, se revelará ciega a las contingencias que afectan a los sujetos concretos (pobreza, ignorancia etc.) y que redundan en mayores o menores grados de pertenencia y de influencia efectiva en la comunidad política de pertenencia. De esta manera, se sentarán las bases para la problematización de la representación a partir de la puesta en entredicho de sus presupuestos teóricos de legitimación. En efecto, si la representación y, más ampliamente la ciudadanía moderna, descansan sobre la participación indirecta de los sujetos en la toma de decisiones, a fin de permitir que éstos puedan preocuparse principalmente de sus propios

⁵ Robert Dahl utiliza esta expresión para referirse a la necesidad de cohesión social en las democracias modernas y como esta necesidad determina que la comunidad política no pueda concebirse como universal. De esta manera, el principio categórico de igualdad designa una situación en que los miembros de un grupo “creen que ninguno de ellos, y ninguna minoría de entre ellos, está mejor capacitado o capacitada, tan definitivamente que a esa o esas personas deba permitírseles gobernar sobre el resto de la asociación ; por el contrario, piensan que todos están igualmente calificados para participar en un pie de igualdad en el proceso de gobierno de la asociación”. DAHL, Robert (2002) *La Democracia y sus críticos*, Traducción de Leandro Wolsfon. Barcelona:Paidós, p. 43.

planes de vida, *ergo* de su bienestar, resulta que, en la práctica, ésta se vertebra sobre una cierta disfunción o desencaje: determinados grupos de sujetos no sólo permanecen relativamente excluidos de los procesos de toma de decisiones políticas, sino que esas decisiones no les benefician y, al contrario, su bienestar se degrada. Esta paradoja que contribuirá a la eclosión de los derechos sociales, sellará la permanente tirantez, en el bosquejo de la ciudadanía moderna, entre sistema político y sistema económico (Estado y Mercado), y dará paso a una complejización de la ciudadanía en el marco del pensamiento contemporáneo, según revisaremos más adelante.

Pero, sin duda, la exclusión de las mujeres del proceso de individuación igualatoria prometido, encarnará el contrasentido más incómodo del modelo moderno de ciudadanía liberal y, probablemente, el más enquistado. Para la democracia patriarcal, la subjetivación femenina representará una verdadera piedra en el zapato que va ser inicialmente extirpada a través de la “racionalización” de la desigualdad natural y constitutiva entre los dos sexos. La vertebración de la feminidad como única identidad adscriptiva admitida por el pensamiento ilustrado, será el precio que los revolucionarios y sus continuadores pagarán para mantener los privilegios masculinos. Ello requerirá una empresa orquestada de misoginia plasmada en la representación simbólica de la mujer en la literatura, la ciencia y otras formas culturales, cuya influencia se va extender desde las postrimerías del siglo XVIII hasta el primer tercio del siglo XX⁶. Como explica Valcárcel, la idealización romántica de la mujer⁷ tuvo como contrapartida dejar “a las mujeres reales sin derechos, sin canales para ejercer su autonomía, sin libertad en suma. Sin derechos, sobre sus propiedades, su familia su domicilio, su educación, su trabajo, su matrimonio, su herencia. Y, para hacer bueno todo ello, sin derechos políticos”⁸.

Afortunadamente, como insinuábamos previamente, la ciudadanía moderna es un proyecto inacabado que va a sufrir mutaciones tendentes a la complejización de su significación, pavimentando el camino para la incardinación de la noción de género en este nuevo entramado. Revisemos, entonces algunos de los elementos en los que se cimienta este recorrido.

2. La ciudadanía tripartita de Marshall y sus críticas

El influyente ensayo de T.H. Marshall sobre *Ciudadanía y Clase Social* (1950), inaugura una etapa de complejización contemporánea de la teorización sobre la ciudadanía en que ésta empieza a ser concebida como una condición que confiere a los

⁶ Es este período, el que toma como referencia Virginia Woolf en su ensayo un *Cuarto propio* y respecto del cual remarca el contraste que existe entre la cantidad de hombres que escriben acerca de las mujeres y que opinan negativamente sobre ellas, frente a tan solo algunas mujeres que se permitan opinar sobre los hombres.

⁷ Tanto Amelia Valcárcel como Celia Amorós han analizado en el ámbito español las vinculaciones entre la representación ilustrada de lo femenino y la posterior misoginia romántica que va a consolidar la ontología diferenciada e inferior de las mujeres, con influencia desde las postrimerías del siglo XVIII hasta el primer tercio del siglo XX. Véase, VALCÁRCEL, Amelia (1997) *La política de las mujeres*. Madrid: Ediciones Cátedra-Universitat de València, 233 p. y AMORÓS, Celia (2000) *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y posmodernidad*. Madrid: Ediciones Cátedra-Universitat de València, 464 pp.

⁸ VALCÁRCEL (1997) 25-26.

sujetos derechos y beneficios, así como también ciertas obligaciones. Esta concepción abrirá las puertas para un gradual reemplazo del arquetipo de *ciudadano abstracto* por un *ciudadano concreto*, así como para la consideración, cada vez mayor, del Estado como responsable de la satisfacción de ciertas necesidades individuales de contenido económico, las que, correlativamente, adquirirán el status de derechos humanos. Este cambio de enfoque, creará las condiciones para abrir el debate sobre la pertinencia del género como elemento de la ciudadanía.

Como es sabido, T.H Marshall postula que la ciudadanía se edificó históricamente de manera cumulativa dado que los derechos humanos habrían “emergido” paulatinamente por categorías o capas: primero, los derechos civiles, después los derechos políticos y, finalmente, los derechos sociales. Sobre este punto de partida descansa su célebre modelo tripartito de ciudadanía. La ciudadanía en Marshall es, entonces, la pertenencia a una comunidad política organizada, y dicha pertenencia se juzga en función del disfrute por parte de los individuos no sólo de los derechos civiles y políticos, sino también de los derechos sociales, garantizados por el respectivo Estado. La ciudadanía así entendida es una categoría compleja compuesta por tres dimensiones: una dimensión civil, otra política y otra social; que exige, a su turno, la estructuración de equilibrios virtuosos entre Democracia y Estado, por una parte, Capitalismo y Mercado, por la otra, a fin de conciliar la libertad individual con grados crecientes de igualdad social o bienestar⁹.

Este enfoque de ciudadanía es considerado, en general, como una superación del individualismo inscrito en el modelo liberal moderno de ciudadanía y una apertura hacia la consideración del bienestar como un componente necesario de la idea de ciudadanía. Con todo, la propuesta de Marshall ha recibido críticas tanto como hipótesis histórica del devenir de la ciudadanía,¹⁰ como por trasuntar un excesivo optimismo respecto de las posibilidades de articulación de la justicia social en el marco del capitalismo.

Desde la trinchera feminista- que nos interesa aquí especialmente- se ha cuestionado esta propuesta por no considerar adecuadamente a las mujeres en el análisis. Esta ausencia sugeriría que el pensamiento contemporáneo sobre la ciudadanía y la democracia, lo mismo que el pensamiento moderno precedente, es refractario a simbolizar a las mujeres como verdaderas ciudadanas, pese a que desde el período posterior a la segunda guerra mundial, la mayoría de la población femenina mundial forma parte formalmente de esta categoría, a través de la concesión generalizada del derecho a voto y a la elegibilidad¹¹.

⁹ MARSHALL, Thomas Humphrey (1950), “Ciudadanía y clase social” *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, N° 79/97, pp. 297-344.

¹⁰ Para un resumen sobre las críticas al modelo de Marshall, puede verse, FREJEIRO VARELA, Marcos (2005) “Ciudadanía, Derechos y Bienestar: Un análisis del modelo de ciudadanía de T. H. Marshall”, *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N° 2, pp. 63-100.

¹¹ La generalización del derecho a voto en el caso de las mujeres se produjo, en la mayor parte de los países desarrollados, en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Este período marca también los albores de las demandas sobre control del cuerpo (derechos reproductivos), acceso a la educación y reconocimientos de derechos en el ámbito de las familias.

En esta línea, el feminismo le ha reprochado a Marshall y a sus continuadores, un doble reduccionismo: a) en primer lugar, un sesgo androcéntrico, dado que su modelo, en el mejor de los casos, sólo daría cuenta del proceso de construcción histórica de la ciudadanía masculina, sin reflejar las particularidades del devenir de la ciudadanía femenina y, b) en segundo lugar, un sesgo metodológico, puesto que reduciría la ciudadanía al análisis de las clases sociales, no incorporando al factor género ni a otros factores de exclusión social, como elementos de análisis relevantes.

En el marco de la primera crítica feminista, Sylvia Walby, entre otras, ha puesto de relieve que los períodos de adquisición de los derechos varían notablemente entre hombres y mujeres, y también entre países en función de los grados de desarrollo económico. Así, en muchos países desarrollados varios decenios han separado la adquisición de derechos políticos de las mujeres en relación con los hombres. En cambio, en muchos países en desarrollo las mujeres han obtenido el derecho al voto al mismo tiempo que los hombres, esto es, al momento de la independencia. Sin embargo, estas mismas mujeres, aún gozando de la ciudadanía política, no se han beneficiado siempre plenamente de la ciudadanía civil puesto que, en muchos casos, no han adquirido el derecho a controlar sus cuerpos, el derecho a divorciarse y/o el derecho a desarrollar una actividad económica libremente. Casos como Afganistán, Irán o, sin ir más lejos, Chile respecto de los derechos sexuales y reproductivos, ilustran actualmente esta disonancia. Y en los países desarrollados, por otra parte, los hombres han obtenido la ciudadanía civil antes que la ciudadanía política, mientras que el recorrido en el caso de las mujeres ha sido el inverso¹². Todavía más, la proliferación en la década de los 90 de los sistemas de cuotas así como el surgimiento y popularización de la noción de democracia paritaria en países como Francia y Bélgica, indica que la ciudadanía política femenina continúa en proceso de vertebración.

Tanto en el trabajo del sociólogo inglés como en un abultado número de análisis sobre la ciudadanía, las diferentes fechas de adquisición de los derechos por parte de las poblaciones femeninas no sólo no son consideradas datos relevantes sino que parecen constituir una suerte de anecdotario. Una muestra elocuente de este fenómeno es la tendencia mayoritaria de textos jurídicos especializados (y no tanto) a calificar como fecha de concesión del voto “universal” aquella que corresponde a la concesión del voto general para los varones.

De otro lado, y en relación con la segunda crítica dirigida al enfoque de Marshall, a partir de la década de los 90, trabajos en la línea del feminismo han empezado a cuestionar la idea de que la única particularidad de la ciudadanía femenina sea que ésta ha sido adquirida con posterioridad a la ciudadanía masculina. Esto implica refutar la representación de la ciudadanía como neutra o ajena al sexo de sus titulares; y sostener, en cambio, que la ciudadanía es “sexuada”. Esta emergente línea de investigación sugiere que las experiencias diferenciadas de mujeres y hombres, y la posición estructural desventajada de aquéllas, obstaculizan un acceso completo de las mujeres

¹² WALBY, Silvia (2000) « La citoyenneté est-elle sexuée? », en VVAA, *Genre et politique*. Débats et perspectives. Paris: Gallimard, pp. 62 y 63.

a los derechos que componen la ciudadanía, en especial -y siguiendo la tipología de Marshall-, a los derechos sociales. En este sentido, se ha puesto de relieve que los derechos sociales históricamente han estado ligados a la condición de asalariado en circunstancias de que un grupo ingente de mujeres ejerce trabajo doméstico no remunerado, y que, además, estos derechos han estado y están, en gran medida, atribuidos en función de la unidad familiar y no del individuo. Expresado de otra manera, la ciudadanía social femenina ha dependido generalmente del vínculo matrimonial y/o de la maternidad lo que no ocurre en el caso de los varones¹³.

En este orden de ideas, Carole Pateman señala que muchas controversias acerca del Estado de bienestar se han resuelto -y continúan resolviéndose- alrededor de la pregunta de los lugares sociales -y tareas respectivas- de varones y mujeres, la estructura del matrimonio, y la relación de poder entre cónyuges, de manera, que resulta imposible comprender la ciudadanía sin observar las relaciones bi-direccionales entre Estado (de bienestar) y mujer, o sea, “la importancia de la mujer para el estado de bienestar, y la importancia del estado de bienestar para la mujer”.¹⁴ Las políticas sociales del Estado de bienestar han reflejado ordinariamente la estructuración social de género, tomando como eje la división de funciones propia de la familia patriarcal (el hombre, jefe de familia y proveedor y la mujer, la cuidadora) y han restringido la noción de *trabajo*, al trabajo remunerado. Sobre esta base, se ha entendido que las políticas de bienestar son aquellas que permiten, impulsan o retraen la desmercantilización del trabajo (remunerado), y, en consecuencia, estas políticas han estado enfocadas principalmente a los varones dado que las mujeres nunca han conseguido un derecho a la desmercantilización de su trabajo similar al de los hombres, porque nunca han experimentado el mismo grado de vinculación con el mercado que éstos¹⁵.

De ahí que el pensamiento feminista insista en que la definición de ciudadanía no puede prescindir del factor género y que, específicamente en lo relativo a la dimensión social de ella, debiera introducirse la variable del trabajo no remunerado así como reconocer el importante rol de las mujeres como prestadoras de servicios de

¹³ En el caso chileno, la legislación de seguridad social favorece especialmente a la mujer casada, admitiéndose excepcionalmente a la “conviviente” como titular de derechos sociales. Así, la *Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales* y el *Decreto Ley N° 3.500* confieren el derecho a obtener pensiones a la conviviente que haya sido madre de un hijo reconocido del causante a condición de haber vivido a sus expensas. Igualmente, la Ley de Seguro Obligatorio Automotriz o Accidentes Personales, otorga derecho a pedir la indemnización en orden de precedencia, al cónyuge, a los hijos menores, a los hijos mayores, a los padres y a la madre de los hijos de la víctima (mujer conviviente). Para un tratamiento más general de estos temas puede verse, EICHLER, Magrit (1999) “Cambios familiares: familias, políticas e igualdad de género” en FACIO, Alda. y FRIES, Lorena. (Eds.), *Género y Derecho*. Santiago de Chile: La Morada, pp., 444-486, y MORENO, Luis (2000) *Ciudadanos precarios. La “última red” de protección social*. Barcelona: Ed. Ariel, pp. 118 y ss.

¹⁴ PATEMAN, Carole (2000). “El Estado de Bienestar Patriarcal” en *Contextos*, Programa de Estudios de Género de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año 2, N° 5.

¹⁵ LEWIS, Jane (2000) “Estado de bienestar y trabajo de cuidado no remunerado”, en DE VILLOTA, Paloma. (Ed.): *La individualización de los derechos sociales y fiscales en la Unión Europea*. Madrid: Alianza Editorial, p. 57.

bienestar a terceros (cuidados de niños, ancianos y enfermos), en sustitución o complementación de los servicios prestados por el Estado¹⁶.

3. La ciudadanía como *empowerment*

La interpelación feminista antes referida ha favorecido la emergencia de otros modelos de ciudadanía, los que recogen de manera más adecuada la relación entre género y ciudadanía. En este sentido, puede citarse el enfoque de ciudadanía como *empowerment* (*empoderamiento*) o *creación neta del poder*, que se transformó en uno de los conceptos-bandera del feminismo, después de la inclusión del término en la Declaración de Beijing con ocasión de la IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer¹⁷.

La noción de *empoderamiento* surge en la década de los 70 en un contexto de puesta en entredicho del funcionamiento de un buen número de los presupuestos sobre los que se cimentó la modernidad. Entre éstos, a saber: a) el modelo de Estado centralizado, b) la fórmula de la representación cada vez más parapetada en un monopolio de la técnica, y c) la simbolización liberal individualista del sujeto y de la política como simple agregación de intereses, las que empiezan a ser interpeladas por grupos sociales y por ideologías comunitaristas. En este escenario se van a entrecruzar las demandas de más participación democrática en los niveles locales con los reclamos de grupos excluidos, entre los que se situarán los colectivos feministas.

La idea de empoderamiento busca corregir las falencias de la democracia liberal en el marco de una revitalización de la ciudadanía. A este respecto, Friedman subraya

¹⁶ El reflejo del trabajo doméstico en las cuentas nacionales estuvo presente en la Cumbre Mundial de Desarrollo Social de Copenhague y el debate de su inclusión en no en los índices macroeconómicos se reeditó en la Plataforma de Acción de Pekín. Algunos países se mostraron contrarios a su inclusión argumentado, entre otras razones, que el reflejo del trabajo no remunerado de las mujeres en las contabilidad nacionales podría favorecer una consolidación de los estereotipos tradicionales asignados a mujeres y a hombres en la sociedad. Se consideraba, además, que esta medida podría ser la antesala de otras propuestas de mayor complejidad política y técnica como, por ejemplo, la idea de remunerar mediante un salario el trabajo doméstico de las mujeres. La posición mayoritaria, que estaba en la línea de la Recomendación General Nº 17 del CEDAW (Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer) señalaba que la medición y cuantificación del trabajo no remunerado de las mujeres serviría para poner de manifiesto la contribución real de las mujeres al desarrollo de cada país, constituyendo una base para la formulación de otras políticas relativas a la promoción de la mujer. Finalmente, la Plataforma de Acción de Pekín, dentro de las medidas consideradas en relación con los mecanismos institucionales para el avance de las mujeres; contempla la necesidad de elaborar métodos para evaluar cuantitativamente el valor del trabajo no remunerado de las mujeres no incluido en la contabilidad nacional, para su inclusión en cuentas satélites u otras cuentas oficiales, con miras a reconocer la contribución económica de las mujeres y la desigualdad en la retribución del trabajo remunerado y no remunerado entre hombres y mujeres. Cabe mencionar que algunas de las preocupaciones de los países en desarrollo oscilaban en torno a que el posible incremento del PIB propiciado por la inclusión del trabajo doméstico no remunerado se transformara en un obstáculo en relación con la recepción de ayudas al desarrollo.

¹⁷ El párrafo séptimo de la declaración reza así: "Nos comprometemos sin reservas a combatir estas limitaciones y obstáculos [que afectan al desarrollo de las mujeres], promoviendo así el avance y el empoderamiento de las mujeres de todo el mundo y convenimos en que esta tarea exige una acción urgente, con espíritu decidido, de esperanza, cooperación y solidaridad, ahora y con la vista puesta en el próximo siglo.

que para que la gente se haga cargo de su propio destino, se requiere algo más que la participación política entendida en su acepción tradicional. Este ingrediente adicional estaría sintetizado en la expresión “empowerment” que literalmente significa hacer surgir poder en un grupo. El poder, así entendido, viene a ser la capacidad para tener un mayor control de las decisiones que afectan la vida de la comunidad o del grupo de pertenencia. Concordante con esta noción, la pobreza o la exclusión social, constituyen una suerte de “desempoderamiento” y no sólo una cuestión de mínimos de ingreso o de consumo como se ha concebido frecuentemente. Obviamente, desde este prisma, economía y política no son compartimentos estancos, sino caras de un mismo fenómeno. En consecuencia, el desarrollo económico no es algo ajeno a las condiciones políticas¹⁸.

De esta manera, el *empoderamiento* está ligado a la participación, a la autonomía y el bienestar ideas todas que forman parte del ideario moderno. Sin embargo, se desmarca de la tradición individualista de atomización de los sujetos al apelar a la colectividad de los procesos de toma de decisiones y reconocer un lugar protagónico a los grupos o colectivos en las dinámicas de poder. En este sentido, Iris Young representa el intento más sobresaliente de desarrollar el concepto de *empoderamiento* combinando una teoría de la justicia con una teoría sobre la opresión de las mujeres y demás colectivos en desventaja. En su obra *La justicia y la política de la diferencia*, Young analiza las condiciones institucionales necesarias para desarrollar capacidades individuales para la autodeterminación así como capacidades colectivas en relación con grupos sociales marginales, para influir en la sociedad¹⁹. Para Young la opresión tiene cinco dimensiones o caras: a) explotación, b) marginación, c) carencia de poder, d) imperialismo cultural y e) violencia. El *empoderamiento* se enlaza a la autonomía y se desarrolla en conexión con el ideal normativo de ciudadanía democrática que es capaz de reconciliar la pluralidad.

Puede decirse, entonces, que el *empoderamiento*, tiene una faceta empírica y otra normativa. La primera supone admitir que las cuestiones distributivas y de construcción de subjetividades, están condicionadas por los contextos sociales e institucionales, de suerte que la opresión o la exclusión de los sujetos no puede comprenderse sino a partir de la noción de grupos sociales. La segunda, que es corolario de la anterior, postula que la articulación de la justicia implica la participación colectiva de los

¹⁸ FRIEDMAN, John (1992) *Empowerment: The Politics of Alternative Development*, Massachusetts Blackwell Cambridge, 189 pp.

¹⁹ Un aspecto que merece especial atención en la teoría de YOUNG es la noción de “grupo social”. La autora advierte que la teoría política ha construido la noción de grupo social subordinándola a una metodología individualista: o son conjuntos o son asociaciones. Pero los grupos sociales son algo distinto a un conjunto o la mera combinación de personas, no se definen -por lo mismo- por una serie de atributos compartidos sino por un sentido de identidad. Los significados de grupo se erigen en relación con otros grupos y constituyen parcialmente la identidad de la gente en términos de la forma cultural, la situación social y la historia que los miembros del grupo internalizan como suya, ya sea que haya sido construida heterónoma, autónoma o híbridamente. En sociedades complejas como las nuestras, complejas y altamente diferenciadas, todas las personas tienen identificaciones grupales múltiples. YOUNG, Iris (2000) *La justicia y la política de la diferencia*, Traducción de Silvina Álvarez. Madrid: Ediciones Cátedra-Universitat de València, 457 pp.

agentes en la toma de decisiones a través de voz y voto eficaces, es decir, supone una concepción de la democracia que descansa sobre la heterogeneidad y se asienta sobre el reconocimiento mutuo y la aceptación de diferencia.²⁰

La ciudadanía como *empoderamiento*, pincelada aquí a grandes rasgos, puede considerarse un cambio de paradigma en relación con la ciudadanía liberal moderna y con el modelo de ciudadanía tripartito de Marshall antes vistos, debido a que presupone un severo quiebre y una interpelación radical de la tradición previa.

Por un lado, busca corregir el acento desmesurado que, tanto en la praxis como en la teoría política, se ha puesto en el paradigma distributivo de la justicia, con lo que, de paso, apunta a devolver a la discusión pública explícita la cuestión de las asimetrías de poder político, esta vez, no sólo en clave de clase social sino en el marco de un contexto más amplio en el que se inserten otros factores de discriminación o exclusión social (género, etnia, religión, inclinación sexual etc.). Por otra parte, promueve la reconversión de una figura atrofiada de ciudadano – el cliente-consumidor que describe Habermas²¹ – a un tipo-ideal de ciudadano participativo, impulsando la transformación de una política definida como el territorio de los expertos a una política de interés y con injerencia de todos los sujetos. En este sentido, la ciudadanía como “*empoderamiento*” persigue la recuperación de la esfera agonal y multidimensional del conflicto político, la que, según denuncian varios autores, el pensamiento liberal ha reducido a la mera negociación sobre la distribución de los

²⁰ Según Young el paradigma distributivo tiene dos problemas: Primero, tiende a ignorar el contexto institucional que determina la distribución material al mismo tiempo que, con frecuencia, lo presupone. Por ejemplo, no pone acento en la estructura de toma de decisiones que es determinante en la distribución actual de la riqueza y en la reproducción de pautas de distribución desigual del producto. Segundo, cuando el paradigma se aplica a bienes y recursos no materiales la lógica de la distribución es tergiversa. Esta lógica postula una ontología social atomista que ignora u oculta la importancia de los grupos sociales para la comprensión de las cuestiones de justicia; se olvida que las sociedades no sólo distribuyen bienes entre las personas y que éstas no son lo que son con independencia de dichas sociedades sino que, por el contrario, las identidades y las capacidades de las personas son, en muchos sentidos, productos de procesos y relaciones sociales. YOUNG (2000)

²¹ Habermas sostiene que en el capitalismo tardío se produce un entrecruce entre Estado y Mercado en que el primero actúa como garante de la ley del valor y, por lo mismo, está afectado por crisis recurrentes de legitimación. Es en este contexto, se produce lo que el autor denomina “colonización del mundo de la vida”, y que consiste en que tanto el Estado como los organismos privados someten a los individuos (clientes y consumidores) a una especie de microengranajes de autoridad. Cada vez son mayores las áreas que son sujetas a la regulación estatal pero, sin embargo, no son objeto de un real debate político al quedar aprisionadas en una estructura que se satisface con la mera democracia formal y en donde prevalece la gestión de una burocracia cada vez más técnica fraguada al amparo de los procesos de racionalización del derecho, de la política y de la industria. Esta paradoja se perpetúa, a su vez, porque los sistemas políticos actuales trasladan las responsabilidades básicas a los individuos quienes deben tomar decisiones en condiciones de complejidad creciente y racionalidad imperfecta, en un mundo influido notablemente por los intercambios financieros y comerciales internacionales y por las inestabilidades políticas globales. Vid. HABERMAS, Jürgen (1999) *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Traducción de José Luis Etcheverry. Madrid: Editorial Cátedra, 240 pp.

beneficios sociales entre grupos de interés en el marco de un fenómeno de sacralización del consenso²².

Finalmente, este enfoque busca redefinir la noción de igualdad como piedra basal de la política de bienestar para sustraerla de la influencia del pensamiento binario que coloca igualdad y diferencia en una relación de oposición, y para desprenderla de sus resabios individualistas. Por consiguiente, la ciudadanía como *empoderamiento* incorpora, como factores cruciales, dos dimensiones que no tenían cabida en los enfoques previos y que se han vuelto parte integrante del debate político reciente: las asimetrías de poder entre grupos y las necesidades de reconocimiento de la diferencia. Nancy Fraser escribe en esta línea que “la lucha por el reconocimiento se está convirtiendo rápidamente en la forma paradigmática de conflicto político en los últimos años del siglo veinte. Las exigencias de “reconocimiento de la diferencia” alimentan las luchas de grupos que se movilizan bajo las banderas de la nacionalidad, la etnia, la ‘raza’, el género y la sexualidad. En estos conflictos ‘postsocialistas’, la identidad de grupo sustituye a los intereses de clase como mecanismo principal de movilización política. La dominación cultural reemplaza a la explotación como injusticia fundamental. Y el reconocimiento cultural desplaza a la redistribución socioeconómica como remedio a la injusticia y objetivo de la lucha política”²³.

4. El enfoque de desarrollo humano del PNUD: Los aportes de SEN y NUSSBAUM

El enfoque de desarrollo humano del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) que se ha elaborado a través de los diferentes informes anuales sobre desarrollo humano que desde 1990 publica el PNUD, es tributario del enfoque de empoderamiento recién visto. Al mismo tiempo, este modelo ha resultado especialmente adecuado para promover la cuestión de género en el marco de la actividad normativa-práctica del sistema de Naciones Unidas, actuando como un verdadero pensamiento en acción. Las razones por las que el género se ha insertado cómodamente en este esquema están relacionadas tanto con coyunturas históricas como con afinidades teóricas.

²² En esta línea Chantal Mouffe advierte que muchos teóricos liberales se niegan a admitir la dimensión antagónica de la política y el rol de los afectos en la construcción de las identidades políticas, porque consideran que pondría en peligro la realización del consenso que consideran como el objetivo de la democracia. MOUFFE, Chantal (2007) *En torno a lo político*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, p. 36

Por su parte, Alain Touraine para ha acuñado la expresión “democracias demasiado razonables” para referirse a “las sociedades más ricas que parecen haberse vuelto incapaces de tratar sus problemas sociales más visibles, ya que no quieren hablar de conflictos estructurales o de conflictos opuestos”. Touraine explica que “estamos tan habituados a hablar de minorías, de marginalidad y hasta de exclusión que olvidamos que estos términos contribuyen a dar de la sociedad una imagen purificada de todo conflicto esencial, lo que reduce la democracia a la administración de las relaciones entre demandas sociales dispersas y débiles y exigencias técnicas o económicas a las cuales es imposible resistirse”. TOURAINE, Alain (1995) *¿Qué es la democracia?*, Traducción de Horario Pons. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 90-91.

²³ FRASER, Nancy (1999) *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición postsocialista*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, p. 17.

En relación con las primeras, a partir de la década de los 70 y hasta entrada la década de los 90, las agencias económicas de las Naciones Unidas se concentraron en el examen de las relaciones entre mujer y desarrollo a través de sucesivas aproximaciones teóricas²⁴, como respuesta al fracaso relativo de las estrategias de crecimiento económico. En efecto, el aumento de la desigualdad interna de los países pobres y de la brecha entre éstos y los países desarrollados, desafiaba al paradigma del crecimiento económico como modelo de desarrollo y obligó a buscar un nuevo registro explicativo de este fenómeno. Las necesidades individuales en las que, a poco andar, se insertaron las necesidades de género, se transformaron, entonces, en el nuevo foco de atención.

Como colofón de todo este proceso, el PNUD creó en 1995 dos índices específicos de género: *El índice de Desarrollo relativo al Género* (IDG) que es un ajuste del índice general (Índice de Desarrollo Humano) en función del género, esto es, un indicador que mide las desigualdades sociales y económicas entre hombres y mujeres; y el *Índice de Potenciación de Género* (IPG), que mide el nivel de oportunidades de participación de las mujeres en los dominios político y económico en relación con los hombres.

En el segundo orden de causas- el de las afinidades conceptuales- los tres grandes elementos que caracterizan al modelo de desarrollo humano promovido por el PNUD, esto es, su énfasis en las personas como razón de ser del desarrollo, el reconocimiento de las diferencias entre grupos humanos y de la existencia de inequidades en el acceso a las oportunidades y los recursos de la sociedad; son también intrínsecos a los planteamientos de género y, por tanto, podría decirse que el tema del desarrollo humano incluye *a priori* la búsqueda de género. Sin embargo, es en el marco de la conceptualización de la igualdad, en donde la matriz conceptual del modelo de De-

²⁴ A mediados de la década de los 70, del Enfoque del Bienestar y del Enfoque de Equidad. El primero se concreta a través de estrategias de acción residual para “grupos vulnerables”, y sus presupuestos eran los siguientes: las mujeres son receptoras pasivas del desarrollo, b) la maternidad es el rol por antonomasia de las mujeres y c) la participación de las mujeres, en la crianza y socialización de los hijos es su mayor contribución al desarrollo económico. El Enfoque de Equidad intentó desviar la atención del bienestar a la igualdad de las mujeres, reconociendo su rol productivo y sus desventajas en cuanto su ingreso a diversos sectores de la economía, particularmente las áreas formales y de trabajo remunerado. Posteriormente la llamada corriente MED (Mujer En el Desarrollo) cuya estrategia es la integración de las mujeres en el proceso de desarrollo y que fue adoptada por las Agencias Especializadas de NU, para la década de las mujeres (1975-1985) integraba aspectos de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado y otorgaba una importancia superlativa a la independencia económica de las mujeres como vía de concreción de la igualdad. Más tardíamente, el debate centrado en las relaciones de poder, de conflicto y las relaciones de género para entender la subordinación de las mujeres ha dado origen a otra vía de análisis que difiere un tanto de las antes explicadas. Se trata del Enfoque de la adquisición y Generación del Poder que ha permitido pasar, en el marco del pensamiento sobre el Desarrollo, de un enfoque de Mujer en el Desarrollo a Género en el Desarrollo. Esta última perspectiva que es la vigente, concentra la atención no sólo en las relaciones desiguales entre los géneros sino también en las estructuras que generan la desigualdad. De ahí que se cimiente sobre la premisa de que para producir cambios en las relaciones de género se requieren transformaciones profundas en las estructuras existentes. (hogares, comunidad e instituciones). Sobre estos temas puede profundizarse en DE VILLOTA, Paloma (Ed.) (1999): *Globalización y Género*. Madrid: Editorial Síntesis, ZABALA E, Idote (1999) *Un viaje a través del tiempo: 30 años de pensamiento económico feminista en torno al desarrollo*. Barcelona: Editorial Icaria, 25 pp.

sarrollo Humano-la teoría de las capacidades- y la teorización feminista, exhiben sus mayores coincidencias.

Como es sabido, la teoría de las capacidades ha sido propuesta y desarrollada por el economista Amartya Sen quien ha elaborado una línea de investigación sobre las relaciones recíprocas entre Sistema político (particularmente la Democracia) y sistema económico, y sobre la forma en que estas relaciones afectan la vida de los individuos. El planteamiento de Sen sobre las capacidades pretende representar las combinaciones alternativas que una persona puede hacer o ser; esto es, los distintos funcionamientos valiosos que una persona puede lograr. Los funcionamientos, a su vez, representan partes del estado de una persona. En particular, las cosas que logra hacer o ser al vivir, las que están afectadas por contextos sociales e institucionales. En este sentido, Sen advierte que dos personas que tengan el mismo haz de bienes primarios pueden gozar de muy diferentes libertades para perseguir sus respectivas concepciones de lo que es bueno. Por ejemplo, una persona discapacitada no puede funcionar de la misma manera que una persona sana, aunque ambas dispongan exactamente del mismo ingreso. Por esta razón, la desigualdad con respecto a una variable (por ejemplo, ingresos) puede llevarnos a una dirección muy diferente de la desigualdad en el ámbito de otra variable (por ejemplo, capacidad de funcionamiento o bien-estar)²⁵.

Para capturar mejor la dimensión estructural de la igualdad, el modelo de Desarrollo Humano se ha servido progresivamente de la emergente noción de exclusión social. La exclusión social, puede entenderse como un concepto integral de privación que introduce aspectos de participación social y de realización de derechos como seguridad (física, de sustento y protección ante contingencias, protección, identidad y plena ciudadanía) en su conceptualización. Más que la carencia de bienes y servicios este concepto da cuenta de un proceso dinámico asociado a la estructura económica y al cambio social, que procede del funcionamiento de las instituciones y de las políticas, que actúan para incluir o excluir²⁶, y es consecuencia de una serie de agentes sociales (Estados, empresas, autoridades locales, organismos religiosos etc.)²⁷

²⁵ SEN, Amartya (1997), *Nuevo examen de la desigualdad*, versión de Ana María Bravo, Revisión de Pedro Schwartz, Alianza Editorial, Madrid, 221 pp.

²⁶ Una conceptualización de exclusión social como la aquí planteada guarda extraordinaria semejanza con fórmula binaria opresión-dominación popularizada por Iris Young. Ella entiende por opresión procesos institucionales sistemáticos que impiden a alguna gente usar habilidades satisfactorias y expansivas en medios socialmente reconocidos, o procesos sociales institucionalizados que anulan la capacidad de las personas para interactuar o comunicarse con otras o para expresar sus sentimientos y perspectiva sobre la vida social en contextos donde otras personas puedan escucharlas. Las condiciones sociales de opresión- según esta autora- a menudo incluyen la privación de bienes materiales o su incorrecta distribución, pero conllevan, sin embargo, cuestiones que van más allá de la mera distribución. Paralelamente la dominación es definida por la autora como la presencia de condiciones institucionales que impiden a la gente participar en la determinación de sus acciones o de las condiciones de sus acciones. De esta manera, las personas están inmersas en un contexto de dominación si otras personas o grupos pueden determinar, sin relación de reciprocidad, las condiciones de sus acciones, sea directamente o en virtud de las consecuencias estructurales de sus acciones. De ahí que para Young la Democracia social y política en su expresión más completa sea el opuesto de la dominación. YOUNG (2000).

²⁷ MARTÍNEZ ROMAN, M^a. Asunción (2001) "Género, pobreza y exclusión social: diferentes conceptualizaciones y políticas públicas", en TORTOSA, J. M^a (coord.): *Pobreza y Perspectiva de Género*. Barcelona: Ed. Icaria, pp. 65-83.

El problema de la igualdad visto desde una dimensión estructural- como propone SEN- tiene una crucial importancia en las políticas sobre desarrollo. De hecho, muchos de los aspectos que pueden pasar prácticamente inadvertidos en sociedades prósperas adquieren gran importancia en sociedades en vías de desarrollo pudiendo restringir o comprometer la eficacia de las políticas públicas. Por tanto, los contextos socio-institucionales o estructurales (incluido el género), son una variable que debiera ser siempre considerada. Así, por ejemplo, si el objetivo perseguido por una política pública es la alfabetización del total de la población, habrá que tener en cuenta que este objetivo requerirá de una dotación mayor de recursos en el caso de las mujeres pertenecientes a algunas sociedades, por la existencia de trabas jerárquicas o de barreras culturales que habrán de removerse conjuntamente.

Estos planteamientos están en sintonía con la aproximación feminista y su postulado central clásico de que las asimetrías de género son la causa explicativa fundamental de los fenómenos de discriminación que sufren las mujeres. Los avances que los estudios de género han experimentado en las tres últimas décadas, han permitido articular la investigación de género con problemáticas transversales tales como la democracia, la ciudadanía, la institucionalidad y la reforma del Estado y encarar con mayor precisión el estudio de los mecanismos que generan las desigualdades en campos específicos dentro de los cuales sobresale la educación, la política y el trabajo. Esto ha permitido, por ejemplo, correlacionar la participación política efectiva con la lucha contra la pobreza que afecta especialmente a las mujeres, en un contexto más amplio de discriminación estructural. Por otra parte, estos estudios han reafirmado la necesidad de tener presente también aquellos elementos que singularizan a las mujeres como parte de un colectivo mayor y que, a su vez, las diferencian unas de otras: las diferencias de poder, las diferencias de ingresos, la organización sociocultural etc. En efecto, las relaciones de género no son estáticas en el tiempo ni en el espacio. Esto implica, que el género no sólo es un elemento relevante para el análisis de las capacidades de las mujeres de pertenecientes a países en desarrollo²⁸ Todos estos avances, han sido también considerados en los más recientes informes PNUD para tratar especialmente los problemas de feminización de la pobreza y de falta de acceso equitativo entre mujeres y hombres respecto de los procesos de toma de decisiones.

Una interesante reformulación del enfoque de Sen sobre las capacidades, ha sido elaborada por Martha Nussbaum en relación específica con la situación de las mujeres y el Desarrollo. Esta reformulación es una propuesta que permite interpretar las exigencias que se desprenden del modelo de desarrollo humano, en tanto modelo de ciudadanía, desde una perspectiva de género²⁹. Según Nussbaum, el enfoque de

²⁸ En esta línea Sen explica que, en términos de muchos funcionamientos sociales, las diferencias entre sexos también pueden ser importantes en los países ricos de Europa y América del Norte. Según él, "las cuestiones de desigualdades entre los sexos en los países adelantados -igual que en los países en desarrollo- pueden entenderse mucho mejor al comparar las cosas que importan intrínsecamente (como funcionamientos y capacidades), en vez de sólo los medios, como son bienes primarios o recursos. El problema de la desigualdad entre sexos es, en última instancia, una cuestión de libertades divergentes". SEN (1999) 143.

²⁹ NUSSBAUM, Martha (2002) *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, versión castellana de Robert Vernet. Barcelona: Editorial Herder S.A., 416 pp.

las capacidades desde una perspectiva de género, debe operar de dos formas estrechamente ligadas entre sí. Es, en primer lugar, en los términos de las capacidades de funcionar en ciertas áreas centrales que ha de medirse la calidad de vida de una mujer, comparando su calidad de vida con la de otros, y a ello hay que agregar otros datos como la región geográfica, la clase, o la nación, a fin de poder realizar comparaciones, y definir según estos criterios a los que están en peor situación y a los que están en una posición adecuada³⁰. Así, una condición necesaria de justicia para un ordenamiento político-público sería que el mismo brinde a los ciudadanos un nivel básico de capacidad. Si la gente se encuentra sistemáticamente por debajo del nivel mínimo en alguna de estas áreas centrales, este hecho debería verse como una situación injusta y trágica que necesita de atención urgente, aun si, en otros aspectos, las cosas están yendo bien³¹.

Esta reflexión es trascendental porque pone el dedo en la llaga. La exclusión social que sufren sistemáticamente las mujeres no debería, entonces, tratarse como una mera anécdota, o como una distorsión que será corregida por el simple devenir de las cosas, sino que exige perentoriamente la intervención de los Estados.³²

A diferencia de Sen que nunca ha propuesto una lista de capacidades centrales, Nussbaum sostiene que podemos llegar a una enumeración de elementos centrales de un funcionamiento verdaderamente humano que puede suscitar un amplio consenso transcultural. La autora destaca que esta lista puede ser aceptada para objetivos políticos como la base moral de garantías constitucionales por gente que tengas visiones distintas sobre el contenido de una vida valiosa y dejaría espacio a la realizabilidad múltiple, es decir, sus puntos pueden especificarse más concretamente de acuerdo con las creencias locales y las circunstancias.³³ Esta lista incluiría capacidades ligadas

³⁰ Un ejemplo de la aplicación de este postulado podemos encontrarlo en el análisis de Paloma de Villota sobre los indicadores utilizados por el PNUD. A partir de las cifras consignadas en el Informe sobre Desarrollo Humano de 1995 para Chile, que mostraban una tasa de esperanza de vida a nivel estatal de 75,6 años para las mujeres y 68,5 años para los hombres, mientras que en algunas reducciones indígenas estas cifras se reducían a 65 y 61,5 años, respectivamente, la autora concluye que el componente étnico explicita mayores niveles de desigualdad que la variable género. Cruzando ambas variables, de otro lado, se arribaba a la siguiente conclusión: ser mujer india en Chile puede significar un recorte de diez años de vida de esperanza de vida al nacer respecto del promedio estatal femenino. DE VILLOTA, Paloma "Reflexiones sobre el IDH relacionado con el IDM-IDG del PNUD. La desigualdad de género en España", en DE VILLOTA (1999) 115.

³¹ NUSSBAUM (2002). 112 y 113

³² En esta misma línea se ha pronunciado el Informe sobre Desarrollo Humano de 1995 que señala categóricamente que *"el desarrollo humano es un proceso de ampliación de opciones de todas las personas y no sólo de una parte de la sociedad. Ese proceso pasa a ser injusto y discriminatorio cuando la mayoría de las mujeres quedan excluidas de sus beneficios. Avanzar hacia la igualdad de los sexos no es una meta tecnocrática, sino un proceso político. Dicho proceso requiere un nuevo tipo de pensamiento en el cual los estereotipos de mujeres y hombres sean reemplazados por una nueva filosofía que considere que todas las personas, sea cual fuere su sexo, son agentes imprescindibles para el cambio"* PNUD: Informe sobre Desarrollo Humano, 1995, pp. 13 y 14.

³³ El PNUD aborda esta cuestión bajo un prisma similar, entendiendo que el modelo de desarrollo centrado en el ser humano si bien debe encaminarse a ampliar las opciones tanto de hombres como de mujeres, no debería predeterminar la manera en que diferentes culturas y diferentes sociedades han de ejercer esas opciones. Lo importante es que exista tanto para las mujeres como para los hombres, igualdad de oportunidades para efectuar las opciones

a la vida, la salud e integridad corporal, las emociones, los sentidos, la imaginación y el pensamiento, la razón práctica, la afiliación, el control del propio entorno etc.³⁴.

Resulta interesante destacar que la lista sugerida por Nussbaum coincide, de buena manera, con la forma en que los Informes sobre Desarrollo Humano del PNUD organizan algunos de los elementos que integran su modelo de desarrollo.³⁵ Esto podría corroborar la idea de la autora sobre la cristalización de un consenso “traslapado” a nivel internacional sobre el contenido de estas capacidades centrales sobre las cuales se vertebraría este nuevo modelo de ciudadanía con consideración del género. Desde el punto normativo, el corolario de ello sería la exigencia de intervención estatal a objeto de asegurar las condiciones externas que propicien la potenciación de las capacidades de las mujeres que, como hemos apuntado, están considerablemente constreñidas por barreras estructurales. Esta exigencia ha sido expresada enfáticamente por el PNUD que entiende que la intervención estatal es obligatoria e importa reformas integrales de las políticas y una serie de medidas de acción afirmativa³⁶.

En consonancia con lo anterior, una de las exigencias que se desprenderían de este nuevo enfoque de ciudadanía involucra una revisión de la relación entre Estado y familia tal como ha sido entendida por el liberalismo clásico. Si el amor y la imaginación son importantes cuanto como capacidades morales para *todas y cada una de las personas*, entonces no sólo las mujeres necesitan adquirir las denominadas capacidades masculinas de la elección y de la planificación independiente sino también los hombres requieren adquirir, por lo menos, algunas habilidades tradicionalmente asociadas con el quehacer de las mujeres y con la esfera femenina. El aseguramiento de la adquisición de tales habilidades en el caso de los hombres supone, naturalmente, la transformación de la escuela en una institución potenciadora pero, además, implica abandonar el mito de la neutralidad estatal en materia de la estructura familiar.

Estas consideraciones vuelven a colocar el problema de la escisión de lo privado y lo público en el centro del debate. Nussbaum nos recuerda que todas las asociaciones humanas están modeladas por leyes e instituciones que las favorecen o desfavore-

³⁴ NUSSBAUM (2002) 120-123.

³⁵ Así por ejemplo, el Informe sobre Desarrollo humano de 2000 define como consustanciales al modelo de Desarrollo Humano, las siguientes libertades: a) Libertad de la discriminación, ya sea en razón del género, la raza, el origen nacional o étnico y la religión, b) Libertad de necesidad, para disfrutar de un nivel de vida decente, c) Libertad para desarrollarse y hacer realidad la potencialidad humana de cada uno, d) Libertad de temor, de las amenazas contra la seguridad personal, de la tortura, de la detención arbitraria y de otros actos violentos, e) Libertad de la injusticia y de las violaciones del imperio de la Ley, f) Libertad para participar en la adopción de decisiones, expresar las opiniones y formar asociaciones y g) Libertad para tener un trabajo decente, sin explotación. A su turno, el Informe sobre Desarrollo Humano de 2002, considera que las capacidades más elementales del desarrollo humano son tener una vida larga y en salud, recibir enseñanza, tener acceso a los recursos necesarios para alcanzar un nivel de vida aceptable y poder participar en la vida de la comunidad a la que se pertenece. Conviene apuntar que el *poder participar en la vida de la comunidad* constituye una innovación respecto de las capacidades esenciales que se contemplaban en el Informe sobre Desarrollo Humano de 1995, lo que permite apreciar la evolución que ha tenido esta lista. Vid. PNUD, Informe sobre Desarrollo Humano, 2002, p. 13 e Informe sobre Desarrollo Humano (1995) p. 27. Documentos electrónicos en línea, formato pdf., disponibles en <http://cdonu.un.org.ec/original/idhs.htm>, fecha de consulta 09 de abril de 2010.

³⁶ El Informe sobre Desarrollo Humano, sugiere una serie de políticas y estrategias a título ejemplar. PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano* (1995), pp. 21 y ss.

cen y que las estructuran de varias maneras³⁷. Pero la familia está modelada por la ley de una manera aún más profunda y total, en el sentido de que su misma definición es legal y política; los individuos podrán llamarse “una familia” si así lo desean, pero sólo logran constituir una familia, en el sentido socialmente reconocido, si cumplen las pruebas legales. Así, el Estado define qué grupo de gente constituye una familia y les otorga derechos, privilegios y responsabilidades a sus miembros. Esta constatación, que refuta la idea liberal de que el Estado no tiene injerencia en el núcleo familiar, permite—según Nussbaum, sostener la siguiente conclusión: Con la familia— al igual que con la religión— se debe observar el *principio de la capacidad de cada persona*. Es decir, debemos preguntar en cada punto no sólo si se preserva el amor sino si se preserva la capacidad de cada persona de escoger relaciones apropiadas de amor y cuidado (y las otras funciones centrales). El amor que existe a expensas de la libertad emocional de otros no merece la protección pública. Tampoco debería proteger la acción pública una unidad orgánica en cuanto tal; lo que debería proteger son las capacidades emocionales y de afiliación de sus miembros³⁸.

De esta manera las leyes contra la violencia doméstica, la violación marital, las leyes que protegen el consentimiento matrimonial, aquellas que mandan la educación obligatoria, las que aseguran un reconocimiento material apropiado para la contribución de la esposa en la familia, las leyes que proveen mecanismos de cuidado a los niños para apoyar a las madres que trabajan, las que promueven la nutrición y la salud de las niñas, la iniciativas destinadas a consolidar la percepción pública de que las mujeres son aptas para desarrollar muy distintos papeles en la vida y los esfuerzos destinados a remodelar las capacidades de los hombres, son todas intervenciones estatales admisibles e incluso imperativas en el marco del afianzamiento de la ciudadanía de los sujetos o, si se prefiere, de los derechos humanos entendidos como capacidades.

Por otra parte, el modelo de Nussbaum se articula implícitamente sobre una lógica de *empoderamiento* que alcanza tanto al ámbito privado-familiar como al ámbito público. Desde luego, romper los efectos opresivos de la estructura familiar patriarcal³⁹ implica fortalecer la posición de negociación de la mujer en la familia, incrementando las opciones económicas de las mujeres. El acceso al empleo (en condiciones no discriminatorias en términos de salario) y al crédito, a los derechos de propiedad y a la alfabetización son importantes no solamente en sí mismos, sino también como vigorosos apoyos para las capacidades de las mujeres en general. Parece innegable que

³⁷ En un sentido similar Kymlicka denuncia la falsedad de la afirmación liberal en torno a que los Estados no fomentan o apoyan determinadas identidades etnoculturales. El autor llama “culturas sociales” a un entramado basado en instituciones sociales y un idioma. Según Kymlicka la participación en esas culturas sociales proporciona acceso a formas significativas de vida a lo largo de toda la gama de actividades humanas, incluida la activa social, recreativa, religiosa, económica, abarcando tanto la esfera pública como privada. Habida cuenta de que los gobiernos no son neutrales respecto del idioma y la cultura— puesto que claramente privilegian el uso de uno o determinados idiomas— no pueden serlo respecto de los distintos grupos etnoculturales que conviven dentro de los diversos estados multinacionales actuales. KYMLICKA, Will (1999): “Nacionalismo minoritario dentro de las democracias liberales” en García, S. y Lukes, S. (Comps.): *Ciudadanía, justicia social, identidad y participación*. Madrid: Siglo XXI Editores, pp. 127-157

³⁸ NUSSBAUM (2002) 345-346.

³⁹ Sobre este tema, puede verse Vid. MORENO (2000).

la capacidad de las mujeres para ganarse un sueldo y colocarse, especialmente en puestos de trabajo más cualificados, fuera de casa, eleva su condición social e influye, a su vez, en la atención que reciben en el seno familiar. Trabajar fuera de casa les aporta a las mujeres otra visión del mundo que les permite, asimismo, cuestionar el orden económico y social imperante.⁴⁰

Sin embargo, el afianzamiento de la posición de negociación de las mujeres no puede circunscribirse al ámbito privado-doméstico. Por el contrario, una de las notas características del modelo del desarrollo humano es que integra a los derechos humanos como una especie de eslabón (y eventualmente elemento corrector) entre las políticas públicas y el individuo. En consecuencia, este modelo entiende a las mujeres no sólo como beneficiarias sino que, primordialmente, como agentes de cambio. Esta nueva forma de apreciar la ciudadanía ha sido central en la cruzada emprendida por los movimientos feministas por la paridad política que han denunciado la existencia de un déficit de justicia en relación con la escasa participación femenina en las esferas de poder y han logrado el establecimiento de políticas destinadas a favorecer la participación de las mujeres en la esfera pública tanto en Europa como en América Latina.

Por otro lado, en este esquema, la diversidad busca hacerse un lugar en el marco de nuestras actuales sociedades estandarizantes. Para Nussbaum el reconocimiento de la diferencia es un reto decisivo porque el desarrollo de proyectos internacionales a menudo se ha vuelto desafortunado producto de una insuficiente consideración de la variedad cultural y de la particularidad. En esta línea sostiene que el desarrollo de los trabajadores se estructura sobre la asunción (típicamente occidental) de que los núcleos familiares son las unidades primarias de la solidaridad personal y las mujeres se relacionan con otros fundamentalmente como miembros de parejas heterosexuales, se desconoce la existencia de tradiciones de solidaridad femenina y pertenencia a grupos, a menudo, altamente productivas para el desarrollo económico, que son ignoradas⁴¹

Por último, creo útil apuntar a título de reflexión final y anticipando una crítica frecuente, que una cosa es considerar la diversidad como un elemento relevante y otra cosa es caer en un relativismo moral. La constatación de esta diversidad no socava la búsqueda de valores universales, sino que la requiere, en cuanto nos invita a preguntarnos si los valores culturales en cuestión se encuentran entre los que vale la pena preservar o no a fin de enriquecer la libertad del ser humano, es decir, en orden a crear espacios en los que puedan prosperar diferentes formas valiosas de actividad humana. Este respeto de las personas como agentes de elección propia, precisa que defendamos de manera universal un amplio rango de libertades, además de sus condiciones materiales y requiere también que respetemos a las personas como fines separados.

⁴⁰ A similar lectura ha arribado el PNUD al aseverar que “*la reevaluación del trabajo de la mujer permite robustecer la posición de las mujeres porque cuestiona a fondo las convenciones actuales. Que los esposos compartan su ingreso con sus esposas dejará de ser un acto de benevolencia para responder al derecho de las esposas. Será preciso, para ello, que cambien completamente las bases del derecho de propiedad, de los arreglos en caso de divorcio, de las garantías de los créditos bancarios etc, y los hombres tendrán que asumir una mayor parte del trabajo en el hogar y en la comunidad*”. Cfr. PNUD: *Informe sobre Desarrollo Humano, 1995*, p. 20

⁴¹ NUSSBAUM (2002) 12.

Presupone la pregunta acerca de la mejor forma para asegurar a todas y cada una de las personas las condiciones previas de libertad y de autodeterminación. Desde luego, en el caso de las mujeres es imperativo tratarlas como fines en sí mismas y no como apoyo para los fines de otros, es decir, no en cuanto madres, esposas o cuidadoras – al margen de la valoración positiva que se le pueda asignar a estos roles-, sino en tanto seres humanos aunque contextualizados.

Conclusiones

La evolución de los enfoques de ciudadanía, desde el modelo liberal-moderno hasta las propuestas contemporáneas, ha significado-progresivamente-la inclusión del género en una doble vertiente: a) como factor explicativo de las asimetrías de poder traducidas en el goce diferenciado de derechos y b) como elemento normativo que se vertebra sobre una estrategia de igualación que tiene en cuenta la especificidad de género de los sujetos (entre otras diferencias)

Lo propio de los nuevos enfoques de ciudadanía aquí revisados (*empowerment* y desarrollo humano) es enfatizar las interrelaciones entre las cuestiones ideológicas (las formas de comprender la naturaleza y dignidad los sujetos) y las cuestiones estructurales (las organizaciones sociales y los fenómenos de discriminación).

La gran diferencia entre estas nuevas aproximaciones de la ciudadanía y los enfoques que le han precedido (enfoque liberal y teoría de Marshall), estriba en que los conceptos más recientes dirigen especialmente su atención a los contextos de ejercicio de los derechos y a los fenómenos de exclusión social y discriminación. Así, los elementos constitutivos de estos nuevos modelos de ciudadanía brindan referentes para la evaluación sistémica de las limitaciones económicas, sociales e institucionales que afectan los derechos, así como proponen nuevas herramientas conceptuales que orienten las políticas y recursos que se emplean para superar dichas limitaciones. En este sentido, las ideas de capacidad y exclusión social, pueden ser entendidas como reformulaciones que permiten sobrepasar la dicotomía libertad/igualdad y el sesgo individualista de nuestros conceptos primigenios de discriminación.

En este marco de nuevas representaciones de la ciudadanía es posible recién que la historia de la ciudadanía femenina empiece a (re) escribirse de manera adecuada.

REFERENCIAS

- AMORÓS, Celia (2000) *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y posmodernidad*. Madrid: Ediciones Cátedra-Universitat de València.
- BENHABIB, Seyla (2004). *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Traducción de Gabriel Zadunaisky. Barcelona: Editorial Gedisa.
- CONSTANT, Benjamin. (1819). “De la liberté des anciens comparée à celle des modernes” (Discours prononcé à l’Athénée royal de Paris, 1819), texto íntegro en línea formato pdf, disponible en: http://scolarite.sciencespobordeaux.fr/IMG/pdf/Benjamin_Constant.pdf. Fecha de revisión 11/10/10
- DAHL, Robert (2002) *La Democracia y sus críticos*, Traducción de Leandro Wolsfon. Barcelona:Paidós.
- VALCÁRCEL, Amelia (1997) *La política de las mujeres*. Madrid: Ediciones Cátedra-Universitat de València

- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (1999) «Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género», en *Anuario de Derecho Penal*, número 1999-2000, pp. 83-100.
- DE VILLOTA, Paloma (1999) «Reflexiones sobre el IDH relacionado con el IDM-IDG del PNUD. La desigualdad de género en España», en DE VILLOTA, Paloma (Ed.): *Globalización y Género*. Madrid Editorial Síntesis. pp. 109-166.
- EICHLER, Magrit (1999) “Cambios familiares: familias, políticas e igualdad de género” en FACIO, Alda. y FRIES, Lorena. (Eds.), *Género y Derecho*. Santiago de Chile: La Morada, pp., 444-486.
- FRASER, Nancy (1999) *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición postsocialista..* Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes.
- FREJEIRO VARELA, Marcos (2005) “Ciudadanía, Derechos y Bienestar: Un análisis del modelo de ciudadanía de T. H. Marshall”, *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N° 2, pp. 63-100.
- FRIEDMAN, John (1992) *Empowerment: The Politics of Alternative Development*, Massachusetts Blackwell Cambridge.
- HABERMAS, Jürgens (1999) *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Traducción de José Luis Etcheverry. Madrid: Editorial Cátedra.
- KYMLICKA, Will (1999) “Nacionalismo minoritario dentro de las democracias liberales” en García, S. y Lukes, S. (Comps.): *Ciudadanía, justicia social, identidad y participación*. Madrid: Siglo XXI Editores, pp. 127-157.
- LEWIS, Jane (2000) “Estado de bienestar y trabajo de cuidado no remunerado”, en DE VILLOTA, Paloma. (Ed.): *La individualización de los derechos sociales y fiscales en la Unión Europea*. Madrid: Alianza Editorial, pp. 55-75.
- .MARSHALL, Thomas Humphrey (1950) “Ciudadanía y clase social” *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, N° 79/97, pp. 297-344.
- MARTÍNEZ ROMAN, M^a. Asunción (2001) “Género, pobreza y exclusión social: diferentes conceptualizaciones y políticas públicas”, en TORTOSA, J. M^a (coord.): *Pobreza y Perspectiva de Género*. Barcelona: Ed. Icaria, pp. 65-83.
- MORENO, Luis (2000) *Ciudadanos precarios. La “última red” de protección social*. Barcelona: Ed. Ariel.
- MOUFFE, Chantal (2007) *En torno a lo político*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- NUSSBAUM, Martha (2002) *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, versión castellana de Robert Vernet. Barcelona: Editorial Herder S.A..
- PATEMAN, Carole (2000). “El Estado de Bienestar Patriarcal” en *Contextos*, Programa de Estudios de Género de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año 2, N° 5.
- SEN, Amartya (1997), *Nuevo examen de la desigualdad*, versión de Ana María Bravo, Revisión de Pedro Schwartz, Alianza Editorial, Madrid
- TOURAINE, Alain (1995) *¿Qué es la democracia?*, Traducción de Horario Pons. México: Fondo de Cultura Económica
- WALBY, Silvia (2000) « La citoyenneté est-elle sexuée? », en VVAA, *Genre et politique*. Débats et perspectives. Paris: Gallimard, pp. 62 y 63.
- YOUNG, Iris (2000) La justicia y la política de la diferencia, Traducción de Silvina Álvarez. Madrid: Ediciones Cátedra-Universitat de València.
- ZABALA E, Idote (1999) *Un viaje a través del tiempo: 30 años de pensamiento económico feminista en torno al desarrollo*. Barcelona: Editorial Icaria.

DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO CONTRA LA MUJER EN BRASIL: LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO MARIA DA PENHA

Ana Maria D'Ávila Lopes¹
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima²

Introducción

El ser humano construye su personalidad relacionándose con los otros seres humanos (TAYLOR, 1994). Es comparando el comportamiento de los otros con el mío que me hago quien yo soy. La inter-subjetividad de esa construcción evidencia como los valores vigentes en una sociedad influyen en lo que somos, lo que hacemos y lo que queremos.

De ese modo, resulta innegable que las normas jurídicas, creadas y aplicadas por los seres humanos, sufren directamente la influencia de los valores adoptados por sus creadores y aplicadores.

No obstante, el Derecho no es apenas influenciado por los valores vigentes en la sociedad que pretende regular, sino que simultáneamente regula el comportamiento de esa sociedad. Se trata de una relación dialéctica en la cual el Derecho tanto es influenciado como influye en la sociedad que lo crea y aplica.

El derecho significa más que las palabras de la ley. Organiza un conjunto complejo de mitos, ficciones, rituales y ceremonias, que tienden a fortalecer las creencias que él mismo inculca y fundamenta racionalmente, y que se vuelven condición necesaria de su efectividad (RUIZ, 2002, p. 22).

El Derecho, por lo tanto, no es axiológicamente neutro. El Feminismo ha demostrado cómo en lugar de ser un instrumento para imponer la Justicia, el Derecho ha sido utilizado por la sociedad machista para oprimir y excluir a las mujeres del ejercicio de sus derechos.

Esa situación puede ser nítidamente constatada en el caso de la violencia doméstica e familiar contra la mujer.

La violencia doméstica y familiar contra la mujer se ha mantenido a través de los siglos debido a la tolerancia del Estado que elabora, implementa y aplica las normas jurídicas siguiendo valores machistas. Esa violación de los derechos humanos de las mujeres fue duramente criticada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Maria da Penha, en el cual Estado brasileño fue responsabilizado por su tolerancia para el problema de la violencia doméstica.

¹ Máster y Doctora en Derecho Constitucional por la Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Profesora del Programa de Post-Grado en Derecho de la Universidade de Fortaleza -UNIFOR.

² Máster en Derecho por la Universidade Federal do Ceará – UFC y Doctor en Derecho por la Universität Frankfurt am Main. Profesor Titular del Programa de Post-grado en Derecho de la Universidade de Fortaleza – UNIFOR y actual Procurador-Geral del Município de Fortaleza.

En ese contexto, el presente trabajo tiene como objetivo evidenciar la influencia del factor género en el problema de la violencia doméstica y familiar contra la mujer. Para ello, inicialmente serán presentadas algunas breves consideraciones sobre la definición de género y su influencia en la histórica situación de discriminación contra las mujeres. Seguidamente, será probada la influencia del factor género en la elaboración, implementación y aplicación del Derecho. Finalmente, el Caso Maria da Penha será analizado con la finalidad de no sólo demostrar cómo el Derecho es utilizado para reforzar comportamientos discriminatorios, sino también para mostrar que no se trata de una situación irreversible.

No hay nada de irreversible o de determinismo en la discriminación de género. Es un mal de la sociedad que puede y debe ser combatido, siendo responsabilidad de todos y, especialmente de los que trabajamos en Derechos Humanos, contribuir para su superación.

1 Discriminación de género

Definir lo que se entiende por *género* exige previamente analizar el origen histórico de los papeles atribuidos a los hombres y a las mujeres en las sociedades occidentales (LOPES et al. 2008).

Así, en el comienzo de la historia de la humanidad, la distribución de las tareas fue realizada con base en las cualidades o habilidades físicas de las personas. Debido a que una familia para sobrevivir necesitaba del mayor número de miembros, a las mujeres les incumbió asumir el papel de madres a tiempo completo, mientras que a los hombres les correspondió defender y sustentar la familia.

La necesidad del hombre de salir de la caverna para buscar el sustento de su familia, le permitirá acumular riqueza y, con ésta, poder político para organizar su comunidad.

En esa estructuración social, el único capaz de acumular riqueza y poder político va a ser el hombre, pues el área de actuación de la mujer se restringirá a las cuatro paredes de su caverna, de su hogar.

Sin embargo, el hombre no sólo va a dominar el espacio público, sino también el espacio privado, debido a ser él quien sustenta la familia. Como proveedor de la familia, el hombre irá asumir el papel de su jefe absoluto sin que nadie más pueda interferir.

El dominio del hombre del espacio público y del privado tuvo, de esa manera, un origen circunstanciado en la lucha por la sobrevivencia.

Con la evolución de la sociedad y la formación de ciudades, los criterios primitivos para la distribución de los papeles perderán sentido, debiendo el hombre buscar otras formas para conservar su poder. Para ello, en cuanto señor del espacio público, irá utilizar el Derecho como mecanismo para mantener a las mujeres en un segundo plano. Por medio de las normas jurídicas, el hombre irá limitar y hasta negar derechos a las mujeres. No siendo eso suficiente, a través de una moral estructura con base en valores machistas, irá determinar lo que es bueno o correcto en el comportamiento de una mujer, restringiéndole su actuación social.

Es de esa forma como la discriminación de género contra la mujer fue históricamente construida.

Género es el conjunto modificable de características culturales, sociales y educativas atribuidas por la sociedad al comportamiento humano, cualificándolo de masculino o femenino.

Sexo, diferentemente, es el conjunto de características físicas, biológicas y psicológicas, naturales e inmodificables³, que cualifican un ser humano como hombre o como mujer.

El género es socialmente construido, el sexo es determinado biológicamente.

Tradicionalmente, los dos conceptos fueron identificados como sinónimos. Así, el género masculino era entendido como correspondiente al hombre y el género femenino a la mujer.

Bajo esa concepción, el hombre no puede comportarse femeninamente, ni la mujer masculinamente, porque eso significa ir contra los patrones comportamentales impuestos por la sociedad como correctos, buenos, adecuados, verdaderos, válidos, decentes.

Es ejemplo de género, de construcción social, afirmar que las niñas deben jugar con muñecas y ollitas y los niños con espadas, carritos y pelotas, porque son los comportamientos femeninos y masculinos que deben respectivamente ser esperados de las niñas y de los niños.

El origen de esa distinción, como fue antes expuesto, es del tiempo de las cavernas. Las niñas tienen que prepararse para, cuando adultas, puedan ser buenas mamás, buenas dueñas de casa. Los niños, por otro lado, deben desarrollar la fuerza física, las habilidades técnicas e intelectuales para tener éxito en el espacio público y conseguir el sustento de la familia.

Es femenino una mujer llorar porque es femenino ser frágil. Diferentemente, ocultar los sentimientos, no llorar, ser fuerte es masculino y, por tanto, es el comportamiento que es esperado de los hombres.

La buena mujer, la mujer honesta es la que sale de la casa de los padres para directa e únicamente casarse, tener hijos y cuidar siempre de ellos y del marido, porque es femenino ser madre, ser esposa. El hombre es el permanente cazador, el conquistador, el guerrero, el luchador, porque masculino es acumular riqueza y poder para cuidar de la familia y de su sustento.

El Derecho, elaborado e impuesto por los hombres, no objetará revertir ni modificar esa situación de desigualdad, sino que será utilizado exactamente para lo contrario, es decir, para mantener el poder del hombre sobre la mujer.

Eso porque el Derecho no apenas refleja los valores de la sociedad que pretende regular, sino porque también es un valioso instrumento de dominación: "La estructura del discurso jurídico, que articula diferentes niveles, encubre, desplaza y distorsiona

³ A pesar de que la operación de cambio de sexo permite la alteración de la apariencia física de los rasgos y órganos sexuales que identifican a alguien como mujer o hombre, genéticamente aún no es posible alterar la condición de alguien haber nacido mujer o hombre.

el lugar del conflicto social y permite al derecho instalarse como legitimador del poder, al que disfraza y torna neutral” (RUIZ, 2000, p. 21).

No hay, por lo tanto, como negar la influencia del factor género en la elaboración y aplicación del Derecho. Situación que ha servido para reforzar la discriminación de género que las mujeres vienen sufriendo desde los tiempos primitivos y que sólo fue denunciada en 1995, durante la IV Conferencia Mundial de la Mujer celebrada en Pekín.

Por eso, es de extrema importancia defender la distinción conceptual entre sexo y género. Es necesario rechazar el conservador posicionamiento determinista que atribuye la responsabilidad de la situación de desigualdad a las diferencias biológicas existentes entre hombres y mujeres. Para el determinismo biológico, la situación de inferioridad social de la mujer es irreversible, pues ella nunca dejará de tener las características biológicas que hacen de ella un ser más frágil en relación al hombre, tales como menor fuerza física, poca habilidad para las ciencias exactas, mayor sensibilidad emocional etc. (RHODE, 1997).

Sin duda que los hombres y las mujeres son biológicamente diferentes, pero esas diferencias no hacen de ellos o de ellas seres superiores o inferiores. Ha sido la sociedad, tradicionalmente dominada por los hombres, la que ha atribuido mayor o menor valor a las diferentes características biológicas de cada sexo.

La histórica discriminación sufrida por las mujeres es producto de una sociedad construida sobre la base de valores y normas jurídicas machistas. Reverter esa situación implica no sólo cambiar los valores de la sociedad, sino también re-significar sus normas jurídicas y la forma como vienen siendo aplicadas, conforme será explicitado en el próximo tópico.

2 Género, derecho y discriminación

El Derecho no es apenas norma, sino también práctica discursiva que actúa en el medio social, ya sea como instrumento para legitimar el poder de aquel que domina o como mecanismo regulador de los comportamientos humanos.

El derecho es un discurso social y, como tal, dota de sentido a las conductas de los seres humanos y los convierte en sujetos, al tiempo que opera como el gran legitimador del poder, que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley. Ese discurso jurídico instituye, dota de autoridad, faculta a decir o a hacer, y su sentido resulta determinado por el juego de las relaciones de dominación, por la situación de las fuerzas en pugna en un cierto momento y lugar (RUIZ, 2000, p. 21).

En ese contexto, el Feminismo ha analizado como el género ha influenciado e influye en la creación y aplicación de las normas jurídicas, distinguiendo las tres siguientes percepciones (SMART, 2000):

a) “el Derecho es sexista”: según este enfoque, las normas jurídicas han sido utilizadas para colocar a la mujer en una situación de inferioridad en relación a los hombres. Así, por ejemplo, fue a través del Derecho que se clasificó a la mujer como ser relativamente incapaz y se restringió su derecho a la educación, al trabajo y a la parti-

cipación política. Fue también por medio de las normas penales, elaboradas con base en patrones morales machistas, que se limitó el comportamiento sexual de las mujeres al exigirles ser “honestas” para poder ser consideradas víctimas del crimen de violación.

Si bien no se puede negar que, bajo esa perspectiva, el Derecho puede ser clasificado como sexista, esta posición es criticada por su superficialidad. Al proponer apenas la reforma de las normas jurídicas como solución para el problema de la discriminación contra las mujeres, esta posición incurre en el error de ignorar que el Derecho no es apenas texto.

Aunque considerada superficial, se debe reconocer que no es una propuesta simplista, conforme lo observado por Smart (2000, p. 35),

No se piense que el argumento es, en modo alguno, simplista. Está encuadrado dentro de diversos grados de sofisticación, que van desde aquellos que sugieren que la introducción de un lenguaje neutral con respecto al género nos libra de los problemas de diferenciación y, por lo tanto, de discriminación (por ejemplo, referirse al cónyuge en vez de esposa o a la figura parental en vez de a la madre), hasta quienes estiman que la discriminación es parte de un sistema de relaciones de poder que es necesario enfrentar antes de que el sexismo pueda ser *extraído* de él.

De cualquier forma, es una posición que debe ser rechazada debido a que es imposible construir un ordenamiento jurídico inmune al género, en la medida en que es impensable una cultura sin género, es decir, sin comportamientos femeninos o masculinos. Lo máximo que se conseguiría con una reforma apenas de los textos sería un Derecho andrógono y no un Derecho justo.

b) “el Derecho es masculino”: la visión del Derecho como masculino parte de la constatación de que la mayoría de los operadores del Derecho (legisladores, administradores públicos, jueces, abogados, etc.) son hombres, dando lugar a que los valores presentes en las normas jurídicas sean masculinos.

Diferentemente del sexismo, que se limita a cuestionar los enunciados normativos como fuente de la discriminación de género, este segundo posicionamiento atribuye a la forma como las normas son aplicadas el origen del problema. Así, la discriminación de género contra las mujeres continuará mientras la mayoría que aplique las normas, aún las aparentemente neutras, sean hombres.

El principal reparo que se hace a esta posición es haber considerado a los hombres como una categoría unitaria y haber vinculado los valores masculinos a apenas los hombres. Hacer eso es caer en el determinismo biológico que polariza la discusión convirtiéndola en una relación conflictual de “todos los hombres contra todas las mujeres”. No se puede ignorar que algunos valores masculinos están también presentes en las mujeres, así como algunos valores femeninos están presentes en los hombres.

Por otro lado, factores como edad, raza, condición económica, nivel de instrucción etc. son ignorados por esta posición, fragmentado la realidad en la cual el Derecho actúa.

c) “el Derecho tiene género”: la diferencia entre esta posición y la del Derecho como masculino es sutil pero sin dejar de ser crucial.

Comprender que “el Derecho tiene género”, en lugar de afirmar que el Derecho es sexista o es masculino, nos lleva a preguntarnos cómo el género opera en el Derecho y cómo éste, por su vez, contribuye en la construcción social del género, y en la identidad masculina o femenina de hombres y mujeres.

El Derecho, incuestionablemente, se encuentra impregnado de valores masculinos, conforme lo defendido por las dos anteriores posiciones, sólo que, para esta tercera posición, la presencia del género masculino en las normas no necesariamente debe ser interpretada como una forma de siempre favorecer al hombre ni siempre perjudicar a las mujeres.

Para Jaramillo (2000, p. 31), introducir el género como factor que influye en la estructuración de la sociedad, permite que los hombres de carne y hueso dejen de ser los únicos centros del ataque feminista, así como para que las mujeres de carne y hueso dejen de ser siempre las víctimas.

En el Estado brasileño, por ejemplo, muchas de las normas jurídicas han sido utilizadas para mantener una estructura social discriminatoria, reflejando los valores de una sociedad machista que, a pesar haber en la mayoría de las veces perjudicado a las mujeres, en otras las ha favorecido.

Así, el anterior Código Civil, cuando fue promulgado en 1916, contenía normas que colocaban a la mujer en situación de desventaja. Establecía, por ejemplo, que la mujer era relativamente incapaz (art. 6°), sin derecho a ejercer la patria potestad (art. 233) ni fijar el domicilio de la pareja (parágrafo único del art. 36 e inciso III del art. 233). Para ejercer una profesión, la mujer tenía que tener la autorización del marido (art. 246), así como para aceptar mandato (art. 1299). Fue solamente con el Estatuto de la Mujer Casada (Ley n°. 4121/62), aprobado gracias al movimiento feminista, que esas normas fueron derogadas.

En materia penal, la conquista por la derogación de normas discriminatorias fue apenas concretizada en 2005, con la promulgación de la Ley n°. 11106/05, que trajo importantes y esperadas modificaciones. Así, por ejemplo, fueron suprimidos los incisos VII y VIII del art. 107, que extinguían la punibilidad de los “crímenes contra los costumbres” con el casamiento de la víctima con el agente o con tercera persona. Fue derogado, también, el crimen de seducción contra mujer *virgen* mayor de 14 años y menor de 18 años (art. 217) y el crimen de rapto de mujer *honesta* (arts. 219 a 222).

Esas normas no hacían más que reflejar los valores pre-conceptuosos de la sociedad brasileña machista, que no apenas perjudicaban a las mujeres, sino que también las sobreprotegían, provocado algunas situaciones de ventaja en relación a los hombres. Así, el derecho a pensión alimenticia o a la patria potestad de los hijos menores en caso de divorcio era prácticamente siempre reservado a las mujeres.

En el derecho laboral también es posible encontrar diversas normas que, a pesar de creadas en función de valores machistas, resultaron en el favorecimiento de las mujeres, como la antigua norma que prohibía el trabajo nocturno de la mujer (norma constante en el art. 379 de la Consolidación de las Leyes de Trabajo y que fue derogada por la Ley n°. 7189/84), bajo la alegación de que provocaba daños a la salud,

cuando en realidad se quería impedir que una mujer dejase al marido desatendido en casa y anduviese sola en la noche.

Constatase que el Derecho se presenta como un discurso que no sólo legitima las relaciones de poder existentes, sino que, paradójicamente, es también un discurso cargado de historicidad y de ideología. Como afirma Alicia Ruiz, “cada vez que el derecho consagra alguna acción u omisión como permitida o prohibida está revelando dónde reside el poder y cómo está distribuido en la sociedad” (RUIZ, 2000, p. 21).

En ese contexto, afirmar que el “derecho tiene género” permite comprender que el problema de la discriminación contra las mujeres no se soluciona apenas modificando los textos de las normas o aumentando el número de operadores jurídicos mujeres, sino que es necesario cambiar el sistema de valores de los que las elaboran, implementan y aplican. En esa línea, Harari y Pastorino (2000, p. 146) afirman que,

La ley por sí misma, no elimina las desigualdades, por mucho y muy frecuentemente que las señale y condene. El trabajo se debe realizar también sobre el sistema de valores de los magistrados y los funcionarios judiciales, para eliminar todo resabio sexista.

De ese modo, es necesario, en primer lugar, reconocer el género como factor que ha contribuido para la construcción de una sociedad jerarquizada en la cual las mujeres han sido relegadas a un segundo plano. En segundo lugar, se debe reconocer que el Derecho no es axiológicamente neutral, sino que es influenciado por los valores de aquellos que lo crean y lo aplican, pudiendo ser utilizado como un instrumento de dominación, de opresión y exclusión.

3 Violencia de género contra la mujer: el caso Maria da Penha

La discriminación de género contra la mujer ha derivado en diversas formas de transgresión de sus derechos humanos. Una de esas formas es la violencia doméstica, la que se encuentra fuertemente arraigada en las sociedades machistas siendo muchas veces considerada “natural”.

A prática da violência doméstica e sexual emerge nas situações em que uma ou ambas as partes envolvidas em um relacionamento não cumprem os papéis e funções de gênero imaginadas como naturais pelo parceiro. Não se comportam, portanto, de acordo com as expectativas e investimentos do parceiro, ou qualquer outro ato envolvido na relação (TELES, 2002, p. 18).

La violencia de género contra la mujer no es, conforme lo tradicionalmente alegado, consecuencia de características o condiciones biológicas intrínsecas del hombre que lo hacen un ser violento. La violencia de género, contrariamente a cualquier determinismo biológico, deriva de la estructura jerarquizada de la sociedad, donde la mujer no es considerada un sujeto de derechos sino un objeto a servicio de los intereses y deseos de los hombres,

A violência contra a mulher é entendida como uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher, decorrente da construção social dos papéis impostos e consolidados ao longo da história e reforçada pela ideologia do patriarcado. Não é,

portanto, a violência um acontecimento natural, mas fruto do processo de socialização das pessoas. Representa muito mais que uma violação à sua integridade, seja ela física, moral, psicológica, sexual ou emocional, importa em violação aos direitos humanos (BARRETO, 2007, p. 27).

Debido a su gravedad y complejidad, este tipo de violencia constituye una violación directa de los derechos humanos,

A violência é uma das mais graves formas de discriminação em razão do sexo/gênero. Constitui violação dos direitos humanos e das liberdades essenciais, atingindo a cidadania das mulheres, impedindo-as de tomar decisões de maneira autônoma e livre, de ir e vir, de expressar opiniões e desejos, de viver em paz em suas comunidades; direitos inalienáveis do ser humano. É uma forma de tortura que, embora não seja praticada diretamente por agentes do Estado, é reconhecida como violação dos direitos humanos desde a Conferência Mundial de Direitos Humanos realizada em Viena (Áustria) em 1993, isso porque cabe ao Estado garantir segurança pública, inclusive da população feminina. É um fenômeno que atinge mulheres de diferentes classes sociais, grupos étnicos, posições econômicas e profissionais. (TELES, 2002, p. 22)

A pesar de ello, la violencia contra la mujer continua, la gran mayoría de las veces, siendo ignorada, ocultada, menospreciada y hasta incentivada por los Estados. En ese contexto, el Derecho ha sido utilizado no para imponer la Justicia, sino para perpetuar la injusta discriminación contra las mujeres. Así, por ejemplo, la tradicional no tipificación penal de los actos de violencia sexual perpetrados por el marido contra su esposa evidencia cómo el Derecho, elaborado y aplicado por el Estado, ha servido a los intereses de los hombres en detrimento de los derechos de las mujeres.

Assim sendo, cada mulher interpreta subjetivamente o que entende por violência ou agressão e o que entende como decorrência do suposto direito dos homens sobre as mulheres. Há mulheres que sequer se dão conta de que são estupradas por seus maridos, já que, em princípio, estariam cumprindo com a obrigação de satisfazer o desejo sexual deles, o chamado débito conjugal (BARRETO, 2007, p. 68)

La violencia de género se encuentra tan impregnada en la sociedad que las mismas mujeres no reconocen determinadas situaciones como violación de sus derechos. Una investigación realizada en el servicio público de salud de São Paulo reveló que las pacientes no consideraban como violencia los actos infringidos en el interior de sus casas, donde el hombre es el “jefe todopoderoso”. Indagadas sobre el nombre que darían a esos actos, algunas mujeres respondieron que podrían ser llamados agresiones, en cuanto otras no supieron qué responder (SCHRAIBER, 2005).

Esos datos muestran la gravedad del problema que afecta a la sociedad brasileña. Según datos levantados por la Fundação Perseu Abramo (*ON-LINE*), una de cada cinco mujeres brasileñas es víctima de algún tipo de violencia practicada por un hombre. Se trata de una violencia que no distingue ricos o pobres, personas con instrucción o sin ella. Si es menos conocida en las clases económicas media y alta es sólo porque con dinero es más fácil esconderla.

Caso paradigmático de violencia doméstica en Brasil es el de la biofarmacéutica cearense Maria da Penha Maia Fernandes. Ella fue víctima de agresiones y de dos

tentativas de homicidio por parte de su ex-marido, el profesor universitario Marco Antonio Heredia Viveiros, quien sólo llegó a ser condenado y preso 19 años y 6 meses después de la denuncia de la primera tentativa de asesinato.

Para conseguir que esa condena, Maria da Penha tuvo que, con la ayuda del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el Comité Latino-Americano y del Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), denunciar al Estado Brasileño en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la OEA, por la demora en juzgar y punir al agresor de tan violentos crímenes.

Fue en 2001 que la CIDH responsabilizó a Brasil por la violación de los derechos y deberes establecidos en los arts. 1(1) (obligación de respetar derechos), 8 (garantías judiciales), 24 (igualdad frente a la ley) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como por la violación de los arts. II (igualdad ante la ley) y XVIII (derecho de justicia) de la Declaración Americana de Derechos Humanos y el art. 7º (prevenir, punir y erradicar cualquier acto de violencia contra la mujer) de la Convención de Belém do Pará.

En el documento condenatorio (Informe 54/01) se recomendó a Brasil a adoptar las siguientes medidas (COMISIÓN INTERAMERICANA... *ON-LINE*):

- a) completar de forma rápida y efectiva el proceso penal contra Marco Antonio Heredia Viveiros;
- b) iniciar una investigación imparcial y exhaustiva para determinar los responsables por la demora del citado proceso penal, aplicando las respectivas sanciones;
- c) adoptar las medidas necesarias para que la víctima reciba una reparación simbólica y material por los daños sufridos y por el atraso de más de 15 años de duración del proceso penal;
- d) intensificar el proceso de reforma para acabar con el tratamiento discriminatorio contra las mujeres en relación a la violencia doméstica. Para ello, la Comisión recomendó especialmente que:
 - se adoptasen medidas para capacitar y sensibilizar a los funcionarios judiciales y policiales sobre el problema de la violencia doméstica, evitando cualquier tolerancia al respecto;
 - se simplificasen los procedimientos judiciales, aunque sin afectar los derechos y las garantías del debido proceso;
 - se usasen mecanismos alternativos a los judiciales para la solución más ágil de los conflictos intrafamiliares;
 - se aumentasen el número de comisarías policiales dedicadas a la defensa de los derechos de las mujeres;
 - se incluyesen en los planos pedagógicos informaciones sobre el respeto a las mujeres y los derechos previstos en la Convención de Belém do Pará, así como formas de enfrentar los conflictos intrafamiliares.
- e) presentar a la CIDH, en el plazo de 60 días desde el envío de este documento, informe sobre el cumplimiento de las recomendaciones, conforme lo establecido en el art. 51(1) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La ausencia de respuesta del Estado brasileño en el plazo estipulado derivó en la publicación del documento (Informe 54/01), cuyo resumen se copia a seguir,

I. RESUMEN

1. El 20 de agosto de 1998, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión”) recibió una denuncia presentada por la señora Maria da Penha Maia Fernandes, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el Comité Latino Americano de Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) (en adelante “los peticionarios”), basada en la competencia que le acuerdan los artículos 44 y 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) y el artículo 12 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará o CMV).

2. La denuncia alega la tolerancia por parte de la República Federativa de Brasil (en adelante “Brasil” o “el Estado”) de la violencia perpetrada en su domicilio en la ciudad de Fortaleza, Estado de Ceará, por Marco Antônio Heredia Viveiros en perjuicio de su entonces esposa Maria da Penha Maia Fernandes durante años de su convivencia matrimonial y que culminó en una tentativa de homicidio y nuevas agresiones en mayo y junio de 1983. Maria da Penha, como producto de esas agresiones padece de paraplejia irreversible y otras dolencias desde el año 1983. Se denuncia la tolerancia estatal por no haber tomado por más de quince años medidas efectivas necesarias para procesar y penar al agresor, pese a las denuncias efectuadas. Se denuncia la violación de los artículos 1(1) (Obligación de Respetar los Derechos); 8 (Garantías Judiciales); 24 (Igualdad ante la Ley) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con los artículos II y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (“la Declaración”), así como de los artículos 3, 4(a), (b), (c), (d), (e), (f) y (g); 5 y 7 de la Convención de Belém do Pará. La Comisión tramitó reglamentariamente la petición. Dado que el Estado no ofreciera comentarios a la misma, pese a los repetidos requerimientos de la Comisión, los peticionarios solicitaron se presuman verdaderos los hechos relatados en la petición aplicando el artículo 42 del Reglamento de la Comisión.

3. En este informe la Comisión analiza los requisitos de admisibilidad y considera que la petición es admisible de conformidad con los artículos 46(2)(c) y 47 de la Convención Americana, y 12 de la Convención de Belém do Pará. En cuanto al fondo de la cuestión denunciada, la Comisión concluye en este informe, redactado de acuerdo con el artículo 51 de la Convención, que el Estado violó en perjuicio de la señora Maria da Penha Maia Fernandes los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, garantizados por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con la obligación general de respetar y garantizar los derechos, prevista en el artículo 1(1) de dicho instrumento y en los artículos II y XVII de la Declaración, así como el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. Concluye también que esta violación ocurre como parte de un patrón discriminatorio respecto a tolerancia de la violencia doméstica contra las mujeres en Brasil por ineficacia de la acción judicial. La Comisión recomienda al Estado que lleve a cabo una investigación seria, imparcial y exhaustiva para determinar la responsabilidad penal del autor del delito de tentativa de homicidio en perjuicio de la señora Fernandes y para determinar si hay otros hechos o acciones de agentes estatales que hayan impedido el procesamiento rápido y efectivo del responsable; recomienda

también la reparación efectiva y pronta de la víctima, así como la adopción de medidas en el ámbito nacional para eliminar esta tolerancia estatal frente a la violencia doméstica contra mujeres. (COMISIÓN INTERAMERICANA..., *ON-LINE*).

Publicado el Informe y gracias a la presión internacional ejercida, Marco Antonio Heredia fue finalmente condenado por el Poder Judicial del Estado brasileño de Ceará en 2002 y preso en 2003. Fueron 19 años y 6 meses de espera por Justicia.

En relación a la reparación simbólica (pedido público de disculpas del Estado) y a la económica (R\$ 60,000 equivalentes a aproximadamente 25,000 dólares americanos a la fecha), solamente fueron concretizadas el 8 de julio de 2009 (*DIÁRIO DO NORDESTE, ON-LINE*).

Al respecto de las otras recomendaciones, el Estado brasileño promulgó en 2006 la Ley Maria da Penha (Ley n.º. 11.340/2006), dirigida a cohibir los casos de violencia doméstica y familiar contra la mujer. Entre las innovaciones de la ley pueden citarse:

- a) previó y cohibió por la primera vez la violencia de género contra la mujer (art. 1º);
- b) dispuso como sujeto pasivo (víctima) únicamente a la mujer y como sujeto activo (agresor) cualquier hombre o mujer (art. 5º);
- c) instituyó como ámbitos de aplicación de la ley, el espacio doméstico, el familiar y cualquier relación íntima de afecto, inclusive la homosexual (art. 5º);
- d) consideró la violencia contra la mujer como una violación a los derechos humanos (art. 6º);
- e) definió como violencia las agresiones físicas, sexuales, psicológicas, morales y patrimoniales (art. 7º);
- f) estableció la actuación conjunta de la Unión, estados miembros, Distrito Federal y municipios para el combate de la violencia contra la mujer (art. 8º), debiendo guiarse por las siguientes directrices:
 - integración operacional del Poder Judicial, Ministerio Público y Defensoría Pública;
 - promoción de estudios e investigaciones relativas a las violencia contra la mujer, bajo una perspectiva de género, raza y etnia;
 - responsabilidad social de los medios de comunicación debiendo evitar la divulgación de papeles estereotipados que puedan promover este tipo de violencia;
 - implementación del servicio policial especializado para el atendimento de las mujeres;
 - promoción de campañas educativas para la prevención de la violencia contra la mujer;
 - celebración de convenios de cooperación entre órganos gubernamentales o no gubernamentales para el combate de la violencia;
 - capacitación permanente de la policía en materia de discriminación de género, raza y etnia;
 - destaque en los currículos escolares de los temas de discriminación de género, raza y etnia

- g) instauró el atendimento especializado de la mujer víctima de violencia en la red pública de salud (art. 9º)
- h) creó juzgados de violencia doméstica y familiar (art. 14) como forma de superar la ineficiencia de los juzgados especiales criminales (L. n° 9099/95) donde eran ineficazmente procesados los casos de violencia contra la mujer resultando. Los nuevos juzgados deberán contar con un equipo multidisciplinar de atención a la mujer (art. 29)
- i) prohibió penas de carácter exclusivamente pecuniario (art. 17);
- j) enfatizó la importancia de la celeridad de los procesos de violencia (art. 18);
- k) garantizó el derecho de las mujeres a ser amparadas por un abogado o, en su defecto, por un defensor público (arts. 27 y 28);
- l) implantó medidas protectoras de urgencia dirigidas al agresor como, por ejemplo, la prohibición de acercarse a la víctima (art. 22);
- m) instauró medidas protectoras de urgencia dirigidas a la víctima, como, por ejemplo, encaminarla a ella y a sus dependientes a un programa oficial o centro comunitario de protección o atención (art. 23);
- n) modificó el art. 152 de la Ley de Ejecución Penal (L. n° 7210/84) pasando a tener la siguiente redacción: “Parágrafo único: en los casos de violencia doméstica contra la mujer, el juez podrá determinar la asistencia obligatoria del agresor a programas de recuperación y re-educación”;

Tres años después de la promulgación de la Ley Maria da Penha, algunas conquistas se han alcanzado conforme destacado por la *Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres* (PÁGINA 13, *ON-LINEa*):

- a) creación de 146 centros de referencia de atención a la mujer;
- b) creación de 475 comisarías especializadas;
- c) creación de 147 juzgados de violencia doméstica y familiar, los cuales se encuentran distribuidos en 17 estados de la federación;
- d) creación de 56 núcleos de atención especializada de la defensoría pública de la mujer;
- e) creación de 68 casas de abrigo;
- f) 923,878 llamadas al 180, línea telefónica exclusiva para la denuncia de este tipo violencia. Debe observarse que el elevado número no debe ser interpretado como un aumento de la violencia contra la mujer, sino como el reconocimiento de que se trata de un problema que debe ser denunciado y combatido.

Sin embargo, no todo es positivo. Aunque la situación viene mejorando, las estadísticas relativas a la violencia contra la mujer en Brasil continúan mostrando números alarmantes. Aún hay jueces que no entienden el significado de género y de la discriminación de género (PORTAL VIOLENCIA..., *ON-LINE*). Aún hay parlamentares proponiendo proyectos de ley que enflaquecen la Ley Maria da Penha (DIARIO DO NORDESTE, *ON-LINEb*).

Es, por lo tanto, necesaria la adopción de políticas públicas más enérgicas que tengan por fin modificar el sistema machista de valores que aún impera en la sociedad. Es obligación del Estado garantizar el respeto de la dignidad de todo ser humano, condición *sine qua non* para la construcción de una sociedad justa.

Conclusión

En pleno siglo XXI aún hay mucho por hacer en relación a la conquista de la igualdad entre hombres y mujeres. Los preconceptos y la discriminación continúan presentes en la sociedad contemporánea que persiste en repetir los errores del pasado. Las mujeres continúan jurídica y moralmente siendo juzgadas con base en valores machistas que no hacen más que evidenciar la fuerza del factor género en la estructuración de la sociedad.

Esa situación es claramente vislumbrada en el problema de la violencia doméstica y familiar contra la mujer, donde el factor género ha jugado un papel decisivo y donde el Estado, apoyado en un Derecho machista, ha actuado como cómplice. Así lo ha denunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el paradigmático Caso de Maria da Penha.

La violencia de género contra la mujer no es producto de ningún determinismo biológico ni fatalismo teológico sino consecuencia de valores machistas plenamente identificables y modificables. Para ello, es antes necesario reconocer el género como un conjunto de valores socialmente construidos y que, como tales, pueden alterarse.

Los valores de una sociedad justa deben tener por base el respeto de la dignidad de todo ser humano, sin ninguna forma de discriminación, conforme lo previsto en la Constitución Federal brasileña de 1988.

REFERENCIAS

- BARRETO, Ana Cristina Teixeira. **A Defensoria Pública como instrumento constitucional de defesa dos direitos da mulher em situação de violência doméstica, familiar e intrafamiliar.** Dissertação de mestrado. Mestrado em Direito. Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2007.
- COMIÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório nº 54/01.** Caso12.051 Maria da Penha Fernandes. Brasil – 4 de abril de 2001. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>. Acceso en: 05 mar. 2010.
- CARLOS, Paula Pinhal. A reprodução das desigualdades de gênero no discurso dos julgadores e a vítima mulher frente ao sistema de justiça penal. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo (org.). **Bio-direito e Gênero.** Ijuí: Unijuí, 2007.
- DIÁRIO DO NORDESTEa. **Estado do Ceará pede desculpas a Maria da Penha.** Disponible en: <http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=552978>. Acceso en: 10 mar. 2010.
- DIÁRIO DO NORDESTEb. **Lei Maria da Penha está ameaçada alerta MP.** Disponible en: <http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=656298>. Acceso en: 15 abr. 2010.
- DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça:** a efetividade da lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Ocorrência de violências provocadas por homens**. Disponible en: <http://www.fpabramo.org.br/conteudo/ocorrencia-de-violencias-provocadas-por-homens>. Acceso en: 17 mar. 2010.

HARARI, Sofía. PASTORINO, Gabriela L. Acerca del género y el derecho. In: BIRGIN, Haydée (comp.). **El derecho en el género y el género en el derecho**. Buenos Aires: Biblos, 2000.

JARAMILLO, Isabel Cristina. La crítica feminista al derecho. In: WEST, Robin. **Género y teoría del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre, 2000.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; ANDRADE, Denise; JUCÁ, Roberta. Laena Costa; COSTA, Andréia da Silva. Género: fator de discriminação na teoria e prática dos direitos fundamentais das mulheres. **Nomos** (Fortaleza), v. 28, p. 15-34, 2008.

MEDINA, Diego Eduardo López. Introducción. Feminismo para hombres. In: WEST, Robin. **Género y teoría del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre, 2000.

OEA – ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Convención Interamericana para prevenir, punir y erradicar la violencia contra la Mujer**. Disponible en: <http://portal.oas.org/Portal/Topic/ComisiónInteramericanadeMujeres/ViolenciacontraLaMujerMESECVI/Documentos/tabid/693/language/es-CO/default.aspx>. Acceso en: 10 abr. 2010.

PÁGINA 13. **Secretaria especial de políticas para as mulheres faz balanço das políticas para as mulheres**. Disponible en: <http://pagina13.org.br/?p=889>. Acceso en: 17 abr. 2010.

PORTAL VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. **Juiz usa Lei Maria da Penha para proteger homem** – Folha 31/10/08. Disponible en: http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1413:juiz-usa-lei-maria-da-penha-para-protoger-homem-folha-de-spaulo-311008&catid=13:noticias&Itemid=7 Acceso en: 14 abr. 2010.

RHODE, Deborah. **Speaking of sex, the denial of gender inequality**. Cambridge: Harvard University, 1997.

RUIZ, Alicia. La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres. In: BIRGIN, Haydée (comp.). **El derecho en el género y el género en el derecho**. Buenos Aires: Biblos, 2000.

SCHRAIBER, Lília Blima. **Violência dói e não é direito: a violência contra a mulher, a saúde e os direitos humanos**. São Paulo: UNESP, 2005.

SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. In: BIRGIN, Haydée (comp.). **El derecho en el género y el género en el derecho**. Buenos Aires: Biblos, 2000, p. 31 – 61.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. Curitiba: Juruá, 2007.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalism**. Examining the politics of recognition. Princeton: Princeton University Press, 1994, p. 25-73.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2002.



O presente livro reúne alguns dos textos apresentados na II Reunião de Trabalho e no II Seminário Internacional do Consórcio Latino-Americano de Pós-Graduação em Direitos Humanos, realizados em 2010. Os leitores encontrarão nestas páginas reflexões sobre os cinco eixos temáticos em torno dos quais se estruturam as atividades do Consórcio: Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Diversidade Étnica e Direitos Humanos; Gênero e Direitos Humanos; Filosofia e Direitos Humanos; Sistemas Internos e Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. A obra evidencia a qualidade e a diversidade do pensamento que é produzido na e para a América Latina com o objetivo de construir uma identidade baseada nos direitos humanos e fazer de sua promoção o próprio caminho da integração regional. A edição deste livro contou com o apoio da Ford Foundation e da Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, Brasil.



FORDFOUNDATION

Na Linha de Frente das Mudanças Sociais