

el | **cotidiano** | 180

Revista de la realidad mexicana actual



• Los derechos humanos a revisión



Universidad
Autónoma
Metropolitana



Casa abierta al tiempo Azcapotzalco

ISSN 0186-1840
julio - agosto, 2013
año 28, \$35.00

P

resentación

En esta oportunidad *El Cotidiano* se une a la celebración por los veinte años del establecimiento de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, con la publicación de este número. Los artículos en él incluidos ofrecen una visión de los cambios que, en el contexto actual, han generado la necesidad y la posibilidad de adecuar los derechos fundamentales en materia política, social, procesal, etcétera.

El número se estructura en cuatro secciones: la primera de ellas ofrece una serie de artículos con un alto nivel de generalidad, en los ámbitos político y jurídico; en segundo lugar se presentan estudios que hacen explícito su alcance internacional; en un tercer apartado se ofrece una interesante reflexión sobre el problema de la ciudadanía multicultural en su relación con el tema de los derechos humanos; mientras que en la cuarta y última sección se integran artículos que abordan aspectos de los derechos fundamentales en un plano más local.

Sólo para resaltar algunas de las ideas expresadas por los colaboradores de este número, para iniciar, Luis González Placencia nos hace ver que “Los derechos fundamentales son universalmente válidos, es decir, *para todos los ciudadanos*, y no se protegen constitucional y exclusivamente para aquellos que temporalmente están en la cumbre del poder político como mayoría”. En un proceso democrático, tienen primacía sobre los poderes fácticos y su puesta en vigor es una obligación del Estado.

Con José de Jesús Becerra nos percatamos de la importancia de las modificaciones constitucionales en materia de derechos humanos, realizadas a nuestro máximo cuerpo normativo en 2011, para adecuar la norma mexicana a los tratados internacionales: “En México se está presentando un cambio de paradigma constitucional [...] principalmente en lo relativo al campo de los derechos humanos, el cual pone de manifiesto la necesidad de plantear nuevos dilemas en el campo de actuación de los diversos operadores jurídicos”.

La ley debe ser expresión del respeto a los derechos fundamentales, incluidos los de aquellos sometidos a proceso penal. Roy Murillo considera que, “a través de las garantías constitucionales y legales se pretende asegurar que cuando el Estado materialice [un] castigo lo haga respetando la igualdad, la dignidad de todo ser humano y sus derechos fundamentales, estando sujeto a las autolimitaciones adoptadas por el *poder político democrático*, respetando los principios y el procedimiento establecidos –garantía de legalidad–, y sin incurrir en abuso de su poder ni en el menoscabo de los derechos inherentes a todo ser humano”.

Reflexionando acerca del debate por el reconocimiento de los derechos humanos en el contexto del origen de la Organización de las Naciones Unidas, Romel Jurado considera que “la pretensión de universalidad de la Declaración [de los Derechos Humanos se formulaba] para intentar expandir e instituir a nivel global un sistema de valores elaborado únicamente a partir del *deber ser* que plantea la ética pública de la modernidad. Desde esa perspectiva se declara que todos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos, y que todos tenemos

tales derechos sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole”.

Para Martínez Román: “En Puerto Rico existe una importante conexión entre los derechos fundamentales y una visión de desarrollo que busca beneficiar a todos los puertorriqueños de generaciones presentes y futuras”. Para la autora, esa conexión existe desde el inicio de la formación del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, con la participación política activa de los puertorriqueños, por lo que la visión de desarrollo sostenible y la aspiración de eliminar la pobreza queda plasmada en el ordenamiento jurídico. Por ello, “dicha institucionalización formal de un Estado de Derecho de corte social y democrático representa en Puerto Rico un triunfo de aquellos movimientos sociales que, en su búsqueda de desarrollo solidario, lograron influenciar la creación de nuestro atípico Estado”.

En el contexto de alta conflictividad social que hoy día vive España, el artículo de Soledad Torre Cuadrada es esclarecedor en cuanto a diferenciar, atendiendo a los motivos que provocan la eventual inaplicación de las obligaciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “según sea debida a una imposibilidad real o a una falta de voluntad de cumplimiento”, de manera tal que sea posible reforzar el control del cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Pacto por parte de los Estados.

De esta forma, la revista *El Cotidiano* ofrece a sus lectores una variada serie de artículos que, con los derechos humanos como eje de su discusión, buscan alentar, como siempre, la discusión rigurosa de temas fundamentales de nuestro acontecer contemporáneo.

El Cotidiano

Democracia, gobernabilidad y derechos humanos

Luis González Placencia*

El reto o desafío para la estabilidad y la gobernabilidad de toda sociedad democrática es ajustar las voluntades particulares heterogéneas en una decisión política unívoca, sin silenciar la pluralidad de voces. Dentro del juego democrático, los derechos fundamentales limitan la actuación de los ciudadanos y de las instituciones a partir de una lógica de protección de las personas excluidas para que puedan participar en la toma de decisiones políticas.

En opinión de Michelangelo Bovero (2002), aproximarse a los términos usuales del discurso democrático como si nos resultaran extraños y, por tanto, tuviéramos que cuestionarnos a cada momento lo que queremos decir cuando empleamos las palabras que lo conforman resulta un ejercicio útil. En una primera aproximación, resulta evidente que el vocabulario democrático posee dos dimensiones contrapuestas, a saber: la descriptiva y la normativa. Cuando evaluamos a la democracia como efectivamente es y la comparamos con los modelos ideales que de ésta tenemos en mente, generalmente sucede la descalificación de la primera. Y, en sentido inverso, cuando plantea-

mos teóricamente las condiciones para el surgimiento y consolidación de un sistema democrático y participativo que se compromete con el respeto irrestricto a los derechos fundamentales surge la decepción porque en la realidad dichas condiciones no existen o se encuentran presentes de manera muy preliminar. Entonces se plantea la pregunta: ¿cómo es posible recuperar de manera crítica las prácticas y las instituciones de las sociedades reales que afirman tener regímenes democráticos, al tiempo que se mantiene como ideal normativo una imagen de la democracia que sabemos que difícilmente podrá plasmarse en la realidad? Sin duda, para responder esta pregunta tendríamos que recurrir a un sentido alternativo de la imagen *ideal* de la democracia, es decir, tendríamos que caracterizarla no como la meta

deseable —aunque inalcanzable— para la organización de la comunidad política, sino, más bien, como el *tipo ideal* que, en un sentido weberiano, permite reducir la complejidad del fenómeno estudiado y, a la vez, posibilita analizar los valores implicados y los desafíos históricos a los que responden.

Entonces, habría que buscar el tipo ideal de democracia no “en el mundo superior de las ideas, sino [en el] lenguaje común” (Bovero, 2002: 10). Como sugería Ludwig Wittgenstein en su filosofía tardía (2000), el análisis gramatical del discurso cotidiano no tiene la intención de corregirlo desde alguna clase de lenguaje lógico o normativo, en cuyo contexto todo lo que aparece en desorden en la realidad se encontraría artificial y convenientemente dispuesto para su comprensión. Eso no es posible. Sin

* Doctor en Política Criminal; Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

embargo, el análisis de *gramática profunda* que proponen autores como Bovero tiene como intención hacer explícitas las reglas del *juego democrático* y, además, mostrar los valores que están implícitos en dichas reglas. Un análisis de este tipo nos permitiría –lo que no es poca cosa– establecer un consenso mínimo acerca de lo que queremos decir cuando hablamos de democracia y de instituciones democráticas. Adicionalmente, nos daría la posibilidad de discutir el significado de la estabilidad deseable para una sociedad democrática y, por tanto, enfocar el problema de la gobernabilidad desde el punto de vista de los discursos que compiten por la atención en la esfera pública democráticamente configurada, así como desde una evaluación de su compatibilidad con el paradigma garantista.

La gramática wittgensteiniana distinguía diversos tipos de proposiciones elementales y formas de combinarlas, convirtiendo al uso y la práctica cultural en que se insertan dichas proposiciones en los contextos que confieren sentido. En principio, la gramática de Bovero diferencia como elementos estructurales del discurso democrático a los sustantivos, que son, precisamente, los términos *democracia* e *isonomía*, y de la conjunción de ambos se deriva el tercero, *libertad como autonomía*.

Es bien sabido que *democracia* es un término que se compone de las raíces griegas *demos* y *kratos*, empleadas para designar, respectivamente: 1) a *la totalidad de los componentes de una comunidad o a la parte mayoritaria de la misma*, y 2) a *la capacidad de afirmarse en relación con el poder político*. Por ello, puede decirse que el término tiene, a partir de su etimología, dos connotaciones: a) la forma de gobierno en la que el poder de decisión política estaba en manos de todos los ciudadanos, y b) la organización política que deposita el poder de decisión en su componente no noble y, por tanto, ese poder es popular. Al masificar la distribución del poder político, los regímenes democráticos se enfrentan con el problema de la gobernabilidad en condiciones de pluralidad. Como bien ha señalado Jürgen Habermas (1990), la teoría política moderna no observa con nostalgia la imposibilidad de reducir la pluralidad de las creencias y valores que proliferan en –para usar la terminología de Max Weber– un mundo *desencantado*. La teoría política, en cambio, tiene que articular una concepción de la gobernabilidad democrática que permita acompasar, por una parte, la existencia de una multiplicidad de voces que reclaman el reconocimiento –e incluso su derecho al disenso– y, por la otra, una estructura institucional igualitaria que logra la imparcialidad a través de un procesamiento justo de esas diferencias de juicio político y dentro de los límites

de la legalidad, respetando la universalidad e integralidad de los derechos humanos.

El segundo sustantivo de la gramática democrática es la *isonomía*, como el valor que permite volver *pares* a todos los implicados en la toma de decisiones y, en este sentido, superar o absorber los desniveles fácticos entre la ciudadanía. En la teoría política se ha vuelto un lugar común la crítica de la *democracia* griega como selectiva y excluyente. Sin embargo, esta idea de democracia es perfectamente compatible con la idea de *isonomía* e, incluso, en el vocabulario político griego antiguo, ambos términos eran empleados como sinónimos. La noción de *igualdad ante la ley* –traducción literal de *isonomía*– se corresponde con la imagen plástica sugerida por Jean Pierre Vernant (1973) de la democracia como *el círculo formado por todos los ciudadanos, donde cada punto de la circunferencia es equidistante del centro en que reside el poder*. Por su parte, Moses Finley (1983) ha destacado otro sinónimo de democracia en el vocabulario griego antiguo: la *isegoría*, es decir, la libertad de palabra, no como la posibilidad de expresar la conciencia en contra de la censura oficial –su sentido moderno–, sino como la capacidad de *hablar en voz alta en la asamblea*. Ahora bien, si se trata de analizar los usos de las palabras en un cierto discurso, habría que preguntar a qué clase de igualdad alude la democracia como su rasgo distintivo. La igualdad como género gramático sólo implica una relación bidireccional y, para especificar sus especies, debe afirmarse la naturaleza de los extremos (¿quiénes son iguales?), además, deben caracterizarse los criterios para la construcción de la relación (¿en qué son iguales?).

El tratamiento genérico de las personas que pretendemos poner en relaciones de igualdad o desigualdad no está exento de problemas. Las igualdades o desigualdades reales entre determinados sujetos son justas o no dependiendo de la idea normativa de igualdad que se conciba para ellos. En distintas épocas históricas, a los sujetos, según la raza, la religión, la nacionalidad u otras contingencias, no se les ha considerado como igualmente dignos de respeto por la ley. La definición del género universal de persona implica una tensión entre juicios de hecho y de valor; porque, de hecho, las personas no son iguales dadas las circunstancias contingentes de la vida que les ha tocado. Pero si se define la universalidad del género humano mediante términos de valor, puede deducirse, en una interpretación democrática, que la dignidad predicada del hombre como ser genérico debería poder ser adjudicada a todos y cada uno de los individuos concretos. En este sentido, es un juicio de valor imputar a cada individuo el respeto a sus valores, dado que

sus semejantes también poseen distintas ideas sobre lo bueno, y, además, también lo es afirmar que estamos obligados a corregir las desigualdades naturales (*la dotación de talentos naturales*, en palabras de John Rawls [2000]) que limitan el logro de una vida deseable para cada uno de los individuos. En última instancia, “muchos problemas de igualdad social y política pueden ser [conducidos] a un problema de trato igual o desigual de los individuos justificado sobre la base de un juicio que reconoce en ellos o no un valor igual” (2000: 24). La gobernabilidad tiene que enfrentarse con el problema de lograr un diseño institucional que dé expresión a esta idea de igualdad y, al mismo tiempo, permita que las personas ejerzan las libertades constitucionales que dan origen al pluralismo democrático.

La igualdad formulada en términos democráticos implica su correspondencia con una forma de gobierno en la que todos los integrantes son considerados como iguales en lo que se refiere a la participación del poder político. Respecto de esta definición, el problema de la igualdad se plantea a propósito de lo que significa pertenecer a una comunidad política, ya sea que se considere el nacimiento en un territorio (para los extranjeros) o el rango de edad (para los niños y niñas), se puede observar que en un gobierno democrático no todos pueden participar en la toma de las decisiones públicas. Desde la Antigüedad clásica prevalece esta noción de que *ser ciudadano significa propiamente tener el derecho a participar en el proceso de decisión política*; es decir, que, para el caso de la Grecia antigua, quienes eran varones, nativos y propietarios merecían el trato igual frente a la ley del que no gozaban mujeres, extranjeros y esclavos. Lo problemático —ahora se ve— es determinar cuáles son los prerrequisitos que debe cumplir una persona para exigir y ejercitar su participación en la toma de decisiones políticas, es decir, para ser considerado como ciudadano. En contraste con la Antigüedad, la democracia moderna ha disminuido el número de prerrequisitos para ejercer la ciudadanía y, con ello, poder participar de manera activa en el ejercicio del poder político. Es un elemento para configurar la gobernabilidad de una sociedad que no existan restricciones injustas para la concesión de la ciudadanía. No ha cambiado, pues, el contenido *político* de la noción de ciudadano, sino que se ha modificado la noción *antropológica* de lo que significa ser un sujeto *capaz* y *digno* de participar en la vida política como ciudadano. Por esta razón histórica, Bovero despliega tres rasgos de la igualdad política interpretada democráticamente para un régimen moderno: 1) la atribución de una cuota igual e individual de participación política (*a cada cabeza, un*

voto); 2) el reconocimiento de que los juicios de todos los individuos deben ponderarse para la toma de decisiones que afectan igualmente a todos, y 3) la suposición de que las desigualdades naturales y de clase no interfieren con el valor y la dignidad de estos juicios individuales.

La igualdad, como sustantivo principal de la práctica política democrática, implica que su principio fundamental es el *individuo* como *sujeto de voluntad racional*. Un gobierno democrático debe poder ajustar las voluntades particulares heterogéneas en una decisión política unívoca, pero no al costo de silenciar la pluralidad de voces presentes en el espacio público. En el logro de un diseño institucional que permita la expresión de las voces ciudadanas que provienen de todos los ámbitos sociales radica una parte importante de la solución al problema de la gobernabilidad. Siempre debe mantenerse el principio democrático que implica una identificación de todos los ciudadanos en la decisión consensuada. En este sentido, se reconoce al individuo “la facultad exclusiva de la libertad como autonomía —que consiste literalmente en ‘darse leyes a sí mismo’—, llamada también libertad positiva o política” (Bovero, 2002: 30). Como puede observarse, el análisis del sustantivo fundamental de la democracia, la *igualdad*, desemboca en una evaluación de la idea de *libertad*.

La interpretación democrática de la igualdad permite esbozar una idea mínima de democracia en la que se pueden reconocer los modelos clásico (directo) y moderno (representativo) de la misma. Tomando como punto de partida la definición mínima que caracteriza al régimen democrático como aquel que permite una igual participación política entre sus ciudadanos, podría pensarse que la democracia verdadera es la antigua y la moderna, sólo un sustituto incompleto. Lo anterior en vista de que hoy no nos reunimos en la plaza pública para debatir los asuntos comunes y, en su lugar, elegimos a representantes para que lo hagan, no en espacios literales, sino en espacios institucionales y con reglas precisas. Parecería, además, que la elección es un procedimiento aristocrático antes que democrático, porque al final del mismo se destacan, de entre la multitud, aquéllos más aptos en una cierta actividad. Pero, si bien es cierto que la democracia moderna es representativa, lo que la distancia del ejercicio autoritario del poder político es que la elección de los representantes se *repite* de manera constante y, en consecuencia, es posible revocar o refrendar la permanencia de un político en el poder según el juicio de los electores. En las democracias modernas no elegimos a los mejores —intelectual o moralmente hablando— para que tomen constantemente las decisiones por nosotros;

lo que hacemos es evaluar, a partir del juicio individual y desde todas las posiciones, qué tan adecuada ha sido la actuación de un político en concreto a quien se ha conferido una responsabilidad específica y por un tiempo limitado. Si se distorsiona el sentido democrático de la participación política, los ciudadanos pueden no sentirse identificados con las decisiones vinculantes que se logran a través de los canales legislativos y, en consecuencia, la gobernabilidad de la sociedad en su conjunto se pone en crisis.

Las ideas de *igualdad* y *libertad* están imbricadas de tal modo que la imagen del proceso democrático como un círculo donde los extremos equidistan del centro puede ser sustituida por otra más moderna: la *pirámide*, en la que el poder político está también igualmente distribuido entre todos pero, además, se halla distanciado, por medio de la representación, del vértice donde están colocados unos pocos. Dicha pirámide, si no se quiere que represente una *autocracia*, debe ser recorrida de abajo hacia arriba y por niveles. El inicio de esta pirámide “está en la base [...], en las muchas voluntades de los individuos concebidos como sujetos racionales autónomos, y a través de un sistema de designaciones desde abajo procede hasta el vértice [...], hasta los órganos facultados para tomar las decisiones colectivas finales” (Bovero, 2002: 35). De este modo se mantiene el principio democrático del individuo como sujeto *activo* de voluntad racional en la configuración de la decisión política. Una sociedad bien ordenada, que ha resuelto el tema de la gobernabilidad en sentido democrático, es aquella en la que, como señalaba John Rawls (1996), los intereses de todos los individuos racionales puedenacompañarse en una voluntad política que les permite reconocerse como colectivo, al tiempo que ellos mantienen los rasgos –su religión, su raza, su doctrina política– que los hacen particulares.

Si el juego democrático funciona con reglas precisas derivadas del vínculo universalista entre los valores fundamentales de la igualdad y la libertad, ¿cómo es que estas reglas se relacionan con los derechos fundamentales que en el mundo moderno se consideran el asiento de la legitimidad y gobernabilidad en los regímenes democráticos? La forma fundamental del vínculo entre los derechos fundamentales y la democracia se expresa en que –para la vida política institucionalizada– tales derechos con rango constitucional imponen límites a la legislación y a la actuación de los ciudadanos y sus representantes. No se puede someter a votación si se cancelan para ciertos individuos los derechos fundamentales; tampoco se puede legislar para ampliar los límites de la ciudadanía, tomando en cuenta sólo

la popularidad de los colectivos particulares o de sus causas políticas. El derecho, en épocas conservadoras, también sirve para procesar las demandas de inclusión –como las de los afroamericanos en la primera mitad del siglo XX en Estados Unidos– que a la mayoría de los ciudadanos les parecen ilegítimas; el derecho, en este sentido, es la instancia de mediación entre las demandas de reconocimiento moralmente legítimas y las instituciones democráticas que tendrían que darles cumplimiento bajo la forma de la garantía universal de derechos fundamentales. Sólo las constituciones democráticas aseguran la aplicación universal de los derechos fundamentales y, al hacerlo, imponen límites al contenido de las decisiones políticas que emanan de las fuentes legislativas que les son subordinadas.

Los límites que imponen los derechos fundamentales al juego democrático están fijados constitucionalmente. El “poder del pueblo en la adopción de decisiones colectivas, suficiente además de necesario para caracterizar el concepto genérico de democracia, es un ‘poder limitado’ [...] por los derechos fundamentales sancionados en las constituciones [...] que no pueden ser válidamente suprimidos, limitados o derogados por el mismo” (Ferrajoli, 2001: 344). Así, puede decirse que “lo que es *forma* de la democracia se vuelve *sustancia*, es decir, límite y vínculo de contenido, cuando ella se protege de sí misma” (2001: 344). Los derechos fundamentales en una democracia constitucional limitan la actuación de los sujetos entre sí y, además, vinculan de una manera imparcial y equitativa a las instituciones y los ciudadanos. Si no existieran estos límites, la mayoría –si es convencida por las peores razones moralmente hablando, como ha sucedido ya históricamente con el fascismo y el nazismo que alcanzaron el poder en elecciones ordinarias durante la primera mitad del siglo XX– podría decidir la disolución de la democracia política, anulando en algunos sujetos estigmatizados por la discriminación la capacidad de autodeterminación en lo privado y lo público. Una buena razón para llamar democráticos a los límites impuestos a la voluntad popular por los derechos fundamentales es que éstos son el parámetro más importante de la *igualdad jurídica*, que es el sustantivo más importante en la gramática del juego democrático.

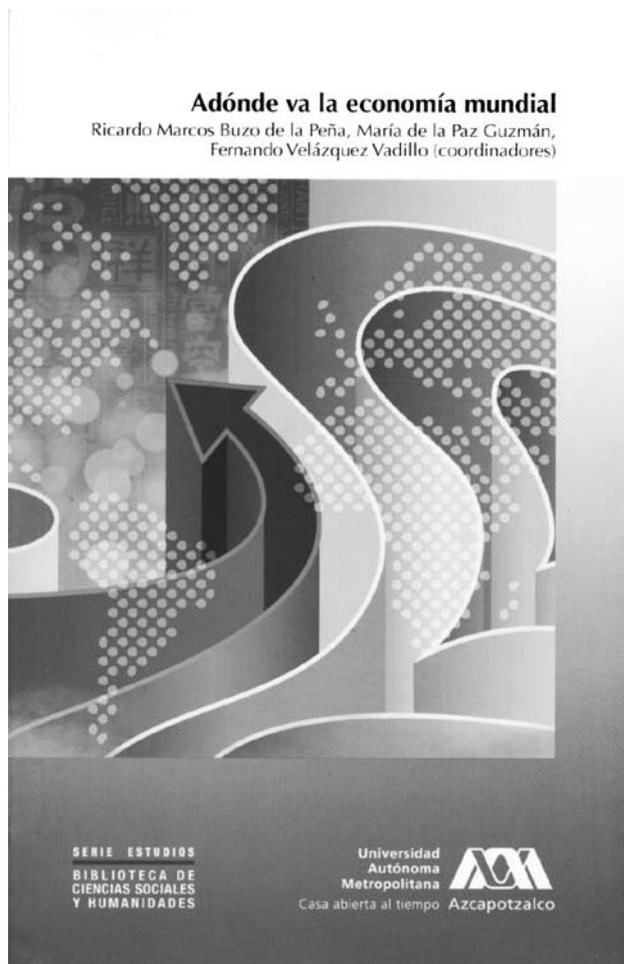
Los derechos fundamentales son universalmente válidos, es decir, *para todos los ciudadanos*, y no se protegen constitucional y exclusivamente para aquellos que temporalmente están en la cumbre del poder político como mayoría. En este sentido, como ha señalado Norberto Bobbio, *la democracia no es sólo un método sino la puesta en marcha del ideal igualitario* (2000). Para Bobbio, la revolución copernicana del derecho

moderno significó la primacía de los derechos inalienables de los ciudadanos —como anteriores al pacto de sujeción— sobre los deberes emanados de la obligación política. A este proceso democrático correspondería una imagen paralela: la de la primacía de los derechos sobre los poderes fácticos. La democracia formal —producto del ejercicio de los derechos secundarios de autodeterminación— otorga el poder a todos los ciudadanos; posteriormente, la democracia sustancial —producto de los derechos primarios de libertad— se constituye como el contrapeso a ese poder de todos y, de manera real, el depositario de esa protección es el individuo (Bobbio, 2000). Esta protección no requiere del consenso de la mayoría, dado que el papel de los derechos fundamentales “es la tutela de los sujetos más débiles frente a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia” (Ferrajoli, 2001: 347).

Los límites que impone la democracia constitucional significan la superioridad del gobierno de las leyes frente al de los hombres —aunque sea elegido democráticamente— y, además, el reconocimiento de la importancia de los límites jurídicos que deben ser impuestos a los derechos de autonomía. En un régimen político que ostenta el nombre de *democrático*, nadie puede vender ni comprar el derecho al voto, a la libertad de expresión o a la salud. Debido a la indisponibilidad de los derechos fundamentales en un régimen constitucional riguroso, éstos se sustraen “a la autonomía política ejercida mediante el voto y la elección de representantes, mientras su carácter universal los sustrae a la autonomía privada, ejercida mediante actos de disposición de sus titulares” (2001: 349). Por tanto, una Constitución democrática hace de los derechos fundamentales el límite para su propia reforma y sólo admite la expansión de los mismos. De esta manera se asegura de que la gobernabilidad puede subsistir al cabo de las generaciones de ciudadanos, y que siempre las instituciones serán sensibles a sus reclamos de inclusión.

Referencias

- Bobbio, N. (2000). *El futuro de la democracia*. México: FCE.
 Bobbio, N. (2003). *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara.
 Bovero, M. (2002). *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*. Madrid: Trotta.
 Ferrajoli, L. (2001). “Los fundamentos de los derechos fundamentales”. En De Cabo, A. y Pisarello, G. (Eds.),



- Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
 Finley, M. (1983). *Politics in the Ancient World*. Cambridge: Cambridge University Press.
 Habermas, J. (1990). *Pensamiento posmetafísico*. México: Taurus.
 Rawls, J. (1996). *Liberalismo político*. México: FCE.
 Rawls, J. (2000). *Teoría de la justicia*. México: FCE.
 Vernant, J. P. (1973). *Mito y pensamiento en la Grecia antigua*. Barcelona: Ariel.
 Wittgenstein, L. (2000). *Sobre la certeza*. Barcelona: Gedisa.

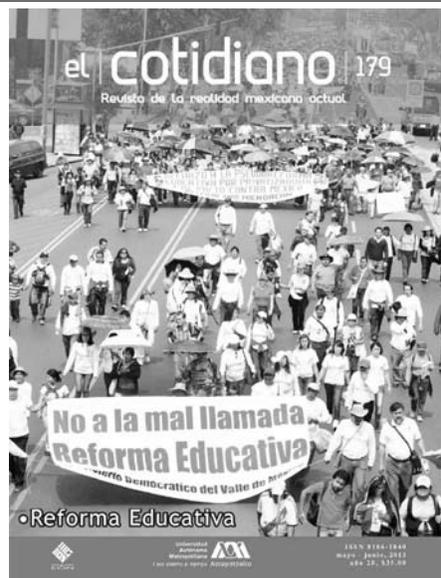
EL Cotidiano

Complete su colección. Al suscribirse solicite hasta 12 diferentes ejemplares de la revista bimestral.

EL Cotidiano

Precios de suscripción (6 ejemplares):

- \$ 255.00 En el D.F.
- \$ 340.00 En el interior de la República
- 45.00 USD En el extranjero



Formas de pago:

- * Cheque certificado a nombre de la Universidad Autónoma Metropolitana
- * Efectivo

Información y ventas:

☎ 53 18 93-36

Apartado postal 32-031, C.P. 06031, México, D.F.

✂

SUSCRIPCIONES

Fecha: _____

Adjunto cheque certificado por la cantidad de: \$ _____ a favor de la UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA, por concepto de suscripción y/o pago de (____) ejemplares de la revista **El Cotidiano** a partir del número (____)

– Deseo recibir por promoción los números: _____

Nombre: _____

Calle y número: _____

Colonia: _____ Código postal: _____

Ciudad: _____ Estado: _____

Teléfono: _____

– Si requiere factura, favor de enviar fotocopia de su cédula fiscal

RFC _____ Dom. Fiscal _____

El camino hacia el control difuso de constitucionalidad en México: la convencionalidad

José de Jesús Becerra Ramírez*

El control difuso de constitucionalidad es un medio de garantía del contenido del derecho más alto de un orden normativo, mismo que fue negado en nuestro ordenamiento jurídico por largo tiempo, a pesar de estar contemplado de forma literal en la Constitución. Por ello, en el presente documento se aborda el proceso hacia un nuevo paradigma que abre la puerta para que, mediante lo que se ha denominado *control de convencionalidad*, los jueces en México, independientemente de su nivel, puedan inaplicar disposiciones internas que contravengan disposiciones emanadas de tratados internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad.

Aproximación

El control difuso de constitucionalidad no es un fenómeno reciente para el constitucionalismo, pues desde el origen de éste de alguna manera ha estado presente, tal como aparece en la historia del desarrollo constitucional como lo fue en el caso del modelo inglés, en el que se planteó crear de forma remota la jurisdicción constitucional, referente en el caso

Bonham resuelto por el Juez Edward Coke en 1610, en el cual señaló, al referirse al *common law*, que los jueces, en virtud del precedente, podían incluso declarar la nulidad de una ley del parlamento que fuera contraria a aquél (Jiménez, 2005: 31). Es decir, surge por primera vez la posibilidad de que los jueces de forma difusa protegieran la ley superior (Constitución) por actos derivados del propio parlamento o del rey, tan es así que el mismo Coke expresó que “los jueces eran los leones que debían custodiar frente al rey los derechos de los ciudadanos” (Matteucci, 1997: 89).

Ante ello, se planteó la posibilidad de que los ciudadanos pudieran contar con un instrumento jurídico para hacer valer sus derechos y acceder ante la jurisdicción, por la vulneración de

sus derechos que el máximo cuerpo normativo les confiere. Sin embargo, no fue sino hasta 1803 en Estados Unidos cuando la Suprema Corte Federal, en el clásico asunto Marbury contra Madison, estableció el control constitucional de las leyes por parte de todos los órganos judiciales, que posteriormente vino a perfeccionar en la sentencia Fletcher contra Peck de 1810, en la que incluyó también las leyes de los Estados miembros (Scarciglia, 2011: 196). En consecuencia, dicha forma de justicia constitucional se proyectó mediante el control desconcentrado o difuso, el cual posibilita que lo ejerzan tanto los órganos judiciales federales como estatales para proteger los derechos de las personas, derivados de un asunto en un juicio concreto, en el cual las decisiones

* Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid; Profesor-Investigador de la Universidad de Guadalajara; miembro del Sistema Nacional de Investigadores; Director del Instituto de Investigación y Capacitación en Derechos Humanos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco. Correo electrónico: <jbecerra33@hotmail.com>.

llevan a la inaplicación de la disposición impugnada, aunque ésta mantiene su validez para la solución de otros asuntos (Pegoraro, 2004: 31-36).

Por lo anterior, se establece claramente la habilitación para el juez de realizar ejercicios de compatibilización o incompatibilización de las leyes con la Constitución en su trabajo ordinario de juzgar, como es el caso del modelo estadounidense, en el que su Corte Suprema no posee el monopolio de dicha actividad, sino que la tarea le corresponde a todos los niveles de la jurisdicción (2004: 31-36).

En el caso de nuestro país, pareciera que recoge dicha tradición del control difuso de constitucionalidad en la norma suprema, incluso desde la Constitución mexicana promulgada en 1857, al establecer literalmente lo siguiente:

Artículo 126.- Esta constitución, las leyes del congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos o que se hicieren por el presidente de la república, con aprobación del congreso; serán la ley suprema de toda la unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados¹.

Esta disposición pasa inalterada a la Constitución de 1917 en su Artículo 133. Asimismo, dicho texto fue interpretado originalmente en el sentido antes mencionado, es decir, en similar término que el modelo estadounidense de permitir el control difuso de constitucionalidad por todos los jueces, incluyendo a los estatales. Tal interpretación se desprende del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un criterio establecido desde el año de 1926 y que a la letra señaló:

CONSTITUCIÓN FEDERAL. Aun cuando los Estados tienen libertad para legislar en lo que concierne a su régimen interior, en ningún caso pueden contravenir las estipulaciones del Pacto Federal y los Jueces de cada Estado se arreglarán a la Constitución Federal, leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y tratados hechos y

que se hicieren por el presidente de la República, con aprobación del Congreso, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

PLENO Amparo penal en revisión 2814/24. Suárez Hernández Antonio. 20 de julio 1926. Unanimidad de nueve votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Época: Quinta Época, Registro: 282436 Instancia: PLENO Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Localización: Tomo XIX Materia(s): Constitucional, Común Tesis: Pág. 117 [TA]; 5a. Época; Pleno; S.J.F.; Tomo XIX.

Ante ello, existió total armonización entre la disposición constitucional y lo dispuesto por el Poder Judicial, especialmente en lo establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sin embargo, con el paso de los años nuestro máximo tribunal cambia gradualmente su postura con respecto al control difuso de constitucionalidad por los jueces ordinarios, pues la matiza en lo dispuesto por la Tercera Sala de la Suprema Corte en el año de 1960, al mencionar:

CONSTITUCIÓN. SU APLICACIÓN POR PARTE DE LAS AUTORIDADES DEL FUERO COMÚN CUANDO SE ENCUENTRA CONTRAVENIDA POR UNA LEY ORDINARIA. Si bien es verdad que las autoridades judiciales del fuero común no pueden hacer una declaración de inconstitucionalidad de la ley, si están obligadas a aplicar en primer término la Constitución Federal, en acatamiento del principio de supremacía que estatuye el artículo 133 de la propia Carta Magna, cuando el precepto de la ley ordinaria contraviene directamente y de modo manifiesto, una disposición expresa del pacto federal.

TERCERA SALA. Amparo directo 6098/55. Fernando Cásares y Cásares Jr. y otro. 22 de febrero de 1960. Cinco votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Época: Sexta Época. Registro: 270759. Instancia: TERCERA SALA. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Localización: Volumen LX, Cuarta Parte. Materia(s): Constitucional. Tesis: Pág. 177.

Así, la Suprema Corte de nuestro país pasa de una apertura plena para la interpretación constitucional por parte de la justicia ordinaria a una limitada, como se desprende del anterior criterio. Sin embargo, dicha tendencia de limitación continúa y en el año de 1968 se establece un criterio de restricción total para que sea sólo el Poder

¹ Dicho texto adopta una traducción textual del Artículo 6, Párrafo 2 de la Constitución estadounidense, que dice: "Article VI.- (2) This Constitution and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, anything in the Constitution or Laws of any state to the Contrary notwithstanding" (Carpizo, enero-abril de 1969: 7).

Judicial de la Federación el que pueda realizar declaratorias de inconstitucionalidad, mediante el monopolio de tal actividad negando a la autoridad judicial común, tal como aparece en la siguiente tesis jurisprudencial:

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE, POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN. No existe jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que imponga a la autoridad judicial común, por aplicación literal del artículo 133 constitucional, la obligación de calificar la constitucionalidad de las leyes que norman el contenido de sus resoluciones; si bien es cierto que ocasionalmente ha llegado a sustentarse tal tesis, la mayoría de los precedentes se orientan en el sentido de considerar que sólo el Poder Judicial de la Federación puede calificar la constitucionalidad de las leyes a través del juicio constitucional de amparo.

TERCERA SALA. Amparo directo 1355/67. Jesús Galindo Galarza. 30 de septiembre de 1968. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mariano Azuela. Época: Sexta Época. Registro: 269162. Instancia: TERCERA SALA. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Localización: Volumen CXXXV, Cuarta Parte. Materia(s): Común. Tesis: Pág. 37.

Con lo establecido en el criterio antes mencionado, nuestro máximo tribunal nacional se apartó de algunas posturas doctrinales contemporáneas que evidencian una mayor apertura a la interpretación constitucional, como claramente lo plantea Peter Haberle, al señalar la imperiosa necesidad de establecer un pensamiento jurídico común, en el que participen activamente científicos, juristas y legisladores, entre otros actores, especialmente en el campo del Derecho constitucional y los derechos fundamentales, es decir, la Constitución debe de estar abierta a los intérpretes; dicha apertura se refiere a que no se asuma una actitud exclusiva de monopolio por parte del Estado, ni de jurisdicción ni de exégesis jurídica, sino que se va abriendo de forma progresiva a la interpretación por diversos actores, incluyendo tanto a los nacionales como a los de nivel internacional (Haberle, 1996: 283-289).

Por lo anterior, queda una evidencia manifiesta: el cambio de criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a lo largo de la historia jurisdiccional de nuestro país en lo relativo a quién o quiénes deben de ser los intérpretes constitucionales, pues a pesar de partir de una postura de apertura plena hacia un control difuso de constitucionalidad, cambió a una posición de ejercicio monopólico por

parte del Poder Judicial Federal excluyendo a los jueces de los estados.

Sin embargo, en México se está presentando un cambio de paradigma constitucional, a raíz de las reformas a nuestro máximo cuerpo normativo realizadas en 2011, principalmente en lo relativo al campo de los derechos humanos, el cual pone de manifiesto la necesidad de plantear nuevos dilemas en el campo de actuación de los diversos operadores jurídicos. En dicha reforma se modificaron varios artículos, en los cuales se le da valor jurídico a los derechos humanos al estar reconocidos en la Carta Magna, al igual que se les otorga un rango constitucional prevalente a los tratados internacionales en dicha materia ratificados por México, adicionalmente se establece la obligación de todas las autoridades de promover, respetar y garantizar los derechos humanos². Por todo ello, se replantea el contenido de la Constitución. Esto significa que el cuerpo constitucional se amplía por la inclusión del término *derechos humanos* en lugar del obsoleto *garantías individuales* y a su vez, incluir en el mismo rango jerárquico el catálogo de los derechos derivados de los tratados internacionales en esta materia.

Así, la nueva construcción constitucional en México establece un mandato imperativo a todas las autoridades de nuestro país, en el que se incluye sin lugar a dudas a todos los jueces, al señalar en su Artículo 1° en el Párrafo Tercero lo siguiente: "Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad". En consecuencia, dicho mandato invita a replantear el comportamiento de todas las autoridades de nuestro país, para la observancia del contenido constitucional, especialmente en el campo de los derechos humanos.

Adicionalmente, en el mes de julio de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al analizar el cumplimiento de México con respecto a la sentencia Rosendo Radilla Pacheco dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resolvió, entre otras cosas, la obligatoriedad de sus sentencias con respecto a México, así como el carácter

² En dicha reforma se permuta la denominación del capítulo de las Garantías Individuales por el de Derechos Humanos y sus Garantías, cambiando en consecuencia los Artículos 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, entre otros. SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, "DECRETO por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos" (Diario Oficial de la Federación [DOF], 10 de junio de 2011).

orientador de la jurisprudencia de la referida Corte para los tribunales nacionales, al igual que la necesidad de realizar ejercicios de convencionalidad por parte de los jueces del país tratándose de derechos humanos (SCJN. Sesiones del Pleno, 2012).

Por todo ello, nos invita a hacer una reflexión sobre la forma en que, de alguna manera, se retoma el control difuso de constitucionalidad en el debate que actualmente se está generando en nuestro país, que aunque con terminología diferente, como lo es la convencionalidad, en el fondo el objeto de protección es similar, es decir, los derechos humanos que son parte del contenido de nuestra Constitución. Para tal propósito, se abordarán en los siguientes párrafos aspectos encaminados a esclarecer tal tendencia.

Establecimiento de un bloque de constitucionalidad

Para el fin que nos ocupa en el presente documento, se considera relevante analizar el sentido que se le otorga al término bloque de constitucionalidad, pues ello nos ayudará de alguna manera a identificar qué es lo que se integra a la Constitución y, en consecuencia, lo necesario para realizar su garantía y control. Así, desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia en 1789, Artículo 16, establecía que “ Toda la sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”. Por ello, los derechos humanos se convierten en un factor determinante para la adscripción al contenido de la Constitución.

Con la incorporación al texto de nuestra Constitución de la denominación de los derechos humanos y la integración de los derechos reconocidos en tratados internacionales de la materia, se añaden numerosos valores, principios y reglas internacionales. Esto aparece mediante lo que la doctrina colombiana denomina bloque de constitucionalidad, es decir, normas constitucionales, no sólo aquellas que se encuentran contenidas de manera expresa en el texto de la Constitución, sino que también se integran las reconocidas en tratados internacionales de derechos humanos. El uso de la expresión bloque de constitucionalidad lo toma la doctrina colombiana principalmente de la concepción francesa, tal y como lo afirman en algunas de sus sentencias de la Corte Constitucional³,

³ Un ejemplo de ello es la Sentencia C-225/95 de la Corte Constitucional Colombia que lo menciona de forma textual: “La Corte considera que la noción de ‘bloque de constitucionalidad’, proveniente del derecho

en alusión a los fallos del Consejo Constitucional francés, que desarrolló el *bloc de constitutionnalité*, consistente en asumir la existencia de un conjunto de normas que, sin estar consagradas expresamente en la Constitución, hacen parte de ella por la decisión de un juez o por expresa disposición del constituyente, con lo que implica que tales normas sean consideradas, en sentido estricto, normas constitucionales y como tales, gozan de supremacía constitucional (Olano, 2005: 231-242). Tal y como fue señalado en la sentencia C-225/95 dictada por la citada Corte Constitucional, que textualmente dice:

PREVALENCIA DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS. El único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalecia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalecia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores⁴.

francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4° y 93 de nuestra Carta. Este concepto tiene su origen en la práctica del Consejo Constitucional Francés, el cual considera que, como el Preámbulo de la Constitución de ese país hace referencia al Preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes. Según la doctrina francesa, estos textos forman entonces un bloque con el articulado de la Constitución, de suerte que la infracción por una ley de las normas incluidas en el bloque de constitucionalidad comporta la inexecutable de la disposición legal controlada. Con tal criterio, en la decisión del 16 de julio de 1971, el Consejo Constitucional anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los ‘principios fundamentales de la República’ a que hace referencia el Preámbulo de 1946”. Incluso para ello hace alusión a las siguientes obras: Favreau (1991) y Pardo (1990).

⁴ El anteponer la letra C o T al número de sentencia se debe al tipo de acción que se ejerció en tal juicio, bien sea de constitucionalidad (letra C) o de Tutela (letra T) (Corte Constitucional Colombia [CCC], s/f, Sentencia C-225/95).

Así, el bloque de constitucionalidad se destina a realizar la integración de las normas reconocidas en tratados internacionales de derechos humanos al ámbito interno, para solucionar el dilema entre el derecho nacional derivado del ámbito soberano interno y los derechos humanos contenidos en instrumentos supranacionales, esto gracias a la utilización de dicho término, lo cual se origina por la prelación sobre el orden interno; dándole jerarquía superior y valor constitucional a los derechos del consenso internacional en los que han participado los Estados mediante sus ratificaciones (Córdoba, 2007: 667-668).

Incluso, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana se establece claramente el contenido que se le otorga al bloque de constitucionalidad; en ella se puede apreciar un sentido muy amplio, al incluir no sólo el contenido del tratado, sino la interpretación que del mismo ha realizado dicho tribunal interamericano, auxiliándose para ello de opiniones de tribunales nacionales, tal y como aparece en la sentencia *Cabrera García vs. México*, misma que se cita de forma literal:

Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana[...]

Por su parte, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha señalado que:

En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, est[á] constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la C[orte] Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional "sistémico", debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad" (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 26 de noviembre de 2010, párr. 226-227).

De ahí se señala que el contenido de la Constitución no es solamente el texto emanado del proceso constituyente, sino que se integra y enriquece del catálogo derivado de los tratados internacionales de derechos humanos e incluso, como ya se apuntó anteriormente, de las interpretaciones que de los mismos realizan tribunales internacionales,

con lo cual el contenido y la materia constitucional se expanden.

Acercamiento a la convencionalidad en México

México se presenta ante la comunidad internacional como un país proclive a suscribir la mayoría de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que han surgido (Becerra, 2009: 234). Tan es así que es miembro de la Organización de las Naciones Unidas desde el 7 de noviembre de 1945, suscribió la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 y ha ratificado los principales tratados derivados de dicha organización, como lo son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en marzo de 1981. De igual manera, México fue un ferviente promotor del surgimiento de la Organización de los Estados Americanos, pues en 1945 convocó la Conferencia de Chapultepec, en la cual se iniciaron los trabajos para tal propósito. De esta reunión derivó el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su principal tratado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por México el 24 de marzo de 1981. Incluso, en datos del Senado de la República y de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México (SREM), a la fecha con temática específica en derechos humanos, se han ratificado 47 tratados internacionales, adicionales a los diversos tratados que sin contar con la denominación sobre derechos humanos, en el fondo también los abordan (SREM, s/f).

Sin embargo, en contrapartida se han observado ciertas resistencias para asumir la competencia de entes supranacionales, más aún en lo que se refiere al uso de las fuentes jurisprudenciales que emanen de tales entes. Este problema es muy evidente al verse reflejado en la resistencia histórica de nuestro país a todo aquello que tenga visos de injerencia externa. La soberanía es el discurso al que se recurre para contrarrestar los signos de apertura internacional, que en México denota la influencia de su doctrina constitucional clásica, en la que la soberanía del Estado se plantea con base en la perspectiva de que no pueden existir más relaciones que las de sujeción frente al Estado soberano (Tena, 2004: 5-7). Esta postura se derivó del principio de la no intervención, una de las normas fundamentales de las relaciones internacionales de México. Por ello se intentó justificar la resistencia a un sistema internacional de los derechos de las personas, cuyo reflejo fue una actitud muy cauta hacia

el reconocimiento de la jurisdicción internacional en esa materia⁵.

Por ello se explica que nuestro país no aceptara la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sino hasta el 16 de diciembre de 1998, 29 años después del surgimiento del citado cuerpo jurídico interamericano que le da vida. Esta circunstancia refleja claramente lo ya dicho en el sentido de que, por un lado, se asumen la mayoría de los tratados internacionales sobre derechos humanos que surgen del consenso internacional, pero por otro, se observan resistencias para la aceptación de jurisdicciones establecidas más allá del Estado nacional.

Por tanto, el gran reto para México consiste en asumir los compromisos internacionales de forma plena, es decir, no sólo el contenido establecido en los tratados, sino también las decisiones emanadas de organismos internacionales, cuya competencia ha aceptado nuestro país. Asumir tales obligaciones tiene consecuencias en nuestro ordenamiento nacional, pues el Estado se obliga a respetar y garantizar los derechos incluidos en dichos instrumentos jurídicos internacionales, mediante el pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna, además de adoptar todo tipo de medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacerlos efectivos⁶.

En consecuencia, uno de los retos que enfrenta México es cómo se realiza el proceso de conexión o armonización del Derecho Internacional de los derechos humanos con el ámbito nacional, en particular mediante lo que se ha dado en llamar control de convencionalidad.

Desarrollo del control convencional

Al haber ratificado nuestro país la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al haber aceptado la jurisdicción contenciosa de la CIDH, los derechos reconocidos en el primer instrumento, así como las resoluciones emanadas de dicho órgano interamericano, deben ser observadas⁷; incluso, estas últimas adquieren carácter definitivo e inape-

⁵ Es decir, promovieron y asumieron originalmente de forma entusiasta instrumentos internacionales de derechos humanos, pero no con el mismo ánimo de aceptar la competencia de la jurisdicción internacional sobre ello (Sepúlveda, 2000: 141). Sobre dicho tema consultar también Bazán (2003).

⁶ Un ejemplo claro de tales obligaciones se encuentra establecido en el Artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁷ Artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH): "Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la corte en todo caso en que sean partes".

lable, es decir, son de naturaleza vinculante⁸, sin que pueda invocarse ninguna disposición de derecho interno o criterio jurisprudencial como justificación para su incumplimiento, ya que los pactos internacionales obligan a los Estados parte y sus normas deben ser cumplidas en términos de los Artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), suscrito también por el Estado mexicano y vigente desde enero de 1980.

Como consecuencia de lo anterior, empezaron a surgir sentencias de la CIDH en contra de México desde 2006, que empezaron a inquietar al ámbito jurídico en razón de los planteamientos, máxime que muchos se dirigieron a los órganos del poder público de nuestro país⁹. Especialmente el asunto de Rosendo Radilla Pacheco fue el que catalizó la posibilidad de ejercicio por parte de los operadores jurídicos nacionales, especialmente los jueces, el control convencional, lo cual generó un fuerte debate nacional sobre la forma en la que dichos órganos de nuestro país deben actuar ante dichas fuentes normativas y jurisdiccionales.

Derivado de lo anterior, el control convencional para los operadores jurídicos nacionales significa constatar la adecuación de las disposiciones normativas internas que apliquen específicamente en casos concretos los contenidos de la Convención Americana, así como los estándares interpretativos establecidos por la CIDH (Bazán, 2012: 17-18).

Por ello, los órganos nacionales destinados en este caso a la impartición de justicia, independientemente de su nivel y materia, deben realizar dichos ejercicios de compatibilización o armonización de las normas nacionales con la internacional, especialmente con la interamericana. En otras palabras, el ejercicio de control convencional es para lograr interpretaciones conformes con el *corpus juris* interamericano. En caso de incompatibilidad absoluta de la norma nacional con el parámetro convencional, debe inaplicarse para que prevalezcan aquéllas y lograr de esta manera la efectividad del derecho o libertad de que se trate (Carpizo, enero-abril de 1969: 3-32).

En consecuencia, los impartidores de justicia están sometidos al imperio de la ley y la Constitución, pero cuando un Estado ratifica un tratado internacional de derechos humanos se encuentra en la obligación de aplicar sus disposiciones, es decir, también está sometido al imperio

⁸ Artículo 67 de la CADH: "El fallo de la Corte será definitivo e inaplicable [...]".

⁹ Tal como lo es el caso Jorge Castañeda vs. México (2006); el de Rosendo Radilla Pacheco vs. México (2009); Fernández Ortega y Otros vs. México (2010); Rosendo Cantú y Otra vs. México (2010), y Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010) (CIDH, s/f).

de los tratados internacionales en dicha materia, que los obliga a ejercer una especie de control de convencionalidad (Mejía, 2012: 111).

En nuestro país la referida actividad la habían venido desarrollando, aunque de forma aislada, algunos órganos jurisdiccionales desde fechas previas a la reforma constitucional del año 2011 mencionada con antelación, incluso a la sentencia *Radilla Pacheco vs. México*, que más adelante se comentará. Para ello, se trae a colación en primer término lo resuelto por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en un asunto de limitación de los derechos políticos en el año 2007, en el que se ponderó el contenido de la Convención Americana, con una normativa nacional que fue inaplicada¹⁰. Con ello, en materia electoral el más alto tribunal en esta rama empezó a realizar, aunque no con la denominación de control convencional, un ejercicio de esa naturaleza. Es decir, aplicar en el ámbito interno disposiciones del ámbito supranacional, incluida la interpretación del catálogo nacional de conformidad con tales normas¹¹.

Por otro lado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación actuó de manera análoga en el trámite del juicio de amparo en revisión 186/2008, ejercido contra la reforma constitucional en materia electoral de 2007 por parte del Centro Empresarial de Jalisco, que impugnaba especialmente la parte destinada a la prohibición de la contratación de propaganda política en radio y televisión por parte de cualquier persona o institución que no fuera la autoridad electoral; esto con el argumento de que tales disposiciones atentaban contra la libertad de expresión. En dicho asunto se ejerció en primer término el juicio de amparo que conoció un juzgado de distrito, el cual rechazó tal acción ante la improcedencia presente en la legislación de amparo en materia política electoral. Lo relevante que se presentó en esa acción de amparo es que al entrar a conocer la Suprema Corte de Justicia en vía de revisión, ordena que sea admitido en trámite dicho amparo, fundándose para ello en jurisprudencia de la CIDH. El ministro presidente de la Corte de esa fecha manifestó lo siguiente:

Sin embargo, mi convicción personal, me lleva en este momento a cambiar el sentido de mi decisión, porque con-

¹⁰ Este asunto emanó del expediente SUP-JDC-695/2007, que promovió Jorge Hank Rhon, ex candidato al Gobierno de Baja California (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación [TEPJF], s/f).

¹¹ Incluso en otros expedientes se observó el uso del canon internacional de los derechos humanos, como lo fue en los siguientes asuntos: SUP 11/2007, SUP DJC 20/2007 y SUP DJC 85/2007 (TEPJF, s/f).

sidero que ha habido un cambio jurídico nacional para el Estado mexicano, a partir del ocho de agosto de este año, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos vinculó como Estado, a generar medios de defensa accesibles para la defensa de todos los derechos humanos independientemente de quién y dónde cometa la violación [...] México, asumió compromisos internacionales, entre otros, fundamentalmente el de someterse a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el conocido asunto promovido por Jorge Castañeda Gutman, al invocarse por éste que el Estado mexicano viola uno de sus derechos fundamentales por no establecer un medio de defensa adecuado para la defensa de sus derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha fallado en contra del Estado mexicano, obligándolo a crear este medio efectivo de defensa¹².

Con esta decisión la Corte de México impulsa el camino hacia el control convencional al inaplicar la normativa (Artículo 73 de la Ley de Amparo), dando prevalencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como a la jurisprudencia de la CIDH, pues en el asunto mencionado ordena dar trámite a la admisión del juicio multicitado.

Sin embargo, también es relevante mencionar ciertas posturas que evidencian un comportamiento contrario a lo antes mencionado, las cuales reflejan una postura renuente para asumir a plenitud el control de convencionalidad en nuestro país, tal y como se desprende de los siguientes planteamientos emanados del Poder Judicial Federal de fecha reciente.

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES EN EL AMPARO DIRECTO. SON LOS QUE PLANTEAN LA INCONVENCIONALIDAD DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL. De los artículos 1º, 103, 105, 107 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales deriva la imposibilidad jurídica de que, en un juicio de amparo directo, o en cualquier otro juicio, la propia Constitución pueda sujetarse a un control frente

¹² Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 29 de septiembre de 2008. Expediente 186/2008. Amparo en revisión promovido por el Centro Empresarial de Jalisco, Sindicato Patronal, contra actos del Congreso de la Unión y otras autoridades, consistentes en la expedición y aplicación del decreto por el que se reformaron los Artículos 6, 41, 85, 99, 108, 116 y 122, se adicionó el Artículo 134 y se derogó el Párrafo Tercero del Artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (DOF, 13 de noviembre de 2007).

a algún tratado internacional del que el Estado Mexicano sea parte, fundamentalmente porque con la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se sigue reconociendo el principio de supremacía constitucional, lo cual obstaculiza cualquier posibilidad de que las normas internacionales se conviertan en parámetro de validez de la Constitución, a la cual, por el contrario, se encuentran sujetas, conforme a los artículos señalados. En ese orden de ideas, el hecho de que el principio de supremacía constitucional no fuera modificado con la aludida reforma al artículo 1º del Pacto Federal, torna imposible el planteamiento de la inconventionalidad de un artículo constitucional, pues los tratados internacionales encuentran su origen y validez en la Constitución; de ahí que los conceptos de violación en ese sentido deben declararse inoperantes.

Segunda sala. Amparo directo 30/2012. Gustavo Janett Zúñiga. 22 de agosto de 2012. Unanimidad de cuatro votos; votó con salvedad Sergio A. Valls Hernández. Ausente: José Fernando Franco González Salas. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Erika Francesca Luce Carral. [TA]; 10a. Época; 2a. Sala; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 3; Pág. 2034.

El criterio jurisprudencial no causa mayor sorpresa, ya que los operadores jurídicos nacionales responden a un modelo constitucional cerrado a fuentes externas, tal como se expresó en párrafos precedentes (Carrillo, 2001: 115). Pero, de igual manera existen posturas que están a favor de sortear tal resistencia, aduciendo que los órganos de revisión o control constitucional pueden aplicar las cláusulas más favorables y principios *pro homine*, aplicándolos directamente desaplicando el texto constitucional o mediante el ejercicio de interpretación conforme (Jiniesta, 2012: 19).

Adicionalmente, se puede también esperar al control concentrado de convencionalidad que realiza la Corte Interamericana, que bien puede ser en vía de un caso contencioso o mediante una medida consultiva que el Estado puede realizar. Existen ejemplos claros en resoluciones de la Corte Interamericana en los cuales se determina reformar, modificar o suprimir un texto constitucional, tal como los asuntos de *La última tentación de Cristo vs. Chile*, de 5 de febrero de 2001, o *Boyce y otros vs. Barbados*, de 20 de noviembre de 2007 (Ventura, 2011: 385-416). Estos planteamientos de alguna manera pueden replantear las resistencias por parte de los operadores, para dar paso a una verdadera incorporación al derecho internacional de los derechos humanos.

Aunque también es oportuno mencionar que, a pesar de las resistencias evidentes que aparecen en las resoluciones mencionadas, también es verdad que en el propio máximo tribunal del país, en particular en su segunda sala, aparecen posturas, incluso caso encontradas o contradictorias, como lo es el criterio que a continuación se cita:

PRINCIPIO *PRO PERSONA O PRO HOMINE*. FORMA EN QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES DEBEN DESEMPEÑAR SUS ATRIBUCIONES Y FACULTADES A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1º. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011. Si bien la reforma indicada implicó el cambio en el sistema jurídico mexicano en relación con los tratados de derechos humanos, así como con la interpretación más favorable a la persona al orden constitucional –principio *pro persona* o *pro homine*–, ello no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales dejen de llevar a cabo sus atribuciones y facultades de impartir justicia en la forma en que venían desempeñándolas antes de la citada reforma, sino que dicho cambio sólo conlleva a que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica que se analice, ésta se aplique, sin que tal circunstancia signifique que dejen de observarse los diversos principios constitucionales y legales que rigen su función jurisdiccional –legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada–, ya que de hacerlo se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función.

Segunda sala. Amparo directo en revisión 1131/2012. Anastasio Zaragoza Rojas y otro. 5 de septiembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Juan José Ruiz Carreón. [TA]; 10a. Época; 2a. Sala; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Libro XIV, Noviembre de 2012, Tomo 2; Pág. 1587.

Tal criterio denota una clara prevalencia de los contenidos de un tratado internacional de derechos humanos sobre las normas internas. El argumento de peso es que tal disposición cuenta con una protección más benéfica para la persona y, por tanto, dicho resolutorio ordena que se aplique. Al dictar tal tesis, el propio órgano jurisdiccional nacional da la pauta para inaplicar la normativa nacional, independientemente de su jerarquía, dando prevalencia a la internacional. Con ello se confirma que puede existir desplazamiento de una norma por otra, no necesariamente

con base en un criterio de jerarquía, sino en la prevalencia de la disposición que ofrece una protección más amplia para la persona.

Ante ello, no queda duda en afirmar que en los últimos años los operadores jurídicos mexicanos han empezado a dar pasos ilustrativos hacia el establecimiento en nuestro país del control de convencionalidad, hecho que Eduardo Ferrer Mac-Gregor atribuye, entre otras cosas, a lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en caso del cumplimiento de la sentencia derivada del asunto Rosendo Radilla de fecha 14 de julio de 2011, apoyándose además en los nuevos contenidos normativos del vigente Artículo 1° de la Constitución mexicana¹³, en el que se derivan los siguientes criterios principales: a) Obligatoriedad de las sentencias condenatorias de la CIDH en los asuntos donde el Estado mexicano es parte; por lo que no pueden ser objeto de revisión por la Suprema Corte, ni siquiera cuando se trata de reservas o declaraciones interpretativas formuladas en su momento por el Estado mexicano. b) Obligaciones específicas a los jueces mexicanos (como parte del Estado mexicano) derivadas del cumplimiento de dichas sentencias; por lo que existen, en la sentencia del caso Radilla, obligaciones para el Poder Judicial de la Federación y los jueces mexicanos, particularmente para la Suprema Corte, con independencia de las obligaciones a otros poderes y órganos del Estado mexicano. c) El deber de todos los jueces del Estado mexicano de ejercer un control difuso de convencionalidad, *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, dentro de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes (Ferrer, 2011: 531-622).

Incluso, la ya mencionada sentencia Cabrera García vs. México refuerza claramente el comportamiento que todos los órganos nacionales deben de realizar ante la necesidad de que sus actuaciones se armonicen con las disposiciones del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, al establecer expresamente en su Párrafo 225 lo siguiente:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los

niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH, 26 de noviembre de 2010).

Así, del texto anterior y de lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso Radilla Pacheco se establece la posibilidad de que los operadores jurídicos nacionales ya realicen de forma habitual el control convencional, cuando se encuentren ante la posibilidad de que normas nacionales puedan atentar contra el objeto y fin de los efectos de las fuentes emanadas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Lo anterior, a pesar de las resistencias evidentes que aparecen en líneas previas.

Consideraciones finales

Como conclusión general, podemos afirmar que falta adoptar un criterio homogéneo en el tratamiento del orden jurídico nacional en su relación con el derecho internacional de los derechos humanos. Tenemos un derecho constitucional en construcción que pugna por dos posturas: una, con tendencia a ciertas resistencias a lo exterior en la materia que nos ocupa, y otra, proclive a incorporarse plenamente al derecho internacional de los derechos humanos, así como su manejo pleno por parte de los operadores jurídico-nacionales.

Por todo lo mencionado, no cabe duda en afirmar que nos encontramos ante la constitucionalización del ordenamiento jurídico, tal como lo ha planteado Riccardo Guastini al decir que “Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales” (2005: 49).

Por ello, adoptar la denominación de los derechos humanos al texto constitucional e incorporar los tratados internacionales de derechos humanos al bloque de constitucionalidad, en el que los jueces en todos los niveles deben de realizar su observancia y garantía mediante el control de convencionalidad, de alguna manera abre la puerta para volver a realizar el control difuso de constitucionalidad en México.

¹³Vigente desde el 11 de junio de 2011.

Referencias

- Bazán, V. (2012). "El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas". En Bazán, V. y Nash, C. (Eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad, 2011*. Colombia: Centro de Derechos Humanos/Facultad de Derecho de la Universidad de Chile/Fundación Konrad Adenauer Stiftung.
- Becerra, J. (2009). "Los instrumentos internacionales de derechos fundamentales y su aplicación en el ámbito constitucional mexicano". Tesis doctoral, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Recuperado de <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7589/1/jose_becerra_tesis.pdf> (consultado el 23 de septiembre de 2012).
- Carpizo, J. (1969, enero-abril). "La interpretación del artículo 133 constitucional". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año II, (4). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- Carrillo, J. (2001). *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos.
- Córdoba, J. (2007). "Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Número 20072.
- Corte Constitucional Colombiana (CCC). Sentencia C-225/95 (s/f). Recuperado de <<http://www.constitucional.gov.co/corte/>> (consultado el 9 de junio de 2012).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (s/f). Casos Contenciosos. Recuperado de <<http://www.corteidh.or.cr/lindex.php/16-juris/22-casos-contenciosos>> (consultado el 15 de enero de 2013).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2010, 26 de noviembre). "Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México". Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/series_220_esp.pdf> (consultado el 6 de mayo de 2013).
- Diario Oficial de la Federación*, Primera Sección (2011, 10 de junio). Recuperado de <http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011> (consultado el 25 de febrero de 2012).
- Diario Oficial de la Federación* (2007, 13 de noviembre). Decreto. Recuperado de <<http://www.scjn.gob.mx>> (consultado el 30 de enero de 2010).
- Favoreu, L. (1991). *El bloque de la Constitucionalidad: Simposium franco-español de derecho constitucional*. Madrid: Civitas/Universidad de Sevilla.
- Ferrer, E. (2011). "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano". *Estudios Constitucionales*, 9(2). Chile.
- Guastini, R. (2005). "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano". En Carbonell, M. (Ed.), *Neoconstitucionalismo* (2ª ed.). Madrid: Trotta.
- Haberle, P. (1996). "Derecho constitucional común europeo". En Pérez, A. (Coord.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons.
- Jiménez, R. (2005). *El constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Jiniesta, E. (2012). "Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales". En Ferrer, E. (Coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política.
- Matteucci, N. (1997). *Organización del poder y libertad. Historia del Constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta.
- Mejía, J. (2012). "El Poder Judicial como garante de la legalidad nacional e internacional: hacia la implementación del control de convencionalidad". En Mejía, J., *Los Derechos Humanos en las Sentencias de la Corte Interamericana sobre Honduras*. Tegucigalpa: Casa San Ignacio.
- Mikunda, E. (2002). "Pluralismo y constitucionalismo". Recuperado de <<http://www.scjn.gob.mx>>.
- Olano, H. (2005). "El bloque de constitucionalidad en Colombia". *Centro de Estudios Constitucionales*, 3(1). Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales-Universidad de Talca, 231-242.
- Organización de los Estados Americanos (s/f). "Convención Americana sobre Derechos Humanos". Recuperado de <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>.
- Pardo, J. & Pérez, J. (1990). *El Consejo Constitucional Francés: La jurisdicción constitucional en la quinta república*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Pegoraro, L. (2004). *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson.
- Scarciglia, R. (2011). *Introducción al derecho constitucional comparado*. Trad. de Ruiz, J. Madrid: Dykinson.
- Secretaría de Relaciones Exteriores de México (SREM) (s/f). "Tratados Internacionales Celebrados por México". Recuperado de <<http://www.sre.gob.mx/tratados/>> (consultado el 28 de enero de 2013).
- Sepúlveda, C. (2000). *Estudios sobre derecho internacional y derechos humanos*. México: CNDH.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2012). Versiones Taquigráficas, sesiones del pleno. 7, 11, 12 y 14 de julio 2011. Recuperado de <http://www.scjn.gob.mx/pleno/Paginas/ver_taquigraficas.aspx> (consultado el 16 de febrero de 2012).
- Tena, F. (2004). *Derecho constitucional mexicano*. México: Porrúa.
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) (s/f). Recuperado de <<http://portal.te.gob.mx/>> (consultado el 31 de enero de 2013).
- Ventura, M. (2011). "El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (II). Costa Rica: CIDH/IIDDHH.

Sobre la judicialización de la pena: garantía ejecutiva, control jurisdiccional y Estado de Derecho

Roy Murillo Rodríguez*

El objetivo de este artículo es disertar sobre la necesidad de fortalecer una jurisdicción que asegure la efectiva vigencia del principio de legalidad en la ejecución de la pena, y con ello procurar mecanismos que subsanen una ejecución descarriada o arbitraria. Un adecuado control exige primero la existencia de una ley que con precisión regule la forma de aplicar sanciones penales y sujete a la administración a procedimientos y requisitos para su actuar. En este sentido, resulta indispensable dotar al juez de ejecución de la pena de amplios y suficientes poderes, definiéndose con precisión las competencias tanto de la administración penitenciaria como del juez, asegurando el principio de contradicción y el derecho de defensa.

En el Estado de Derecho el proceso penal se visualiza como el mecanismo a través del cual se procura que el aparato estatal ejercite la potestad de *castigo* contra aquellos sujetos que han quebrantado el orden al incurrir en conductas prohibidas previamente en la norma penal sustantiva.

A través de las garantías constitucionales y legales, se pretende asegurar que cuando el Estado materialice un castigo lo haga respetando la igualdad, la dignidad de todo ser humano y sus derechos fundamentales, estando sujeto a las autolimitaciones

adoptadas por el *poder político democrático*, respetando los principios y el procedimiento establecidos –garantía de legalidad–, y sin incurrir en abuso de su poder ni en el menoscabo de los derechos inherentes a todo ser humano.

Actualmente, la fase de ejecución penal se establece como una etapa más del proceso penal. Precisamente todas las fases del proceso que le preceden se justifican a efecto de asegurar que cuando se ejecute la sanción y se materialice el *ius puniendi* se haga en forma legítima. De esta manera, el proceso penal no se agota o finaliza con el dictado o la firmeza de una sentencia condenatoria (Rivera, 1997: 177, 196-197). Por el contrario, a partir de ahí es que se ejercita plenamente

la potestad de castigo delegada por toda la sociedad a la autoridad única del Estado. Por tanto, lejos de cómo funcione en la práctica, a partir de ese momento deberían fortalecerse las garantías a favor del ciudadano condenado y asegurarle plenamente el acceso a la justicia y el efectivo respeto de sus derechos constitucionales, legales y penitenciarios. Valga señalar que este núcleo de garantías y derechos a través del cual se procura equilibrar la posición del ciudadano frente al poder del Estado en realidad no constituye *beneficio* exclusivo de los *transgresores de las normas*, sino que se trata de garantías para todos: cualquiera de los que estamos fuera de los muros de la prisión podríamos vernos repentinamente ubicados *del otro lado*

* Doctor en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid; Juez de Ejecución de la Pena en Costa Rica.

y entonces también tendríamos la necesidad de exigir el respeto de nuestra dignidad y de nuestros derechos.

Percibir este orden del proceso penal y terminar con la idea de que éste finaliza con el dictado de la sentencia resulta una ardua tarea, pues la disfunción del sistema de justicia penal es tal que continúa acentuando y concentrando las garantías en la fase de juicio mientras tolera su disminución en la fase posterior (Mapelli Caffarena, 1997), donde generalmente hasta las mismas normas justifican que *ley y orden* —el típico lema de muchos sistemas penitenciarios— permitan la devaluación de los derechos fundamentales de los privados de libertad. Pareciera que, como señala Rivera (1994, 1997), no es sólo al momento de la aplicación o la interpretación de los derechos de los privados de libertad que se tolera su devaluación, sino que esto sucede desde la formulación misma de estas normas, porque muchas veces se establecen como derechos para ciudadanos de *segunda categoría*.

Por las consecuencias que sobre la libertad y dignidad de una persona produce el ejercicio de la actividad punitiva estatal, resulta fundamental tener clara la importancia, en primer lugar, de que el Derecho penitenciario tenga su cimiento en las nociones y los principios básicos del constitucional; en segundo lugar, que una ley previamente establezca la forma y el modo en los que deberán cumplirse las sanciones; y, finalmente, que la práctica penitenciaria respete los valores supremos así como los presupuestos del Estado de Derecho (en caso contrario, el ejercicio de esa actividad estatal resultaría ilegítimo).

Desde esta perspectiva, dentro de la ejecución de la pena en un Estado de Derecho surgen dos elementos indispensables: la legalidad ejecutiva y el acceso a la justicia-control jurisdiccional.

Sobre el principio de legalidad o garantía ejecutiva

Se debe insistir en la necesidad de reconocer expresamente la vigencia del principio de legalidad en la ejecución de la sanción penal.

Cuando se habla del *principio de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas* muchos entienden que el asunto se refiere a legalidad en los delitos y proporcionalidad en las penas, como si en el Estado de Derecho las penas no se debieran de cumplir de conformidad con la ley.

El principio de legalidad debe comprender la garantía de ejecución penal y, en consecuencia, la fase de ejecución

debe regirse también por el principio de legalidad. Como indica De Vicente Martínez:

La garantía de ejecución está referida a la fase de ejecución que debe regirse imperativamente también por el principio de legalidad. Si el destino final de las normas es ser aplicadas, ejecutadas, la garantía de ejecución impone que sólo del modo en que aparece regulado en la ley se pueden cumplir las penas y medidas de seguridad. Esta garantía conlleva que las leyes de ejecución han de recoger las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas consignadas (citado en Mapelli Caffarena, 1993: 35).

En consecuencia, de ninguna puede permitirse que la prisión se mantenga al margen de la ley. Conforme a los principios organizativos del Estado de Derecho, todos los poderes públicos deben estar sometidos a la ley, por lo que no hay razón válida para mantener a las cárceles fuera de ese esquema.

Si sobre el tema que nos compete hacemos un breve recorrido histórico, podemos ver cómo las ideas más elementales del Iluminismo ya reclamaban ante la excesiva violencia y arbitrariedad del Derecho penal, propugnando de esta manera su reformulación, racionalización y humanización, y exigiendo la legalización de los delitos, los procedimientos y las penas. Por otra parte, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ya declaraba con contundencia en su Artículo 9º que

Todo hombre es considerado inocente hasta que ha sido convicto. Por lo tanto, siempre que su detención se haga indispensable, se ha de evitar por la ley cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona.

Igualmente, la Organización de las Naciones Unidas emitió en 1955 las “Reglas Mínimas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente”. 50 años después, bajo esa misma categoría jurídica —meras recomendaciones— el Derecho internacional, y ahora el comunitario, sigue regulando la situación de los presos y sistemas penitenciarios. ¿Será que los derechos existen para todos menos para los presos? ¿Tendrán éstos que seguir conformándose con recomendaciones técnicamente no exigibles?

En el Congreso Internacional Penitenciario del 2006¹, como una de las principales cartas de presentación y pro-

¹ Realizado en la ciudad de Barcelona, España, del 30 de marzo al 1º de abril del 2006, denominado “La función social de la política penitenciaria”,

moción, se procuró la divulgación y el conocimiento de la Recomendación del Comité de Ministros Miembros del Consejo de Europa sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (2006), cual novedad relevante y paso decisivo. Lejos de visualizar este documento como un avance, consideramos que sólo refleja el poco valor que se da a la materia penitenciaria y la falta de voluntad política de asumir verdaderos compromisos y asegurar el efectivo respeto a los derechos de las personas presas. Nótese que se regula la situación bajo una mera recomendación y que, más grave aún, en la redacción de la misma se destaca una serie de incoherencias y contradicciones que siguen opacando la materia. De su estudio surgen más inquietudes además de la satisfacción que podría esperarse de la lectura de una carta de derechos humanos producida en este siglo y dictada en el continente donde ha surgido la teoría de los derechos fundamentales. Y es que en el capítulo correspondiente a las garantías penales, Artículo 47 y siguientes, observamos una normativa escasa y nada innovadora en la materia. Se regula el derecho de acceso a la justicia para toda la población, la tutela judicial efectiva y el derecho a un juez imparcial; la presunción de inocencia y el derecho de defensa, así como la vigencia del *principio de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas*. Ese es precisamente el título del Artículo 48 de la normativa citada que en concreto dispone:

1. Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento que haya sido cometida, no constituya una infracción, según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada a ésta. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que en el momento de su comisión, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones. 3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.

organizado por el Ministerio del Interior, Dirección de Instituciones Penitenciarias y la Generalitat de Catalunya, con la colaboración del Consejo de Europa (véase <www.meetingcongress.com/penitenciari>).

Cabe mencionar que en estas nuevas recomendaciones europeas existen diversas contradicciones. Por ejemplo, en la Parte I, respecto al campo de aplicación, el citado documento establece:

1. Los menores de dieciocho años no deben estar internados en prisiones para adultos, sino en establecimientos especialmente concebidos al efecto. 2. En caso de que, excepcionalmente, los menores estén internos en prisiones de adultos, su situación y sus necesidades se regirán por reglas especiales.

La contradicción es notoria pues, por un lado, se hace referencia a que los menores de edad no deben estar internados en prisiones para adultos; sin embargo, en el siguiente párrafo parece que por excepción esa ubicación sí podría darse. Por otro lado, a pesar de que se supone que dentro de las penitenciarías no es permitida la sobrepoblación, en la Parte II se establece: “La legislación nacional debe prever los mecanismos que garanticen el respeto de estas condiciones mínimas incluso en el caso de masificación”. Por último, lo que pudo y debió haberse regulado como una efectiva garantía de la defensa en la fase de ejecución quedó como un acto facultativo del Estado:

1. Todo interno tiene derecho a solicitar asesoramiento jurídico y las Autoridades Penitenciarias deben ayudarle de forma razonable a acceder a ese servicio. 2. Todo interno tiene derecho a consultar a su costa a un abogado de su elección sobre cualquier tema legal. 3. Cuando la legislación prevea un sistema de justicia gratuita, esta posibilidad debe ponerse en conocimiento de todos los internos por las Autoridades Penitenciarias.

Obsérvese cómo se sigue regulando la asistencia legal gratuita a los privados de libertad como una cuestión facultativa del Estado cuando, por el contrario, como parte de un mecanismo efectivo de garantía de los derechos fundamentales de las personas presas, como mínimo debería exigirse a todos los Estados brindar este tipo de servicio a todo individuo privado de libertad que carezca de los recursos necesarios para proporcionarse los servicios legales por sí mismo. No tiene justificación que en Europa, más de un siglo después de las denuncias de Beccaria y otros pensadores de la época, y después de 50 años de que las prácticas penitenciarias recomendadas han proscrito determinadas situaciones y procedimientos, se siga tolerando, aunque sea

como excepción, la sobrepoblación, la falta de clasificación de los privados de libertad y que ni siquiera se garantice la gratuidad de una defensa técnica adecuada. Parece que esta vez el continente europeo no ha marcado la pauta.

Será la normativa nacional de cada Estado la que deberá desarrollar la forma y modo de cumplir las penas y los derechos del privado o privada de libertad. Ante esto, debe asegurarse a todo ciudadano que, en caso de imponérsele una sanción, de antemano conocerá cómo deberá descontar la misma y las instancias a las que podrá acudir en caso de que no se respeten sus derechos fundamentales o penitenciarios. Siendo un hecho notorio y conocido por todos que la prisión es uno de los espacios más violentos y donde más indefenso y vulnerable se torna el ser humano frente a la magnitud del sistema represivo, deberían potencializarse las garantías a ese sector de la población y no dejar el castigo en manos de amplios poderes discrecionales y a la buena voluntad de los administradores penitenciarios.

Debemos recordar que las exigencias derivadas de las garantías procesales han sido algunas de las aportaciones más valiosas y de mayor trascendencia de la Revolución francesa de 1789 a la humanidad —de hecho, a partir de ese momento se generó una transformación de los sistemas penales en todos los Estados democráticos—. Hoy debe asegurarse que el grito por la legalización del Derecho penal incluya todas las fases del mismo, desde la previa determinación de las conductas u omisiones reprochables, la determinación de la sanción, la inicial investigación, la interrogación, el procedimiento del juicio oral, hasta, y sobre todo, la materialización del castigo, objetivo básico de todo el procedimiento. La vigencia de la garantía ejecutiva en todo Estado Social y de Derecho se impone como una necesidad básica de legitimación del poder. Y es que, como se señaló previamente, la vulnerabilidad del ciudadano preso ante el Estado represor es evidente y la situación exige precisamente leyes claras previamente establecidas así como adecuados mecanismos de control que garanticen el cumplimiento de las penas conforme a la normativa y el efectivo respeto de los derechos de las personas privadas de libertad.

El Estado de Derecho surgió históricamente ante una concentración y ejercicio arbitrario de poder. Se estableció como una fórmula garante del respeto a la dignidad humana de todos y cada uno de los ciudadanos, asegurando un trato igual bajo condiciones semejantes, principio que se garantiza con la sujeción de la autoridad estatal a la ley y la Constitución. Dentro de la concepción que da arraigo

al Estado moderno encontramos como elemento nuevo de esa organización política y diferenciador de las que le preceden precisamente el principio de legalidad, pilar básico de la legitimación de toda la actividad estatal que le da la seguridad al ciudadano de saber que sus derechos fundamentales serán respetados y que sólo se podrán restringir al amparo de una ley, lo que le da certeza al individuo de saber a qué puede atenerse. El principio rige con toda razón cuando se trata del ejercicio del poder de castigar y la posibilidad de restringir la libertad de una persona, potestad que a partir del surgimiento del Estado de Derecho se otorga en exclusiva² a la autoridad estatal como atributo elemental del poder político y expresión consecuente de la soberanía del Estado (Souto, 2006; Bergalli, 1988).

El someter a la administración penitenciaria a reglas previas dictadas por las fuerzas más representativas del poder popular —concretamente el poder legislativo— y no a normas autoimpuestas ni a un amplio poder de discreción, por más complicado que sea el control de las cárceles, es una necesidad que se impone, al menos si se pretende un Estado de Derecho que no diferencie por condición social o calidad jurídica y que rechace toda acción arbitraria. Los muros de la prisión no deben —aunque la práctica parece indicar que sí pueden— impedir el paso al principio de legalidad. Nada justifica una excepción de la legalidad en las prisiones ni la existencia de una “zona de no derecho” dentro de un Estado de Derecho. Al contrario, y por las consecuencias que el encierro produce, en la cárcel se requiere sobremanera asegurar la sujeción de la autoridad administrativa a requerimientos y procedimientos previamente establecidos por una autoridad superior, pues está de por medio la libertad ambulatoria de la persona, su dignidad y sus derechos fundamentales. Como con precisión apunta Mapelli Caffarena, hablando del Estado de Derecho y el principio de fuerza y primacía de la ley que le rige:

No existen espacios ajenos al control de legalidad en las relaciones entre las personas y el Estado y, desde luego, mucho menos cuando hablamos de ámbitos que afectan a la libertad de las personas o a otros derechos fundamentales (2005: 41).

² La privatización de cárceles que se produce actualmente, promovida por grandes consorcios empresariales con un evidente fin lucrativo, pareciera poner en entredicho ese carácter de exclusividad, punto de interés de investigación, pues se cuestionan presupuestos y conceptos que dábamos por asentados e incuestionables.

Quien haya al menos permanecido algunas horas en un centro penitenciario, aunque sea por su propia voluntad y como simple visitante, podrá comprender más fácilmente esta exigencia. Y es que en la prisión con facilidad se establece una dinámica en la que se impone la disminución de los derechos de todos, muchas veces por la sola actuación de uno o algunos, o hasta sin intervención de nadie, al amparo siempre de reiteradas y supuestas razones de seguridad y orden, motivos que en definitiva constituyen, en la mayoría de los casos, el parámetro al amparo del cual se mide, en la práctica penitenciaria, la extensión o no de los derechos del preso y donde por lo general el conflicto entre seguridad y derechos se resuelve a favor del primero a costa del menoscabo de los segundos.

Considerando las dificultades propias de la realidad penitenciaria, algunos sectores abogan por un espacio de libertad y abierta discreción para los administradores que facilite y asegure el efectivo control, la seguridad y orden de las cárceles. Sin embargo, no parece que haya razones válidas para marginar o excluir la legalidad en este espacio; por el contrario, la naturaleza de la institución exige una normativa legal adecuada y el respeto a las leyes. En consecuencia, la omisión de la garantía ejecutiva significaría un menoscabo para los derechos de los reclusos, contribuiría a generar completa inseguridad jurídica, aumentaría el sufrimiento y los niveles de estrés de la población penal y prácticamente obstaculizaría por completo el control jurisdiccional de la administración penitenciaria, situación incompatible con las bases mismas del Estado de Derecho. Razones de humanidad y el respeto de la dignidad de todo ser humano —objetivo esencial del Estado de Derecho— exigen la vigencia del principio de legalidad en la ejecución de las penas, al menos frente a un Estado no autoritario. Tal como señala Pinto de Miranda:

El respeto por el principio de la humanidad, principio estructurante de la ejecución —*Leigedanke des Strafvollzugs*— defendido por Jescheck, obliga a apelar, de forma inequívoca, por la consolidación de una garantía ejecutiva. Si el principio de legalidad sirve de base al núcleo de garantías de la persona frente al poder punitivo del Estado y se encuentra consagrado en la generalidad de los códigos penales, la garantía penal quedaría incompleta sin la “garantía ejecutiva”. Utilizando palabras de Bettiol, el principio de legalidad “vive” en la ejecución [...] la misma seguridad jurídica que fundamenta el principio de la legalidad, impone, a su vez, que los derechos y deberes

recíprocos de la administración penitenciaria y del recluso sean legalmente catalogados. Se trata de una verdadera exigencia del Estado de derecho (2000: 36-37).

Así resulta si partimos de un Estado de Derecho que respeta la dignidad de todos los ciudadanos, incluso de quienes atenten contra el orden social de la comunidad o pertenezcan a minorías. Se forma, de esta manera, una relación en cadena: si se reconoce la dignidad y la calidad o estatus de persona a todos los ciudadanos, se debe tener a los presos, aun bajo su condición de privados de libertad, como sujetos de derecho y, en consecuencia, en sus relaciones con la autoridad estatal debe regir el principio de legalidad; por tanto, sus derechos fundamentales sólo podrán ser disminuidos al amparo de una ley.

Imponer la garantía ejecutiva en la fase de ejecución penal produce diferencias importantes en la forma en la que se administre una prisión, así como en la eficacia de los mecanismos de control de la acción administrativa. La consecuencia más significativa será un mayor respeto a los derechos del privado de libertad, pues la garantía ejecutiva exige que el desarrollo, la extensión o disminución de los derechos de las personas presas deba estar regulado en una ley —con todos los requerimientos y el consenso político necesario—, por lo que esos derechos no quedarán al antojo de lo que la propia autoridad penitenciaria considere, asegurando de mejor manera el respeto a los valores supremos y la esencia de los derechos constitucionales.

En 1972 el Tribunal Constitucional Alemán, mediante voto del 14 de marzo, ante el cuestionamiento de un privado de libertad que reclamaba que sus derechos fundamentales se restringían al amparo de una simple circular administrativa penitenciaria, reconoció la protección de la libertad y la dignidad humana como el más alto fin de todo el Derecho, señalando que los derechos fundamentales de los internos de un centro penitenciario sólo pueden ser limitados mediante una ley, igual que como sucede con el resto de los ciudadanos. Irrumpe así el principio de legalidad contra la relación de sujeción especial y la discrecionalidad de la autoridad penitenciaria, reconociéndose el estatus de persona del sujeto preso y prohibiéndose cualquier práctica que lo trate como un objeto. Como indica Pinto de Miranda:

[...] la afirmación de un Estado de Derecho, que se autolimita frente al ciudadano y que transforma las “relaciones de poder” en relaciones jurídicas con recíprocos

derechos y deberes, marca un hito fundamental en los cambios operados en lo que se refiere a la comprensión de la posición jurídica del recluso, que está dejando de ser objeto para pasar a ser “sujeto de la ejecución” [...] La nueva clave de comprensión del moderno derecho penitenciario está en la defensa y en la promoción del estatuto jurídico del recluso [...] Una vez abandonada la teoría clásica que encuadraba determinadas relaciones –y por lo que aquí interesa, las referentes a reclusos– en el ámbito del “no-derecho” y (o) una vez rechazada la tesis de que los individuos que se rigen por estatutos especiales renuncian a los derechos fundamentales o quedan en una situación de sujeción que implica una *capitis deminutio*, surgiría en el horizonte la figura del recluso sujeto de relaciones jurídicas de donde emergen derechos y obligaciones (2000: 42-43).

Obsérvese que el cambio jurisprudencial no desconoce que entre los presos y la administración penitenciaria existe una relación particular o especial diferente a la que la autoridad estatal tiene con un ciudadano ordinario. Lo que se señala es que esa relación no excluye la vigencia de la legalidad ni justifica la sumisión del sujeto. Sea que realmente admitiéndose el carácter particular de la relación se establezca que ese sujeto no es un objeto ni un sujeto degradado sino que por el contrario, se reconoce su estatus jurídico de persona.

Acceso a la justicia y control jurisdiccional

Ahora bien, además de la necesaria garantía ejecutiva, resulta importante asegurar a la población penal el acceso a la justicia, pues es poco efectiva una declaratoria de derechos y deberes si los mismos no son justiciables, o sea, si no existen mecanismos para asegurar que la autoridad responsable cumpla con los preceptos legales. La exigencia no se deriva de la calidad de sujeto condenado sino de su condición de ser humano, toda vez que el acceso a la justicia y a una vía para el reclamo de derechos quebrantados es un derecho humano reconocido para todos en la propia Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 8:

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Este derecho no sufre disminución alguna con la imposición de una pena. Por el contrario, consideramos que cobra mayor relevancia garantizarlo en esa situación, pues la vulnerabilidad de las personas estando en prisión se sobredimensiona al exponerse a un medio altamente violento y bajo la custodia y el control de los funcionarios penitenciarios, donde el ejercicio de casi todos sus derechos, aun cuando no hayan sido restringidos por la imposición de la sentencia penal, depende de la dinámica y la buena voluntad de los vigilantes o policías penitenciarios y los funcionarios carcelarios.

Garantizar una vía de acceso para el reclamo de los derechos es muy importante, pues el sometimiento de la administración penitenciaria al principio de legalidad no es un mecanismo suficiente para garantizar el efectivo respeto de los derechos de la población penal.

Por supuesto, además de una ley que regule el cumplimiento de las penas y de garantizar el acceso a una vía judicial para el reclamo del quebranto de los mismos, es básico que el sujeto conozca sus derechos y cuente con la asesoría legal necesaria para un reclamo efectivo.

Judicialización de la ejecución de la pena

En América Latina la situación de las prisiones resulta lamentable y espeluznante. Probablemente el espacio terrenal más parecido a lo que pueda ser el infierno. Muy preciso y descriptivo es el término que utiliza Neuman para referirse a las mismas cuando las denomina *cárceles cloacales* (Beristain y Neuman, 1989: 6)³. Eso es un hecho público y notorio, por lo que no necesitamos ahondar en esa afirmación. Constantes son los informes de noticieros sobre motines, muertes, fugas y corrupción en cárceles de toda el área: Brasil, México, Perú, Venezuela, Colombia, Argentina, Honduras, Guatemala, Costa Rica. ¿En qué país Latinoamericano no? Sin embargo, hasta hace pocos años las administraciones penitenciarias de estos países se encontraban solas en el desempeño de sus funciones, pues el poder judicial se desentendía de las personas privadas de libertad una vez que se dictaba la sentencia condenatoria. Con las reformas procesales iniciadas en la década de los noventa, la situación cambia y se comienza un proceso de judiciali-

³ El autor así describe al final de la década de los ochenta la situación de las cárceles tanto en América Latina como en Italia y España.

zación de la ejecución, asumiéndose esta etapa como una más del proceso penal e introduciendo un actor más dentro del sistema de justicia penal, concretamente los jueces de ejecución de pena. Así, por ejemplo, prácticamente en toda Centroamérica se cuenta con este tipo de jueces y actualmente la figura se empieza a introducir en algunos estados mexicanos bajo un diseño de control judicial indirecto, con evidente influencia de la legislación española (Guatemala: ley del 28 de septiembre de 1992, artículos 492-504; Costa Rica: Ley N° 7594 del 10 de abril de 1996, artículos 452-463; El Salvador: Decreto N° 904 del 4 de diciembre de 1996, artículos 441-446; Honduras: Decreto 9-99E del 30 de diciembre de 1999, artículos 381-402; Nicaragua: Ley N° 406 del 18 de diciembre del 2001, artículos 402-414; y Oaxaca, México, Decreto N° 308 del 6 de septiembre del 2006, artículos 456-474). Con esta nueva jurisdicción, casi 50 años después de haber sido reconocido el derecho de acceso a la justicia a todos los seres humanos, se viene a garantizar el mismo a las personas privadas de libertad. Más grave aún es la situación de un gran sector del área, donde esa posibilidad no se brinda todavía a las personas presas, porque ni las procuradurías de derechos del preso o de los derechos humanos, ni el Defensor del Pueblo o comités o comisiones de observadores cumplen esa función.

Parece que la jurisdicción, por naturaleza, genera polémica y roces con la administración penitenciaria, pues el cambio normalmente genera temor y el control produce resistencia; sin embargo, constituye un mecanismo básico y fundamental para procurar el efectivo respeto de los derechos de los prisioneros.

¿Son válidos los argumentos para oponerse a la judicialización de la ejecución de la pena?

Debemos señalar que el objetivo con el que se establece esta jurisdicción es asegurar la efectiva vigencia del principio de legalidad en la ejecución de la pena y procurar mecanismos que subsanen una ejecución descarriada o arbitraria. Por esa razón no son de recibo los argumentos ordinarios con los que se procura obstaculizar la incorporación de esta institución. Dichos considerandos son los siguientes:

1. *Estos jueces vienen a sustituir a la administración penitenciaria, la cual es la autoridad más adecuada para administrar las prisiones.* Esto es falso: con la incorporación de esta jurisdicción, la autoridad penitenciaria normalmente

sigue custodiando y asegurando el cumplimiento de las penas. Los jueces únicamente vienen a controlar que la administración en sus funciones cumpla con lo legalmente establecido.

2. *Estos jueces no reducen el hacinamiento de las cárceles.* Efectivamente cierto, pero es que esa no es su función. Los jueces de ejecución no son una fórmula para reducir el hacinamiento carcelario, al menos no a través del otorgamiento de beneficios de libertad. Si bien les corresponderá resolver sobre algunos beneficios como la libertad condicional, nada asegura su efectivo otorgamiento, pues eso dependerá de las características y la situación fáctica de cada caso. Lo cual es distinto a que los jueces deban establecer mecanismos para prohibir situaciones de hacinamiento, pues ésta es una de las principales razones que devalúan por completo los derechos de los presos y vulneran su dignidad, y si no proceden contra esa mala práctica penitenciaria y estatal será porque no gozan realmente de independencia judicial, sea por debilidad del propio sistema de justicia o porque no se cumplen las obligaciones y funciones encomendadas.
3. *La figura del juez de ejecución disminuye importancia al trabajo de los técnicos del sistema penitenciario.* Esto es falso. Con la jurisdicción no se resta importancia al trabajo de los funcionarios penitenciarios ni de los equipos técnicos de los centros carcelarios. Por el contrario, los informes de estos equipos serán una prueba muy importante cuando el juzgador tenga que resolver sus asuntos.
4. *La incorporación de estos jueces no resuelve todos los problemas carcelarios.* Efectivamente cierto, pero esa tampoco es su función. Resulta ilusorio pretender que con sólo la incorporación de esta jurisdicción se resuelvan los problemas de la cárcel. Este juez es sencillamente un mecanismo corrector de situaciones anómalas y garante del principio de legalidad en la ejecución de las penas y del respeto de los derechos del privado de libertad. Por supuesto, la incorporación de la figura evidencia un compromiso del Estado, pues si éste dispone la creación de esta nueva jurisdicción y le impone a los jueces como función velar por el efectivo cumplimiento de las penas así como por el respeto de los derechos fundamentales, legales y penitenciarios de los presos, sin duda alguna eso significa un compromiso del Estado por asegurar mejores condiciones de vida a la población penal, y la mejoría se producirá por propia decisión de la auto-

ridad estatal o como consecuencia de las resoluciones dictadas por el juez en pleno ejercicio de sus funciones y cumplimiento de sus obligaciones.

5. *El juez de ejecución de la pena es una instancia más para resolver sobre la responsabilidad penal del privado de libertad.* Esto es falso. De ninguna manera puede considerarse a estos jueces como una instancia penal más porque, por el contrario, es la firmeza de la sentencia penal condenatoria lo que genera la competencia del juez de ejecución y en esta fase se encuentra desvirtuada ya la presunción de inocencia. El juez de ejecución no sustituye en funciones al juez de juicio, más bien se le remite la sentencia cual título ejecutivo y en sus resoluciones no deberá de imponer más castigos, por lo que deberá resolver los diferentes incidentes, partiendo de la responsabilidad penal ya definida y sin imponer nuevos castigos por ese hecho.
6. *Con estos jueces se retardará la resolución de los beneficios.* Esto es falso. En primer lugar, los beneficios que son competencia de la administración penitenciaria normalmente siguen bajo su conocimiento, y el juez velará porque se resuelvan conforme a lo que la ley disponga e incluso que se resuelvan dentro del periodo o término que establezca la normativa, por lo que, lejos de lo que se señala en este considerando inexacto, la jurisdicción es un mecanismo idóneo para asegurar el pronunciamiento efectivo en tiempo, forma y fondo de los beneficios penitenciarios.
7. *Con esta figura no se reducen los niveles de discrecionalidad y arbitrariedad que existen en las cárceles sino que sólo se traslada el asunto a las autoridades judiciales.* Esto es falso. A través de los jueces de ejecución se procura el respeto al principio de legalidad en la ejecución de la pena y la certeza jurídica. No se trata de sustituir en la resolución de los diferentes asuntos a la autoridad penitenciaria, sino de establecer un mecanismo garante de que la administración penitenciaria en su actuación proceda apegada a los procedimientos y requisitos legales.
8. *Es un mecanismo muy oneroso y las cárceles siguen igual.* Efectivamente pero, ¿acaso la existencia de los juzgados civiles, laborales o de lo contencioso administrativo acaban con el problema que atacan? Además, ¿no son igual o más onerosas esas otras jurisdicciones? Es cierto que el sistema de justicia es muy costoso pero, ¿es que se justifica siempre excepto cuando de lo que se trata es de los derechos de las personas privadas de libertad?, ¿acaso

no son esas personas ciudadanos iguales a cualquier otro?, ¿o los consideramos de una categoría inferior?

Probablemente podremos encontrar más argumentos que se opongan a esta jurisdicción, pero hallar uno sólido e irrefutable en un verdadero Estado de Derecho parece tarea imposible. Las personas privadas de libertad son objeto de un castigo –la pena– pero siguen siendo sujetos de derechos y no se convierten en un objeto. Además, no hay razón válida para permitir la existencia dentro de un Estado de Derecho de un espacio donde no impere la ley, ya que cuando se le ha otorgado al Estado el monopolio de la potestad de juzgar y castigar, ha sido bajo determinadas condiciones que si no se satisfacen tornan ilegítima su actividad.

Inexplicable resulta, pues, la oposición a ultranza que en la mayoría de los países latinoamericanos presenta la autoridad penitenciaria a la incorporación de este mecanismo de control. Si tan objetivo y legal es su proceder, realmente entonces poco trabajo dará a los jueces de ejecución y probablemente la jurisdicción sólo vendrá a legitimar y reforzar su autoridad.

Con la jurisdicción de ejecución de la pena sólo se pretende asegurar que las prisiones se administren con más objetividad y certeza, reduciendo para ello los amplios niveles de discreción con los que de ordinario actúan las autoridades penitenciarias.

Reducción de la discrecionalidad penitenciaria y mayor previsibilidad

Resulta interesante el planteamiento que realiza Ferrajoli en su teoría sistemática para reducir la discrecionalidad con la que se administra la ejecución de la pena. Para este autor, los beneficios penitenciarios responden a una especie de hipocresía institucional, pues son tan altos los montos de las sanciones penales, que al final se procuran mecanismos para atenuar los graves efectos de esa situación. Señala además que los poderes de la autoridad penitenciaria son tan amplios al decidir la ubicación penitenciaria o el avance o no del sujeto dentro del sistema progresivo, que producen una total lesión a la dignidad de las personas privadas de libertad, toda vez que para él la libertad, desde su concepción clásica, se define como certeza de expectativas e inmunidad frente a intervenciones arbitrarias (2005); y el preso en la cárcel, ante los amplios poderes del personal penitenciario sobre su vida y el ejercicio de sus derechos, realmente no puede formular expectativa alguna sobre sus derechos ni

su situación. Ferrajoli señala además que el principio de flexibilización de la pena produce una disminución de las garantías penales, pues con ella la sanción penal pierde el carácter de abstracta y genérica y se convierte en una medida incierta, de contenido variable e indeterminado, ajena a los fines constitucionales de la igualdad y certeza que la deben regir. Otro elemento nocivo de este principio es que acentúa el carácter selectivo y desigual del sistema, pues los criterios predominantes utilizados para resolver la procedencia o no de los beneficios son completamente clasistas porque más que al hecho y a la conducta del sujeto, se pone atención a sus perspectivas laborales o civiles, que obviamente son mejores para quienes gozan de un mayor nivel económico o educativo (2005: 409, 719-726). Por esta razón, dentro de su programa de minimización y partiendo de un modelo ideal donde el monto máximo de la pena no supere los diez años de reclusión, contra la flexibilidad de la sanción propone como garantía la certeza de la duración de la pena, de tal forma que se transformen los beneficios penitenciarios en plenos derechos, transcurrido un breve periodo de tiempo de reclusión (2005: 419-420).

Coincidimos con el autor en la mayoría de sus críticas pero no en la solución. La flexibilización de la pena no es sinónimo de incerteza ni los beneficios penitenciarios producen por sí mismos un vaciamiento de las garantías penales. Es cierto que en la práctica penitenciaria normalmente es muy amplio el poder discrecional que se otorga a los funcionarios penitenciarios y judiciales para resolver la procedencia o no de beneficios e incluso muchas veces los criterios varían completamente de una cárcel a otra, de un pabellón al otro o de un circuito judicial a otro, pero ante esa situación no parece que lo mejor sea suprimir el principio de flexibilidad cuando el problema bien podría resolverse asegurando la efectiva vigencia del principio de legalidad en la ejecución penal y procediendo a disminuir la discrecionalidad de la administración penitenciaria y judicial, regulando y limitando las atribuciones de la administración y asegurando un adecuado control judicial⁴.

⁴ Un buen ejemplo de un esfuerzo en este sentido se encuentra en el sistema penitenciario español, en el cual la propia autoridad penitenciaria, procurando una mayor objetividad en su actuación, ha girado instrucciones y tablas de variables para orientar las decisiones en materia de clasificación de la población y el otorgamiento de permisos, como se aprecia en las instrucciones de la Dirección de Instituciones Penitenciarias 1/9/2007 de 21 de mayo —en materia de clasificación— y la 22/1996 de 16 de diciembre —regulación de los permisos—.

Un adecuado control exige primero la existencia de una ley que con precisión regule la forma en la que se aplican las sanciones penales y sujete a la administración a procedimientos y requisitos para su proceder. Además se necesita diseñar la jurisdicción de ejecución de la pena, dotando al juez de amplios y suficientes poderes, definiéndose con precisión las competencias tanto de la administración penitenciaria como del juez, asegurando el principio del contradictorio y el derecho de defensa. Como señala Bergalli:

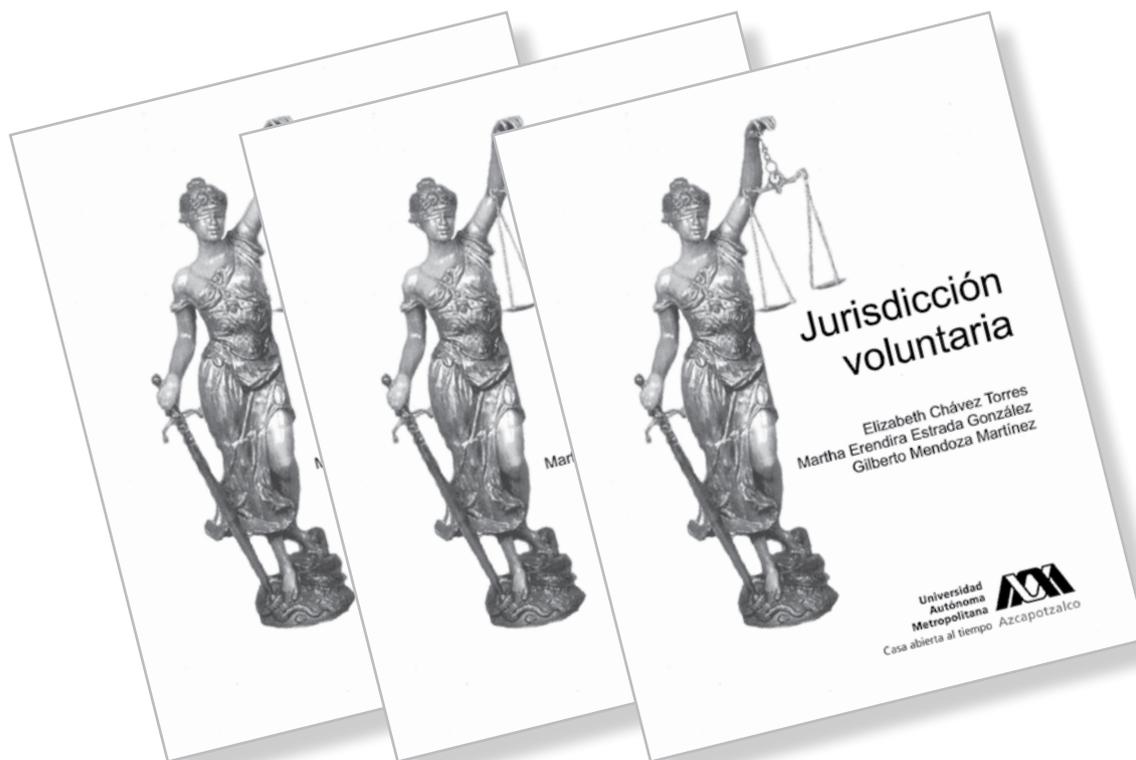
[...] cabe proponer un amplio debate que por supuesto involucre no sólo a los estudiosos de la cárcel en sus distintos niveles disciplinarios, sino también a los defentes implicados en su funcionamiento (funcionarios, jueces, fiscales). Dicho debate debería estar orientado a reconducir la única posibilidad viable para que la institución penitenciaria no siga siendo el ámbito donde la administración mantenga la última palabra para decidir sobre la permanencia de los condenados. Esa posibilidad está dada con la limitación al máximo de la discrecionalidad de la administración o del juicio a los técnicos. Esto únicamente podría lograrse con un potencialismo de las capacidades de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y con un desarrollo integral de la posible actividad del Ministerio Público. Una decisión en tal sentido [...] debe contar tanto con un cambio en la cultura de los jueces cuanto con una eliminación del uso instrumental de categorías y principios del sistema penitenciario. De otro modo, ocuparse de la cuestión penitenciaria puede suponer seguir hablando del sexo de los ángeles y no manifestar una voluntad expresa de asumir responsabilidades y eliminar conflictos, pues sobre éstos se montan las oleadas de “pánico” que ponen en juego la forma Estado de Derecho (1994).

En conclusión, un verdadero Estado de Derecho no puede permitirse la existencia de poderes públicos no regulados por la ley, menos cuando de lo que se trata es de la aplicación de la potestad de castigo. Elemental resulta que todo Estado de Derecho cumpla con la garantía ejecutiva en la fase del cumplimiento de las penas, disponiendo previamente la forma y modo en los que se cumplirán las sanciones penales; asimismo, que la población penal tenga pleno conocimiento de sus derechos y obligaciones y de las consecuencias del incumplimiento y posea acceso a una

vía judicial donde se atiende el reclamo ante el quebranto de sus derechos. El modelo de Estado de Derecho es perfectible y mejorable por naturaleza, pero aquel Estado que no garantice los derechos fundamentales a un sector de la población, a pesar de su alto grado de vulnerabilidad, no puede calificarse como verdadero.

Referencias

- Bergalli, R. (1994). "Pánico social y fragilidad del Estado de Derecho. Conflictos instrumentales entre administración y jurisdicción penitenciaria (o para dejar de hablar del sexo de los ángeles en la cuestión penitenciaria)". En Rivera, B. (Coord.), *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*. Barcelona: Bosch.
- Bergalli, R. (1998, julio). "Principio de legalidad: fundamento de la modernidad". En *Jueces para la Democracia*, 32.
- Beristain, A. y Neuman, E. (1989). *Criminología y dignidad humana (diálogos)*. Buenos Aires: Depalma.
- Ferrajoli, L. (2005). *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo* (2ª ed.). Madrid: Trotta.
- Mapelli Caffarena, B. (1997). "Ejecución y proceso penal". *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Mapelli Caffarena, B. (1993). "Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario". *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI.
- Mapelli Caffarena, B. (2005). "El principio de legalidad y la ejecución de la pena privativa de libertad". En *Jornadas en homenaje al XXV aniversario de la Ley Orgánica Penitenciaria* (p. 41). España: Ministerio del Interior.
- Pinto de Miranda, A. (2000). "Derechos de los reclusos y control jurisdiccional de la ejecución de la pena de prisión". En *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción* (pp. 36 y 37). Barcelona: Bosch.
- Rivera, I. (1997). *La devaluación de los derechos de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. Barcelona: Bosch.
- Rivera, I. (1994). "La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos". En Rivera, I. (Coord.), *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*. Barcelona: Bosch.
- Souto, A. (2006). *Teorías de la pena y límites al ius puniendo desde el Estado Democrático*. Madrid: Dilex.



Luces y sombras del origen de la ONU y la Declaración Universal de Derechos Humanos

Romel Jurado Vargas*

El artículo realiza una lectura crítica del contexto institucional y sociohistórico en que se promulgó la Declaración Universal de Derechos Humanos. Desde esa perspectiva, se analizan las causas del fracaso de la Sociedad de las Naciones creada en 1919 para restablecer la paz después de la Primera Guerra Mundial, así como su visión sobre los derechos humanos en un escenario geopolítico en que las colonias, pertenecientes a los imperios en confrontación, se constituyeron en botín de guerra. A continuación se reconstruye críticamente el papel de las grandes potencias –Reino Unido, Estados Unidos y la Unión Soviética– en la conformación de las Naciones Unidas, remarcando su renuencia al reconocimiento de derechos humanos de alcance universal en la Carta constitutiva de la Organización de las Naciones Unidas, así como el papel determinante que jugaron los países latinoamericanos para que la Declaración Universal de Derechos Humanos viera la luz a pesar de la oposición de los grandes vencedores de la Segunda Guerra Mundial.

El contexto sociopolítico

La disolución de la Sociedad de las Naciones, marcada por el inicio de la Segunda Guerra Mundial, es el antecedente inmediato de la actual Organización de las Naciones Unidas (ONU) cuya Carta Constitutiva fue suscrita en San Francisco el 25 de

junio de 1945, su vigencia inició en octubre del mismo año. En buena medida, la disolución de la una y la emergencia de la otra son expresiones de la voluntad de los Estados, del llamado primer mundo, de establecer, fortalecer y universalizar una institucionalidad internacional que preserve la paz y la cooperación internacional contra la guerra, en tanto que la promulgación de una carta de derechos con pretensiones de reconocimiento universal no formaron inicialmente parte de los motivos y fines de su creación.

Por su lado, la creación de la Sociedad de las Naciones realizada

en la Conferencia de Paz de París en enero de 1919, en la cual se firmaron los Tratados de Versalles, fue la respuesta geopolítica que los países vencedores y poderosos (Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Italia y Japón) se ofrecieron a sí mismos y a los demás países involucrados en la Primera Guerra Mundial para restablecer sus relaciones internacionales, legitimando la correlación de fuerzas que imperaba entre vencedores y vencidos.

Un asunto relevante a considerar con respecto de la noción de paz y orden que promovía la Sociedad de las Naciones es la falta de una refe-

* Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Central de Ecuador; candidato a doctor en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid; Secretario de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado en la Asamblea Nacional del Ecuador.

rencia expresa en su pacto constitutivo a la noción de reconocimiento y protección de los “derechos humanos” o “derechos fundamentales” que ya se había introducido en el ordenamiento jurídico de los Estados occidentales a partir de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776 y de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789. Noción que, en el periodo de entreguerras, se desarrolla por diferentes organismos que

[...] fueron lanzando iniciativas inspiradas en la necesidad de una garantía internacional de los derechos y libertades del ser humano. Propuestas de este tipo surgieron en la Academia Diplomática Internacional, la Unión Jurídica Internacional, la International Law Association, la Gratius Society, la Conferencia Internacional de Juristas, el Instituto Americano de Derecho Internacional (Oraa, 2002: 23).

Sin embargo, la Sociedad de las Naciones no fue receptiva a estas iniciativas debido a que “los gobiernos no eran partidarios de aceptar obligaciones de Derecho Internacional en relación al tratamiento de sus propios ciudadanos” (Burgers, 1992: 450) y menos aún con respecto de los habitantes de los territorios coloniales bajo su dominio.

Por el contrario, la Sociedad de las Naciones desatendió el cumplimiento del papel histórico que estaba llamada a jugar en favor del principio de igualdad de derechos de todos los seres humanos permitiendo, o si se quiere, promoviendo por omisión la discriminación racial y la perpetuación del colonialismo. En ese sentido, Uldaricio Figueroa ha anotado en el balance de la Sociedad de las Naciones que realiza:

En materias sociales la situación fue más confusa. En su origen las potencias vencedoras no aceptaron incluir en el Pacto de las Naciones ningún concepto relativo a la igualdad racial [...]

Esto explica que la Sociedad de las Naciones se ocupara parcialmente de las cuestiones de esclavitud y no como un derecho de la persona a ser libre. Explica, como se señaló anteriormente, la actitud que las potencias observaron respecto de la invasión a Etiopía y respecto de la invasión a Finlandia. La vigencia de principios sólo tenía imperio si ella se aplicaba a la raza blanca y europea y si afectaba a los intereses europeos (1991: 69-70).

Desde esta perspectiva, la voluntad de la Sociedad de las Naciones de mantener el colonialismo y la creencia en la subalternidad racial en que éste se fundamentó, fue expresada abiertamente en la conformación del Sistema de Mandatos, por el cual los países vencedores cubrieron con ropajes de legalidad la apropiación de territorios coloniales de los países vencidos y el dominio de los pueblos que vivían en esos lugares, bajo una dinámica de explotación similar a la de sus antecesores. Esto es, invocando como argumento que supuestamente legitimaba el mantenimiento de la colonización, es decir, el “deber” civilizatorio que tienen los Estados desarrollados ante la notoria incapacidad de esos pueblos de gobernarse a sí mismos y alcanzar el bienestar y el desarrollo, así como en la necesidad de hacer prevalecer en ellos el mantenimiento del orden público y las buenas costumbres. Prueba de esta disposición institucional a la continuidad del colonialismo son los seis primeros principios establecidos en el Artículo 22 del Pacto que creó la Sociedad de las Naciones:

Artículo 22. 1. Los principios siguientes se aplican a las colonias y territorios que, a raíz de la guerra, han cesado de hallarse bajo la soberanía de los Estados que los gobernaban anteriormente y que son habitados por pueblos aún incapaces de regirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno. El bienestar y desarrollo de esos pueblos constituye una misión sagrada de civilización, y conviene incluir en el presente pacto garantías para el cumplimiento de esta misión.

2. El mejor método para realizar prácticamente este principio consiste en confiar la tutela de esos pueblos a las naciones adelantadas que, gracias a sus recursos, su experiencia o su posición geográfica, están en mejores condiciones para asumir esta responsabilidad y que consienten en aceptarla. Ellas ejercerán esta tutela en calidad de mandatarios y en nombre de la sociedad.

3. El carácter del mandato debe diferir según el grado de desarrollo del pueblo, la situación geográfica del territorio, sus condiciones económicas y cualquiera otra circunstancia análoga.

4. Ciertas comunidades que antes pertenecían al Imperio Otomano, han alcanzado tal grado de desarrollo que su existencia como naciones independientes puede ser reconocida provisoriamente a condición de que los consejos y la ayuda de un mandatario guíen su administración hasta el momento en que ellas sean capaces de manejarse solas. Los deseos de esas comunidades deben

ser tomados en especial consideración para la elección del mandatario.

5. El grado de desarrollo en que se encuentran otros pueblos, especialmente los del África Central, exige que el mandatario asuma la administración del territorio en condiciones que, con la prohibición de abusos tales como la trata de esclavos, el tráfico de armas y de alcohol, garanticen la libertad de conciencia y de religión sin otras limitaciones que las que puede imponer el mantenimiento del orden público y de las buenas costumbres, y la prohibición de establecer fortificaciones o bases militares o navales y de dar instrucción militar a los indígenas para otros fines que los de policía o defensa del territorio, y que aseguren igualmente a los otros miembros de la sociedad, condiciones de igualdad para el intercambio y el comercio.

6. Existen, por fin, territorios tales como el Sudoeste Africano y ciertas islas del Pacífico Austral, que debido a su escasa población, a su superficie reducida, a su alejamiento de los centros de civilización, a su contigüidad geográfica con el territorio del mandatario, o a otras circunstancias; no podrían ser mejor administrados que bajo las leyes del mandatario, como parte integrante de su territorio, bajo reserva de las garantías previstas más arriba en interés de la población indígena”.

No obstante lo señalado, se produjeron algunos avances en el camino hacia el reconocimiento de los derechos humanos por el conjunto de Estados que conformaron la Sociedad de las Naciones. En ese sentido es preciso reconocer que en el Artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones se prohibió la trata de esclavos y se estableció el derecho a la libertad de conciencia y religión para todos los habitantes de los territorios bajo mandato; y por otra parte, en el Artículo 23 se estableció que los miembros de la Sociedad de las Naciones se esforzarán por asegurar y mantener condiciones de trabajo equitativas y humanitarias para hombres, mujeres y niños, así como a fundar y mantener las organizaciones necesarias para tal efecto, con lo cual se estaban comprometiendo a avanzar en el propósito de establecer derechos laborales de similar alcance y a crear una institucionalidad internacional que los proteja; de hecho la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue consecuencia directa de esta disposición del Pacto. Asimismo, se estableció que los Estados miembros se esforzarán por adoptar medidas de orden internacional para evitar y combatir enfermedades, lo cual implicaba el

reconocimiento del rol del Estado y de la comunidad internacional para garantizar los derechos a la salud de sus ciudadanos, aunque sólo desde la perspectiva del combate a las enfermedades.

Sin embargo, esta apuesta por el establecimiento de una institucionalidad internacional para garantizar la paz y el orden no logró consolidarse, entre otras situaciones, porque el Congreso de Estados Unidos se negó a ratificar el pacto fundacional de la Sociedad de las Naciones, aunque éste fue decididamente impulsado por el propio presidente de esta nación, Thomas Woodrow Wilson, como uno de los 14 puntos que debían realizarse para la obtención y mantenimiento de la paz. Pero ese no fue el único factor del rápido y progresivo debilitamiento de la Sociedad de las Naciones.

En efecto, cabe señalar que tampoco Rusia participó en la discusión para crear la Sociedad de las Naciones, porque en esos momentos estaba en plena revolución bolchevique y la naciente Unión Soviética fue admitida en esta organización internacional recién en 1934 y expulsada poco después, en 1939. Asimismo, Alemania fue admitida en 1926 y se retiró en 1933, Japón e Italia abandonaron la Sociedad en 1933 y 1937, respectivamente. Y además de éstos, muchos Estados de América Latina ingresaron tardíamente a la Liga de las Naciones o se separaron de ella tras permanecer pocos años.

Pero más allá de las adhesiones y abandonos que sufrió en su breve vida la Sociedad de las Naciones, de la ausencia de un cuerpo de derechos que vinculara y legitimara su desempeño, o de su abierta ratificación del colonialismo en beneficio de las potencias vencedoras, las causas de su disolución están principalmente ligadas a la incapacidad real de cumplir con el objetivo de preservar la paz y asegurar la cooperación de las naciones civilizadas para tal propósito.

En efecto, en la década de los años treinta, Japón desatendió el pedido de la Sociedad de las Naciones para que retirase sus tropas de Manchuria, con lo cual dicho organismo internacional quedó indemne por tal incumplimiento. Lo mismo sucedió en el caso de Italia, contra quien se dictaron sanciones económicas que nunca se aplicaron por su agresión a Abisinia. En el caso de la Guerra de España, la débil actuación de la Sociedad de las Naciones no logró impedir la intervención extranjera. Pero, aún más que la debilidad con que se actuó en los conflictos armados, contó, para su disolución, la ausencia de la Sociedad en los conflictos que fueron el origen de la Segunda Guerra Mundial. En ese sentido, Manuel Medina ha señalado:

La última etapa de la vida de la Sociedad, a partir de 1937, es aún más triste, pues ni siquiera se llevan a su foro las disputas más importantes. El Pacto Munich, por el que se inició la desintegración de Checoslovaquia, se negoció totalmente al margen de la Sociedad, y cuando Hitler invade Polonia en septiembre de 1939, iniciando la Segunda Guerra Mundial, la Sociedad de las Naciones es sólo un espectro (1974: 17-18).

Aunque la ONU se erigirá sobre la estructura organizativa de la Sociedad de las Naciones, cabe precisar que tiene como antecedentes específicos la Carta del Atlántico, suscrita entre Winston Churchill y Franklin Delano Roosevelt el 14 de agosto de 1941, en la cual se perfilaba la necesidad de crear una nueva organización internacional que sustituya a la Sociedad de las Naciones y asegure el mantenimiento de un nuevo orden mundial basado en el establecimiento de un sistema de seguridad más amplio y general sostenido en los ocho siguientes principios:

1. Renuncia a la expansión territorial.
2. Prohibición de cambios territoriales contra la voluntad libremente expresada de los pueblos.
3. Derecho de los pueblos a escoger sus formas de gobierno.
4. Acceso de los Estados, en igualdad de condiciones, al comercio y las materias primas necesarias para su prosperidad.
5. Amplia colaboración entre todas las naciones en materia económica para asegurar el mejoramiento de las condiciones de trabajo y el progreso social y económico.
6. Establecimiento de una paz que permita a las naciones la convivencia pacífica dentro de fronteras seguras.
7. Libertad de los mares.
8. Renuncia a la amenaza del uso de la fuerza y a la voluntad de establecer un sistema de seguridad permanente (Figuroa, 1991: 74-75).

Cabe señalar que Roosevelt, quien conocía de las luchas que se libraban en la India, Túnez y otras naciones de Asia y África, intentó incluir entre los ocho puntos la promesa de independencia de los pueblos coloniales, pero se abstuvo de insistir en su propuesta ante la frialdad con que reaccionó Churchill con respecto de este punto. Así que, a pesar de la preocupación del gobernante estadounidense por contribuir a la lucha para liquidar la dominación colonial, tampoco el colonialismo,

la discriminación racial y la desigualdad de derechos fueron puestas en cuestión por la Carta del Atlántico (Figuroa, 1991: 75).

Unos meses más tarde, en enero de 1942, una vez que Estados Unidos había decidido entrar a la guerra, se emitirá la Declaración de las Naciones Unidas en la que 26 países, entre ellos Estados Unidos, Inglaterra y la Unión Soviética, se comprometían a no suscribir por separado la paz y a luchar conjuntamente por la derrota de Alemania, Italia y Japón. Poco después, en noviembre de 1943, Churchill, Stalin y Roosevelt declararon en Teherán su deseo de establecer las Naciones Unidas, y fue en la Conferencia de Dumbarton Oaks (agosto y octubre de 1944) que se establecieron los 12 capítulos que servirían de base para la creación de la ONU desde la perspectiva de las grandes potencias.

En la Conferencia de Yalta (Crimea) se discutió informalmente sobre el voto en el Consejo de Seguridad y se estableció el derecho de veto en favor de sus miembros permanentes, bajo la idea promovida por Stalin y secundada por Roosevelt y Churchill, de que les correspondía a las grandes potencias establecer y mantener los acuerdos que sean necesarios para garantizar la paz mundial. También existió la tentativa de establecer un mecanismo que se ocupara de los territorios coloniales bajo mandato a propuesta del Secretario de Estado norteamericano, a lo que Churchill respondió: “Yo no aceptaré una sola palabra de un texto semejante. No consentiré jamás que los dedos atolondrados de 40 o 50 naciones se mezclen, en cualquier circunstancia que sea, en la manera de vivir del Imperio Británico” (Figuroa, 1991: 79). Con lo anterior quedaba claro que la voluntad de las grandes potencias de crear la Organización de Naciones Unidas se canalizaba en principio sobre la apuesta política de no impugnar la continuidad del colonialismo, ni la discriminación racial, ni la desigualdad de derechos entre las personas, según pertenecieran a Estados independientes o a naciones y pueblos bajo dominio colonial, aun cuando hubiese voluntades y voces disidentes con respecto de estas condiciones, impuestas principalmente por Inglaterra que, al igual que Francia, disfrutaba de la riqueza generada por la explotación de sus extendidos imperios coloniales.

Una vez que los líderes de las grandes potencias (Churchill, Roosevelt y Stalin) consideraron que los asuntos realmente importantes en relación con la gestión de la posguerra y la creación de la ONU habían sido discutidos y definidos en las exclusivas reuniones que mantuvieron

entre sí —principalmente en las Conferencias Dumbarton Oaks y Yalta—, estimaron oportuno y conveniente convocar a una reunión mucho más abierta en la que los demás países aliados pudiesen elaborar sus contribuciones para dar los toques finales a la constitución formal de la Organización de las Naciones Unidas y, por supuesto, dar legitimidad democrática a su creación. Esta reunión fue la Conferencia convocada en San Francisco, a la que finalmente asistirán delegaciones de 50 Estados de todos los continentes.

Cabe subrayar que el papel tangencial e instrumental que los líderes de las grandes potencias asignaron a los medianos y pequeños Estados aliados ha sido ilustrado por la frase que Churchill dirige a Roosevelt y Stalin en Yalta, con el propósito de ilustrar su punto de vista sobre el papel que las pequeñas potencias deben jugar en el proceso de creación de la ONU: “The eagle should permit the small birds to sing and care not wherefore they sang” (Glendon, 2003).

La propuesta de Latinoamérica para incluir en la Carta de la ONU una Declaración Universal de Derechos Humanos

Con lo que al parecer no contaban los líderes de las grandes potencias es que, en la Conferencia de San Francisco, el bloque conformado por 20 países de América Latina y el Caribe (el bloque más numeroso) propusiera a través de varias de sus delegaciones la inclusión de una declaración de derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas, con el argumento de que era innegable la necesidad de internacionalizar una carta de derechos sobre la cual se pueda edificar un sistema internacional de protección de derechos eficaz, destinado a prevenir e impedir violaciones de la dignidad humana tan terribles como las ejecutadas durante la Segunda Guerra Mundial por el régimen nazi, pues existía la conciencia generalizada a escala mundial de que si la Sociedad de las Naciones hubiese desempeñado ese papel con eficacia, habrían podido evitarse las atrocidades cometidas o al menos se hubiera evitado que alcanzaran la magnitud y crueldad que efectivamente tuvieron. Con base en estos inobjetable argumentos y las impactantes fotografías de los horrores sucedidos en los campos de concentración que circularon en la Conferencia de San Francisco,

países como México, Chile, Cuba, Panamá o Uruguay, espoleados por la Conferencia de Chapultepec, realizaron propuestas muy avanzadas en ese sentido. Mientras México y Panamá proponían una Declaración en el propio texto de la Carta de Naciones Unidas, Uruguay y Cuba se conformaban con que, una vez creada la ONU, la Asamblea general aprobase en el plazo de tiempo más corto posible una Declaración de Derechos Humanos” (Oraa, 2002: 30).

En ese contexto, la delegación de Panamá propuso formalmente al Comité encargado de redactar la Carta de Naciones Unidas que, a través de una enmienda, se incorporara, en este instrumento constitutivo, el texto de una “Declaración de Derechos Humanos Esenciales”; declaración que fue elaborada por 24 juristas de países latinoamericanos bajo los auspicios del Instituto de Derecho Americano entre 1942 y 1944, la cual incluía derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Las propuestas de los países latinoamericanos resultaban inaceptables para las grandes potencias, pues éstas no estaban en disposición de conceder o reconocer a la comunidad internacional ninguna potestad para intervenir legítimamente sobre las situaciones en que ellas mismas actuaban como perpetradoras de graves violaciones a los derechos humanos, a las cuales consideraban asuntos internos de su exclusiva competencia, tales como: las políticas y prácticas de discriminación racial que sufrían los afroamericanos en Estados Unidos; la represión y cancelación de las libertades que imperaba en los Gulag de la Unión Soviética; el trato cruel y degradante sobre el que se desarrollaba la explotación de los pueblos coloniales bajo el dominio de Francia e Inglaterra, etcétera.

Consecuentemente, fueron estas grandes potencias las que abiertamente expresaron su rotundo rechazo a la posibilidad de incluir en la Carta de Naciones Unidas una declaración de derechos humanos, explotando para tales efectos el temor de todos los países convocados a la Conferencia de San Francisco en relación con que el Senado de Estados Unidos jamás aprobaría la suscripción de la Carta de Naciones Unidas si en ella se incluía una declaración de derechos humanos. Esto, a su vez, generaba el temor —ciertamente fundado— de que la nueva Organización de Naciones Unidas, nacería debilitada por la falta de apoyo de Estados Unidos y, por tanto, tendría un destino similar a la Sociedad de las Naciones, es decir, un organismo mul-

tilateral sin peso real en el tratamiento de los conflictos internacionales ni en la preservación de la paz; organismo que, además, acabaría por debilitarse y extinguirse sin poder evitar otra guerra de connotación mundial.

Finalmente, la posición de las grandes potencias se impuso y se desecharon las propuestas latinoamericanas de incluir en la Carta de Naciones Unidas una declaración de derechos humanos, aunque como es conocido, se incorporaron ciertas alusiones a tales derechos como presupuesto moral de la conformación, desempeño y propósitos de la ONU. En ese sentido, cabe subrayar que en el preámbulo de la Carta se señala que los pueblos de las Naciones Unidas reafirman “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”, así como la declaración de que estos pueblos están resueltos a “promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad”. Además, en el Artículo 1.3 de la Carta se establece que uno de los propósitos de la ONU es “realizar la cooperación internacional [...] en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”; dicho propósito adquiere la forma de obligaciones internacionales a la luz de lo establecido en los artículos 55 y 56 de la Carta y las atribuciones establecidas para la Asamblea General en el Artículo 13.1.b y para el Consejo Económico y Social señaladas en el Artículo 62.2. Finalmente es preciso resaltar que el Artículo 68 de la Carta habilita al Consejo Económico Social de las Naciones Unidas para crear “comisiones de orden económico y social para la promoción de los derechos humanos”, disposición que sirvió de marco normativo para la creación, en 1946, de la Comisión de Derechos Humanos cuyo papel será trascendental para la elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Sin embargo, de las menciones que incluyó la Carta sobre los derechos humanos, cabe señalar que, a pesar de los esfuerzos realizados por la Unión Soviética, no se logró incluir una referencia expresa al respeto y protección de los derechos al trabajo y a la educación dentro de los propósitos de la ONU, lo cual denota la fuerza y el peso de los actores de la Conferencia de San Francisco renuentes a establecer algún tipo de reconocimiento a los derechos económicos, sociales y culturales por considerarlos ideológicamente cercanos a la órbita del poder comunista.

En este escenario, la opción que encontraron los países latinoamericanos para persistir en su objetivo de contar con un catálogo de derechos humanos que oriente el desempeño de la ONU, fue solicitar al Comité encargado de redactar la Carta de Naciones Unidas que incorpore en su informe una recomendación, según la cual, una vez creada la Organización de Naciones Unidas, ésta emprenda inmediatamente la elaboración de una Declaración de Derechos Humanos. Tal solicitud fue formalizada por la delegación de Panamá a la Conferencia de San Francisco y acogida favorablemente por el Comité (Oraa, 2002: 32); más tarde la ejecución de esta recomendación fue encargada oficialmente a la Comisión de Derechos Humanos a quien se le pidió preparar un proyecto de “Carta internacional de derechos humanos”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos como expresión de la correlación de fuerzas políticas a escala internacional y de los valores de occidente con pretensión universal

En relación con la Declaración, como expresión de la correlación de fuerzas a escala internacional, es preciso recordar que la Comisión de Derechos Humanos encargada de preparar el proyecto de “Carta internacional de derechos humanos” fue conformada en febrero de 1946, esto es, apenas cuatro meses después de que la Carta constitutiva de la ONU entrara en vigor con la ratificación de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad (Estados Unidos, Francia, Inglaterra, China y la Unión Soviética), quienes habían señalado sus reparos y resistencias con respecto a la inclusión de una declaración de derechos en la Carta de la ONU.

En ese contexto, dos asuntos quedaron claros para la Comisión redactora del proyecto de la “Carta Internacional de Derechos Humanos”: el primero fue que esas resistencias no se habían evaporado, porque las violaciones a los derechos humanos que sucedían en el territorio nacional y los territorios coloniales de estos países seguían produciéndose, y porque las potencias involucradas no querían que la comunidad internacional tuviera alguna capacidad de injerencia en esos problemas que cada de una de ellas consideraban internos, y cuyo tratamiento se consideraba una cuestión de ejercicio exclusivo de su propia soberanía; por tanto, la redacción del proyecto implicaría la realización de un trabajo de alta calidad técnica pero, sobre todo, de un

gran tacto político, para lograr que esta Carta Internacional de Derechos Humanos tenga oportunidad de convertirse en un instrumento internacional que los países del mundo, a pesar de sus diferencias e intereses, estuviesen dispuestos a suscribir.

El segundo asunto que quedó claro para la Comisión de Derechos Humanos a cargo del proyecto de Carta fue que, precisamente por las razones anotadas anteriormente, sería inviable intentar la elaboración de un instrumento internacional que defina con precisión jurídica las obligaciones de los Estados en relación con cada uno de los derechos que se vayan a incluir en la “Carta Internacional de Derechos Humanos”, y menos posible aún sería pedirles a los Estados miembros que suscriban esta Carta de derechos como un tratado internacional jurídicamente vinculante, por lo cual, resultaba evidente que, al menos en una primera fase, la Comisión debía renunciar a estas dos cuestiones y trabajar en un documento enunciativo de los derechos humanos, que no estableciera obligaciones específicas para los países que lo suscriban, y cuyo cumplimiento no sea jurídicamente exigible por la comunidad internacional (Oraa, 2002: 37-39).

Sin embargo, tampoco era fácil elaborar una declaración de derechos en el marco de la confrontación ideológica, política económica que libraban las dos potencias mundiales de aquella época, con el apoyo de sus aliados. En efecto, el enfrentamiento entre Estados Unidos y la Unión Soviética, con su respectivo bloque de aliados, dificultaba el trabajo de la Comisión en la medida en que la inclusión de unos u otros derechos, su lugar en el texto de la declaración, o el alcance que éstos enuncien, podían ser considerados por cualquiera de las potencias como un atentado a los cimientos de sus sistemas políticos, sus ideas o valores fundamentales, o su modo de producción¹.

Desde esa perspectiva, Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia asumieron el liderazgo en la tesis de que la Declaración debía contener principalmente las libertades clásicas occidentales, las que actualmente identificamos como derechos civiles y políticos, y además, que la defensa de estos derechos puede y debe hacerse por la comunidad

internacional sin que los Estados puedan oponer razones de soberanía. Esta postura implicaba, por una parte que los derechos económicos, sociales y culturales no merecían ser reconocidos como “derechos”, y consecuentemente no deberían constar en la Declaración; y por otra parte, que al no ser derechos (al menos no del mismo nivel que los derechos civiles y políticos), la comunidad internacional debía abstenerse de toda forma intervención en los Estados que violen los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC); o dicho de otra manera, los derechos de igualdad debían ser considerados normas programáticas no vinculantes que debían establecerse dentro de cada Estado y cuyo cumplimiento era un asunto interno en el que nada debía hacer la comunidad internacional, por tanto, no debían estar incluidos en la Declaración.

Por su parte, la Unión Soviética y el bloque de países socialistas impulsaba la tesis contraria. En efecto, sostenían que las personas no son ni viven como individuos aislados, sino que son seres sociales cuyo bienestar personal y colectivo depende de la cantidad y calidad de oportunidades a las que tengan acceso individual y colectivamente. Por lo expuesto, la sociedad y el Estado deben asegurar a los ciudadanos, ante todo, un conjunto de bienes y servicios materiales que habiliten, a cada quien y a la sociedad en su conjunto, a mejorar constantemente su calidad de vida y a alcanzar sus objetivos vitales. Así pues, la falta de oportunidades, bienes y servicios para la mayoría de personas (con base en los cuales cada quien puede desplegar sus potencialidades) implicaba la mayor limitante para su realización personal y sobre todo para su libertad, ya que se consideraba a los seres humanos prisioneros de las condiciones estructurales que les negaban aquellas oportunidades que el sistema capitalista reservaba, por norma general, sólo para las personas mejor situadas en la sociedad.

Desde esa perspectiva, los socialistas sostenían que es indispensable no sólo que se reconozcan los derechos económicos, sociales y culturales en la Declaración, sino también que se admita que de su aplicación dependen en buena medida la realización en todos los países, incluyendo los capitalistas, de muchas de las llamadas libertades clásicas occidentales a las que se identifica con los derechos civiles y políticos, razón por la cual los DESC deberían tener un papel preeminente en la Declaración. Asimismo, los socialistas se oponían a la idea de que la comunidad internacional pueda atentar contra su soberanía bajo el pretexto de evaluar el cumplimiento de los derechos civiles y políticos

¹ “El proceso de adopción de la Declaración estuvo plagado de escollos y dificultades ya que en él se enfrentaron diferentes posiciones. La concepción iusnaturalista de los derechos humanos frente a una visión positivista de los mismos; la concepción marxista frente a la liberal; por último, la fuerte impronta de la cultura occidental frente a la exigencia de universalismo, intrínseca de una Declaración Universal” (Carrillo, 2000: 42).

cuando éstos no eran el eje de su sistema social ni de su ordenamiento jurídico-político, y por otro lado, reclamaban que siga considerándose un asunto de soberanía interna en los países capitalistas el incumplimiento de sus obligaciones en relación con crear condiciones estructurales de acceso a oportunidades, bienes y servicios para todos los ciudadanos.

Sin embargo, aunque este fue el problema más importante a enfrentar y la discusión sobre los derechos a ser reconocidos en la Declaración se convirtió, como afirma, Antonio Cassese en “un fragmento de la Guerra Fría” (1991: 42), el relativo equilibrio de fuerzas entre estas súper potencias en los ámbitos militar, económico y político fue reflejado en el texto final de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el sentido de que no hubo una total imposición de una de las posiciones en debate sobre la otra, ya que la Declaración incluyó con el mismo valor normativo-declarativo² tanto libertades y derechos civiles y políticos, cuanto derechos económicos, sociales y culturales.

Por otra parte, ha sido una constante considerar que la Declaración finalmente se había occidentalizado, en tanto que el presupuesto filosófico y moral de la formulación de los derechos era, y es, la noción de dignidad de la persona humana proveniente de la evolución sociohistórica de los Estados modernos occidentales, ya sean éstos socialistas o capitalistas³, y aunque algunos reconocen cierta influencia del pensamiento islámico y del confucionismo, la impronta de la filosofía occidental es ciertamente dominante⁴. En ese contexto, se firmó en el palacio de Chaillot, en París, la Declaración Universal de Derechos Humanos con 48 votos a favor y la abstención de ocho países: Bielorrusia, Checos-

² Aunque más tarde esta igualdad originaria con la que fueron plasmados ambos tipos de derechos en la Declaración Universal sería quebrantada, ya que los mecanismos de protección y exigibilidad que 28 años después se adoptaron en la ONU para proteger las libertades y derechos civiles y políticos serán, y todavía son, más apremiantes y eficaces que los establecidos en favor de los derechos económicos, sociales y culturales (al respecto, véase Mejía, 2011: 42-54).

³ “ Toda la Declaración se basa en el principio filosófico-jurídico de la dignidad de la persona humana. De ella derivan los postulados de libertad, igualdad y fraternidad” (Blázquez, 1982: 110).

⁴ “En este orden de cosas, hay que reconocer que aunque hubo una cierta presencia del pensamiento del confucionismo o del islámico, el marco de referencia de la cultura europeo-occidental fue predominante durante la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos [...] [contemporáneamente los planteamientos posmodernos han propuesto la idea de que] desde un punto de vista político, se argumenta que el relativismo cultural y los nacionalismos hacen que la ideología de los derechos humanos resulte nociva, en la medida en que pretenderían universalizar una particular concepción de los derechos humanos, propia del mundo europeo-occidental” (Carrillo, 2000: 42-43).

lovaquia, Polonia, Yugoslavia, Ucrania, la Unión Soviética, la Unión Sudafricana y Arabia Saudí.

Concurrentemente, la tensión sobre la fundamentación filosófica de los derechos humanos realizada por los redactores de la Declaración fue protagonizada exclusivamente por quienes defendían una explicación iusnaturalista, frente a quienes argumentaban en favor de la explicación positivista acerca de la legitimidad en el origen y consecuente validez de estos derechos, aunque al final, unos y otros tuvieron que aceptar que no era posible dar una solución definitiva a este asunto, y coincidieron en que esto no debía entorpecer la elaboración de la Declaración⁵; aunque es preciso señalar que, como sostiene Ora: “existe un cierto consenso entre la doctrina, [acerca de] que la filosofía de la Declaración Universal está inspirada básicamente en la filosofía de los derechos naturales del siglo XVIII, pero con muy importantes matizaciones” (Ora, 2002: 49), entre las cuales las más importantes son la exclusión de toda mención explícita a la naturaleza o a Dios como fundamento último de estos derechos.

La primera expresión del pretendido carácter universal con el que se autodenominaba la Declaración hace referencia a la humanidad como una familia única y unida, cuyos miembros tienen iguales e inalienables derechos y una dignidad intrínseca de la que emanan la justicia, la libertad y la paz, tal como consta en el primer párrafo del Preámbulo⁶, lo cual resulta ciertamente inconsistente en un contexto en el que apenas 56 países conformaban las Naciones Unidas y la mayoría de la población mundial seguía viviendo bajo dominación colonial directa o formas encubiertas de colonialismo, circunstancia que, literalmente, les excluyó de toda forma de participación en las deliberaciones sobre la formulación de los derechos humanos, a lo que hay que sumar la casi inexistente participación en las discusiones sobre la Declaración de los países asiáticos y africanos acreditados en la ONU⁷.

⁵ “[Los redactores de la Declaración] llegaron al convencimiento de que era inútil seguir discutiendo sobre el último fundamento de los derechos humanos y de que lo importante era darse cuenta de la necesidad de un consenso sobre la enumeración de los derechos básicos” (Ruiz, 1989: 177).

⁶ “La libertad, la justicia y la paz tienen por base el reconocimiento la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

⁷ “El convencimiento de que muchos países africanos y asiáticos —que en gran medida no participaron en su elaboración— de que en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se plasmó una concepción occidental de los derechos humanos, está en la base de dichos planteamientos críticos” (González, 1994: 210).

Sin embargo, la pretensión de universalidad de la Declaración no se formulaba para expresar la realidad, tampoco para encubrir o maquillar sus contradicciones, sino para intentar expandir e instituir a escala global un sistema de valores elaborado únicamente a partir del *deber ser* que plantea la ética pública de la modernidad. Desde esa perspectiva se declara que todos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos⁸, y que todos tenemos tales derechos sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole⁹, a pesar del multiculturalismo existente y las relaciones de poder imperantes entre las naciones que se consideraban a sí mismas civilizadas y las que estaban sometidas su dominación política, económica e incluso militar, las cuales, además, deberían aceptar los valores modernos y las formas en que éstos deberían adquirir corporeidad en la vida y cultura de dichos pueblos. Todo lo cual, más allá de las buenas intenciones de quienes tienen aspiraciones civilizatorias sobre otros pueblos, lleva implícita una primera pretensión de hegemonía sociocultural basada en la ideología occidental de los derechos humanos que no puede ser desconocida ni olvidada.

La argumentación desplegada para minimizar el reconocimiento de las diferencias puntualmente citadas en la declaración, así como otras especificidades culturales, políticas y económicas que caracterizan a las personas y a los pueblos a escala global, y consecuentemente sostener el universalismo de los derechos como una pretensión legítima, se hallaba en el carácter racional de los seres humanos¹⁰ y la dignidad que les es intrínseca¹¹, por cuyo mérito todas las personas necesariamente han de llegar, en

⁸Véase el Artículo I de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁹Véase el Artículo 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹⁰“La consideración de los derechos humanos como derechos universales encuentra su explicación, desde el punto de vista teórico, en el concepto de individuo que subyace a estas teorías de los derechos humanos, el individuo como agente racional –como agente moral–, dejando al margen una serie de atributos (sexo, raza, religión, nacionalidad, edad, estatus socioeconómico...) que no se consideran determinantes en la identidad individual” (González, 1994: 209).

¹¹“Los derechos humanos son universales porque vienen de la condición/naturaleza humana, porque son inherentes a la dignidad humana. Es lo que deja entrever la Declaración Universal. Nosotros pensamos que la dignidad humana puede facilitar una base sólida racional a la universalidad de los derechos humanos. [...] Según ella todos los hombres están dotados de razón y de conciencia (Artículo 1°). Con esta afirmación la Declaración adopta una antropología. El ser humano es racional y moral. Según la Declaración, en esto reside la dignidad del ser humano. El artículo primero dice, en efecto: ‘Todos los seres humanos nacen [...] iguales en dignidad [...] Están dotados de razón y conciencia’ ” (Fernández, 2000: 58-59).

última instancia, a aceptar la moral moderna y el sistema de derechos universales que es fruto de su desarrollo, precisamente porque éstos son la mejor y mayor expresión de la razón humana¹². Desde esa perspectiva, los atributos específicos de las personas y de los pueblos no resultarían relevantes para determinar su identidad, ni para orientar la construcción de valores y derechos que reflejen esas especificidades, lo cual es ciertamente absurdo.

Para contrarrestar las críticas a la pretensión de universalidad se ha señalado que las especificidades culturales o las condiciones políticas o económicas en que viven las personas y los pueblos no son por sí mismas un impedimento para intentar, e incluso alcanzar, un consenso sobre los cánones morales que deben orientar sus vidas en los ámbitos individual y colectivo. Consenso que su vez se ha de concretar en un conjunto de derechos universales. Siendo así, el consenso de la comunidad internacional expresado en la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos constituye un importante avance en esta dirección, que por supuesto siempre será perfectible en función de los cambios sociales y los logros científicos que genera la humanidad constantemente. En defensa de la pretensión de universalidad se añade que cuestionar la idea de la universalidad constituiría un retroceso en la protección de los derechos humanos, en la medida en que esto permitiría a los Estados tratar las violaciones a los derechos fundamentales como un asunto de soberanía interna, en el que la comunidad internacional no puede tener injerencia¹³.

¹²“Existe una ley verdadera, es la recta razón, conforme a la naturaleza, que está en todos los seres, siempre de acuerdo con ella misma, que no puede perecer, y que nos llama imperiosamente a cumplir nuestra función, nos prohíbe el fraude y nos aleja de él. El hombre honesto no se hace el sordo a sus mandamientos y a sus prohibiciones; éstas no actúan sobre el malvado. Con respecto a esta ley no está permitido ninguna enmienda, no es lícito abrogarla ni total ni parcialmente [...] Esta ley no es una en Atenas, y una diferente en Roma, una hoy, otra mañana, es una sola y misma ley eterna inmutable, que rige todas las naciones y, en todo tiempo, y para enseñarla y prescribirla a todos existe un dios único [...] Quien no obedece esta ley se ignora a sí mismo y, porque haya desconocido la naturaleza humana, sufrirá el mayor castigo aunque se libre de otros suplicios” (Cicerón, 1965: 86).

¹³“Cuando se critica la universalidad de los derechos humanos se está cuestionando, como apuntaba anteriormente, la conveniencia o incluso la posibilidad de elaborar, por supuesto consensuadamente, un paradigma universal de moralidad, más aún, se está cuestionando lo que se ha llamado el proceso de internacionalización de los derechos humanos, y fundamentalmente la pretensión de dejar de concebir a los derechos humanos como asuntos domésticos de los diferentes Estados y se está reivindicando la competencia exclusiva de las diferentes soberanías estatales en materia de derechos humanos, acudiéndose de nuevo a [una] nueva versión radical del viejo principio de no injerencia de la Comunidad Internacional en los asuntos internos de los diferentes Estados” (González, 1994: 210).

Mujeres de aquí y de allá. Miradas diacrónicas y multidisciplinares en los albores del nuevo milenio

Margarita Alegría de la Colina / Alejandro Caamaño Tomás
(Coordinadores)



SERIE ESTUDIOS
BIBLIOTECA DE
CIENCIAS SOCIALES
Y HUMANIDADES

Universidad
Autónoma
Metropolitana
Casa abierta al tiempo
Azcapotzalco

Finalmente, hay que señalar que se ha difundido a escala global la idea de que fue Estados Unidos, a través de Eleanor Roosevelt –viuda del Presidente estadounidense Franklin D. Roosevelt y presidenta de la comisión encargada de la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos–, quien promovió la creación de esta Declaración; y esa creencia no sólo es inexacta sino también injusta con respecto a la lucha tenaz que desarrollaron las delegaciones latinoamericanas en la naciente Organización de Naciones Unidas. En efecto, es al pensamiento latinoamericano y a la actitud política de la región, a la que el mundo le adeuda, en

mayor medida, que la Declaración Universal de Derechos Humanos se haya instalado como un asunto de prioridad máxima en la ONU y posteriormente se haya promulgado como la piedra angular del sistema internacional de derechos fundamentales.

Referencias

- Blázquez, N. (1982). "El recurso a la dignidad humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas". En IPF, *Dignidad de la Persona y Derechos Humanos*. Madrid: Instituto Politécnico.
- Burgers, J. H. (1992, november). "The Road to San Francisco: the Revival of the Human Rights Idea in the Twentieth Century". *Human Rights Quarterly*, 14(4), 447-477.
- Carrillo, J. (2000). "El problema de la Universalidad de los derechos humanos". En UPC, *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
- Cassese, A. (1991). *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Ariel.
- Cicerón (1965). *De República, liv. III-XXII*. París: Garnier-Flammarion.
- Fernández, A. (2000). "La universalidad de los derechos humanos". En *Hacia una cultura de los Derechos Humanos*. Ginebra: Universidad de Verano de Derechos Humanos.
- Figuroa, U. (1991). *Organismos Internacionales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Glendon, M. (2003). "El crisol olvidado: La influencia de América Latina en la idea Universal de los Derechos Humanos". *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16.
- González, J. (1994). "Derechos Humanos: universalidad y relativismo cultural". En *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. San José: Corte IDH/Rafael Nieto Navia Editor.
- Medina, M. (2011). *La Organización de las Naciones Unidas*. Madrid: Tecnos.
- Mejía, J. (2011). *La exigibilidad de los DESC en el ámbito convencional de la ONU*. Tegucigalpa: Editorial San Ignacio.
- Ruiz-Giménez, J. (1989). "Intervención de D. Joaquín Ruiz-Giménez". En *Alocuciones sobre Derechos Humanos. Cuarenta Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores.
- Oraa, J. (2002). *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto.

La participación ciudadana como herramienta para la consecución de los derechos fundamentales: desarrollo sostenible y lucha contra la pobreza en Puerto Rico

Adi Martínez Román*

El presente texto se construye desde la lucha por la participación política activa de los puertorriqueños y la formación del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. De esta conexión se desprende cómo la visión de desarrollo sostenible y la aspiración de eliminar la pobreza son de los retos más importantes en aquellas sociedades que, como la puertorriqueña, aspiran a consolidar modelos de desarrollo respetuosos con los derechos humanos que beneficien igualmente a todos sus ciudadanos.

Al "Compi", por ayudarme a practicar y reflexionar la democracia

Puerto Rico, país-colonia desde su invasión por los españoles en 1493 y luego por los estadounidenses en 1898, sigue enfrentando serios desafíos en torno a la consecución de derechos fundamentales positivados en nuestro ordenamiento, ligados a valores como la libertad, la igualdad y la solidaridad. Este es un tema pendiente en torno a los derechos humanos ya que, a pesar de significativos avances en el reconocimiento formal de las

exigencias éticas de los puertorriqueños frente al Estado, existe un estancamiento en la aplicación o efectividad real de los derechos. Como se expone a continuación, la visión de desarrollo sostenible que impulsó y enmarcó el ordenamiento jurídico queda meramente plasmada en el mismo y no se traduce en la realidad vivida ni en acciones efectivas por las autoridades estatales para hacerlos valer.

Sin aminorar la importancia de consideraciones sobre la relación directa entre la realidad puertorriqueña y las actuaciones de las autoridades imperiales, es necesario considerar, desde una perspectiva local, las razones por las cuales el acotado Estado de derecho puertorriqueño está estancado en la aplicación de derechos

ya concedidos. La difícil realidad vivida, con 44% de la población sumida en condiciones de pobreza y una repetida violación a los derechos adquiridos, hace imperativo el análisis crítico de las instituciones existentes. Este trabajo presenta un análisis enfocado en la práctica (entendida como acción) del desarrollo y aplicación del derecho, reflexionando sobre las implicaciones que tiene en cuanto a la efectividad de sus resultados. Partiendo del análisis empírico se busca ilustrar cómo, ante los efectos sociales adversos de las formas coloniales y paternalistas de desarrollo y el repetido atropello de los derechos, surgen movimientos de ciudadanos que practican y exigen la participación ciudadana directa en los asuntos que les afectan. Ante ello, se

* Egresada de la Universidad de Princeton; doctora en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid; decana de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico; Coordinadora del Programa de Maestría en Derecho y mentora pro-bono del grupo Comunidades en Riesgo de Desplazamiento, de la misma casa de estudios.

postula lo siguiente: 1) que las acciones dirigidas a fomentar el desarrollo sostenible y el respeto de los derechos a través de la participación ciudadana son un intento de subsanar los graves defectos que sufre el mal logrado Estado de derecho en la isla, y 2) que dichas acciones son acertadas en tanto y en cuanto la participación ciudadana efectiva tiene como resultado individuos y comunidades que, en efecto, practican la creación de una sociedad democrática, rompiendo barreras tradicionales al desarrollo sostenible y asumiendo las responsabilidades que implica la consecución de sus derechos. Es la práctica efectiva de la democracia, por tanto, lo que permite la realización de las exigencias éticas reconocidas formalmente en el ordenamiento.

El trabajo comienza con una explicación de la definición de desarrollo sostenible en Puerto Rico, según se expone en los postulados legales fundamentales y en las leyes aplicables de este país. Luego, se elabora un análisis acerca de cómo esta definición incluye la reducción de la pobreza y sus efectos. Asimismo, se ilustra con ejemplos concretos la forma en que el Estado democrático de derecho en Puerto Rico no existe, violentándose repetidamente los derechos fundamentales y haciéndose imposible el desarrollo sostenible. Por último, se señala cómo se ha probado en la práctica internacional y local que la reducción de la pobreza requiere la participación directa de los ciudadanos dentro de un Estado que la facilite, sosteniéndose así empíricamente la filosofía democrática de autores que postulan que la participación directa es la forma de lograr una sociedad verdaderamente democrática en la cual se protejan los derechos fundamentales y, por tanto, un desarrollo sostenible según legalizado y legitimado por un pueblo.

Reducción de la pobreza y visión de desarrollo sostenible en la creación del Estado y la Constitución puertorriqueña

En Puerto Rico existe una importante conexión entre los derechos fundamentales y una visión de desarrollo que busca beneficiar a todos los puertorriqueños de generaciones presentes y futuras. En esta sección se discute la definición de desarrollo sostenible, y se ilustra cómo la mencionada conexión, desde una perspectiva histórica, existe desde el inicio de la participación política activa de los puertorriqueños y la formación del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. De esto se desprende cómo la visión de desarrollo sostenible y la aspiración de eliminar la pobreza queda

plasmada en nuestro ordenamiento jurídico. Se argumenta que dicha institucionalización formal de un Estado de derecho de corte social y democrático representa en Puerto Rico un triunfo de aquellos movimientos sociales que, en su búsqueda de desarrollo solidario, lograron influenciar la creación de nuestro atípico Estado.

La definición de desarrollo ha ido evolucionando de un enfoque limitado al crecimiento económico de un país a uno que incluye otros factores que conciernen a la sostenibilidad. Ya hace un tiempo, por lo menos desde el Informe Brundtland presentado en 1987 a las Naciones Unidas, y denominado *Nuestro Futuro Común*, se aceptó plenamente el hecho de que el desarrollo sostenible implica directamente tres esferas de desarrollo interrelacionadas: la economía, la sociedad y el ambiente. En dicho informe, la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo definió el desarrollo sostenible como aquel que “garantiza el desarrollo del presente sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades” (Organización de las Naciones Unidas [ONU]. *Nuestro futuro común*, 2008), y reconoció la conexión entre economía, sociedad y ambiente:

[...] los problemas ambientales y económicos están relacionados con muchos factores sociales y políticos. [...] Se podría argumentar que la distribución del poder y la influencia dentro de la sociedad están en el corazón de la mayoría de los retos ambientales y de desarrollo. Por tanto, nuevos acercamientos deben incluir programas de desarrollo social, particularmente para mejorar la posición de la mujer en la sociedad, para proteger grupos vulnerables, y para promover la participación local en la toma de decisiones (ONU. *Nuestro futuro común*, 2008).

De esta forma, se ha hecho evidente que la lucha en contra de la pobreza es, junto a la defensa del ambiente, uno de los retos más importantes en aquellas sociedades en las cuales se aspira a un desarrollo sostenible que beneficie igualmente a todos sus ciudadanos.

Esta concepción de desarrollo se ha fundamentado más aún a través del tiempo. De los Informes de Desarrollo Humano del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), desde 1990 hasta 2008, se desprende una definición crecientemente abarcadora de desarrollo, que va cada vez más allá de la economía. Ya en el Informe de 2005, por ejemplo, se afirma que la desigualdad extre-

ma existente en la sociedad es la base de problemas que afectan a la sociedad en general: "También existen razones instrumentales para estar preocupados por la desigualdad. La profunda disparidad en base a riqueza, región, género y etnia es mala para el crecimiento, mala para la democracia, y mala para la cohesión social" (ONU. Informe de Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2005). Así, desde hace por lo menos dos décadas, el desarrollo no es meramente comprendido como el crecimiento del Ingreso Nacional Bruto de un país, sino que se entiende como aquella proyección socioeconómica que redunde en bienestar y en un ambiente saludable para todos los ciudadanos, presentes y futuros.

Hoy día en Puerto Rico se distingue la existencia de movimientos sociales, grupos comunitarios y ambientales que persiguen estas aspiraciones de sostenibilidad activamente, adoptando un significado de la palabra *desarrollo* basado en el principio de la verdadera solidaridad¹. El *desarrollo* basado en la solidaridad es aquel que, en efecto, busca eliminar la desigualdad y la opresión de todos, para beneficio de todos, trascendiendo así la dicotomía individualista de ellos-nosotros. Estos grupos, por tanto, repudian los valores tradicionales de ese individualismo radical que excluye mediante sus presupuestos la participación social cooperativa². Bajo esta visión solidaria se reconoce que, junto con el derecho, existe la responsabilidad sobre todas aquellas acciones u omisiones individuales que, debido a relaciones de causa y efecto, afectan las vidas de la comunidad en general³. Se toma la decisión de que la libertad individual no puede ir por encima del bienestar general de las generaciones presentes y futuras. En definitiva, esta perspectiva representa un patente distanciamiento de po-

¹ Solidaridad aquí no significa la acción en favor de un tercero porque la causa lo "merezca" (González, 1991), sino porque se tiene la conciencia de que los actos individuales en favor del prójimo redundan en un beneficio para todos, o sea, para uno mismo (Cortina, 1990: 285-293) y (Levine, 1993: 66).

² Para un interesante análisis de la ética liberal y la posibilidad de la ética solidaria desde la perspectiva del pensamiento crítico latinoamericano, véase (Rebellato, 1995, 1996: 1-15). Desde la perspectiva crítica norteamericana, es interesante el libro de West (2005), donde entre otras cosas explica la forma en que el individualismo recio se traduce en nihilismo e imposibilita la solidaridad.

³ Cornelius Castoriadis, autor que discutiremos brevemente a continuación, ofrece en su discurso teórico una idea de Derechos como autolimitación, como esa toma de responsabilidad por la comunidad de individuos que buscan definir su sociedad como una sociedad autónoma, reconociendo que la fuente de la ley es únicamente social (2005: 81-96; 2006: 321-365).

siciones liberales tradicionales o aquellas neoliberales en las cuales la libertad del individuo y, por tanto, del mercado, es el valor primario.

La distancia de posturas liberales está presente claramente en Puerto Rico desde el inicio formal de la vida política puertorriqueña y se desarrolla a partir de la misma. Al referir a los inicios de la vida política, se indica el momento en que se reconoce formalmente el derecho de los residentes de la isla de Puerto Rico a participar, hasta cierto nivel, en la toma de decisiones mediante la elección de sus gobernantes, y a través de la redacción de su propia Constitución. Dicho momento, en la mitad del siglo XX, fue el punto de ebullición en un proceso de cambio social durante la década de los treinta caracterizado por el activismo, en diversos grados y formas, de un marcado nacionalismo puertorriqueño que reacciona a la grave condición económico-social que vive la isla⁴.

En los años treinta, Puerto Rico sufría una grave situación económica derivada de la economía del monocultivo de la caña perteneciente en su mayoría a los estadounidenses. Como reseña Miguel A. Riestra a través de datos económicos:

En el año 1899 existían sólo 851 fincas de más de cien cuerdas, cubriendo un total de 171.392 cuerdas. Para el año 1934, cuatro compañías poseían fincas de aproximadamente 40.000 cuerdas cada una. [...] Para el año 1940 el número de fincas de más de 100 cuerdas era de 3.006 para un total de 633.906 cuerdas de nuestras mejores tierras, las cuales, en su mayoría, pertenecían a corporaciones latifundistas y ausentistas norteamericanas. En otras palabras, en el año 1940, más del 60 por 100 [sic] de nuestra tierra cultivable pertenecía a corporaciones norteamericanas. [...]

Ya para la década del 1930 al 1940 la situación de explotación económica del puertorriqueño es desesperante. El desempleo aumenta de un 17 por 100 [sic] en el 1899 a un 60 por 100 [sic] en el 1930. Los salarios de los obreros puertorriqueños (60c a 80c diarios) constituyen la cuarta parte de los salarios pagados a la clase obrera de

⁴ Para este breve recuento histórico se utilizan fuentes que provienen de visiones de distinto carácter ideológico. Por un lado, el minucioso trabajo académico (perspectiva centrista) de Trías (1999, 1982). Por otro lado, el trabajo analítico, de perspectiva izquierdista, de Riestra (1978).

la metrópoli. Cerca de 1.200.000 compatriotas necesitan ayuda directa para poder mantenerse a un nivel mínimo de subsistencia (1978: 128-130).

Estas *escuálidas* condiciones económicas de la isla que habían empeorado en los treinta, junto a la creciente rigidez de la política colonial y el aumento en la represión contra el nacionalismo, tuvo como consecuencia el aumento del activismo independentista⁵. Como explica Trías en su relato, esta grave situación local impulsó un significativo movimiento social y de fuerzas políticas (1999: 111-124).

Estos movimientos fueron marcados en el ámbito de los partidos políticos (Trías, 1999: 111-124). El Partido Socialista pierde seguidores al formar una coalición con el Partido Republicano en búsqueda de la estadidad. Siendo el Partido Republicano el tradicional representante de los grandes intereses estadounidenses, muchos militantes socialistas no aprobaron que se juntaran fuerzas con sus habituales verdugos. El Partido Liberal se pone en favor de la independencia inmediata, pero al menguar su posición ante la dependencia de ayudas federales, surge desde su seno el liderato de un nuevo partido político: el Partido Popular Democrático. Este último, de origen independentista, estaba encabezado por un hombre de creencias socialistas y que marcaría en la próxima década el futuro del país, don Luis Muñoz Marín. También en esa época el Partido Nacionalista, bajo el liderato de don Pedro Albizu Campos, aumenta su carácter violento y comienza su actividad revolucionaria. El activismo nacionalista es eventualmente aplastado por una campaña de represión por parte de las autoridades coloniales (incluyendo el gobierno local) que culmina con varias masacres y el posterior encarcelamiento y muerte de su líder⁶. En definitiva, los convulsos movimientos de la

política puertorriqueña de la época, aunque mayormente protagonizados por las élites políticas, intelectuales y sociales, fueron impulsados por sus respectivas luchas por mejorar la situación de vida de esa mayoría sumida en la extrema pobreza.

En los años 1947 y 1950, el Congreso de Estados Unidos, como respuesta al reclamo de la sociedad puertorriqueña y de presiones internacionales en contra del colonialismo, autoriza por vez primera la elección del gobernante de Puerto Rico por los puertorriqueños y la redacción de una Constitución local. Ya en esos años domina la escena el Partido Popular Democrático (PPD), el cual, mediante un enfoque populista dirigido en contra de los dueños de haciendas y en favor de la educación del pobre y profundas reformas económicas y sociales, obtuvo para los inicios de la década de los cuarenta, “el fuerte apoyo de los agregados, los peones, la fuerza laboral de reserva, los pobres rurales y urbanos, la clase media baja, el elemento criollo adinerado y la élite intelectual” (Trías, 1999: 126-128). Sin embargo, al momento del amplio triunfo de Muñoz Marín en 1948, el PPD minimiza el discurso de *libertad política* (en cuanto a la independencia soberana). Según explica Trías, con este cambio en política se buscaba por lo menos lograr, ante la tozudez del Congreso de Estados Unidos y la necesidad de mantener la relación económica con dicho país, una alternativa de status que promoviera la *libertad integral* (en cuanto al mejoramiento de sus condiciones de vida)⁷. Los líderes políticos con apoyo mayoritario seguían, por tanto, subyugados ante la economía norteamericana, al menos en sus visiones de cómo lograr desarrollo económico. De esta forma, durante la redacción de la Constitución del Estado Libre Asociado, los participantes buscaron atender la necesidad de mejorar la situación social y, a la vez, emular el sistema liberal norteamericano.

Como se ha ilustrado, los participantes estaban fuertemente influenciados por su contacto con valores socialistas, por los ideales sociodemócratas del *New Deal* de Roosevelt, y más aún por aquellos fuertes reclamos de los movimientos

⁵ (Trías, 1999: 111-114). Un punto interesante que desarrolla Trías sobre la política colonial represiva en la isla es la conductanota del Tribunal Supremo local, el cual participó en dicha represión al aplicar atropelladamente principios y métodos angloamericanos al resolver casos que en Puerto Rico pertenecían al derecho civil, esto a pesar de las amonestaciones del Tribunal Supremo de Estados Unidos al efecto.

⁶ Nos explica Miguel A. Riestra: “Observamos que para el 1935, la policía, instrumento de violencia del régimen colonial, inicia la represión del nacionalismo. Los nacionalistas conocen quién es su verdadero opresor y ajustician al jefe de la policía insular, el Coronel F. Francis Riggs. A la Masacre de Río Piedras, en el 1935, y el asesinato de Hiram Rosado y Elías Beuchamp, ejecutores del Coronel Riggs, le suceden el encarcelamiento de Don Pedro Albizu Campos, y la Masacre de Ponce de 1937” (1978: 143). También véase el ensayo de Delgado (1988: 17-22) donde el

autor relaciona estos episodios de violencia institucional, o terrorismo de Estado, con otros hechos de este tipo de violencia en la historia de Estados Unidos atados a sus políticas expansionistas.

⁷ (Trías, 1982: 10-18). En cuanto a este cambio en el PPD, Miguel A. Riestra argumenta que es un ajuste ideológico para dar paso a un “proceso de modernización” basado en una teoría de desarrollo a través del estímulo de la inversión del capital extranjero esencialmente norteamericano (1978: 133).

populares de las primeras cuatro décadas del siglo, como lo eran los movimientos por los derechos de los trabajadores y las mujeres (Rivera, 2001: 215). A pesar de la falta de conciencia e indiferencia de las masas puertorriqueñas sobre sus derechos individuales y colectivos⁸, los puertorriqueños que sí participaron activamente en los movimientos sociales de la época tenían en común (aunque diferían en cuanto a grado y estrategias) la voluntad de sacar a Puerto Rico de la situación precaria en que se encontraba. Así, lograron la inclusión en la nueva Constitución de derechos ajenos a teorías liberales⁹, lo cual plasma de manera incontestable la importancia que tienen las ideas de bienestar general en la conciencia y la actividad política puertorriqueña desde sus inicios.

En definitiva, el Estado Libre Asociado fue constituido por los puertorriqueños en un marco que enfatiza el desarrollo sostenible en beneficio de la sociedad presente y futura. Esto se refleja claramente en el contenido de la Constitución de 1952. Por un lado, en la Carta de Derechos se definen tanto los derechos civiles relacionados con los valores de la libertad, junto a derechos económicos y sociales relacionados con los valores de igualdad y solidaridad. Por otro, en el Artículo 6, Sección 19, se declara como política constitucional del Estado asegurar la conservación del ambiente en beneficio del bienestar general. También se puede destacar la Sección 20 de la Carta de Derechos, en la cual se reconocía como aspiración del pueblo, el poder garantizar, entre otros, el derecho a la educación primaria y secundaria, el derecho al trabajo, a la salud y a la vivienda.

El contenido y las circunstancias que rodearon la aprobación popular y la violenta exclusión formal de la Sección 20 de la Carta de Derechos son particularmente reveladoras del significativo distanciamiento de los puertorriqueños de la férrea ideología liberal de la metrópoli. En su contenido, como se mencionó, se incluyen importantes derechos sociales:

⁸ (Trías, 1982: 171) donde el autor expresa que “[...] Lo que preocupaba más al puertorriqueño típico eran sus problemas inmediatos de empleo, vivienda, alimentación y salud. En este sentido no sólo había desinterés en la masa del pueblo sobre lo que dijese o no dijese la Carta de Derechos; la indiferencia se extendía a la Constitución en sí y, más allá de la Constitución, al propio problema de status. Era palpable la fatiga y el desgano de los electores en el curso de las diversas elecciones y referendos que se realizaron en el curso del proceso de aprobar la Constitución y fundar el Estado Libre Asociado. Tan sólo las enérgicas campañas de Muñoz Marín y el alto liderato del Partido Popular por toda la isla pudieron asegurar resultados decorosos”.

⁹ (Rivera, 2001: 214) indica: “Es evidente que los redactores de la Constitución Puertorriqueña del 1952 deseaban ir más allá de la concepción liberal de los derechos” (traducción nuestra).

Sección 20. El Estado Libre Asociado reconoce, además, la existencia de los siguientes derechos humanos: El derecho de toda persona a recibir gratuitamente la instrucción primaria y secundaria. El derecho de toda persona a obtener trabajo. El derecho de toda persona a disfrutar de un nivel de vida adecuado que asegure para sí y para su familia la salud, el bienestar y especialmente la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. El derecho de toda persona a la protección social en el desempleo, la enfermedad, la vejez o la incapacidad física. El derecho de toda mujer en estado grávido o en época de lactancia y el derecho de todo niño, a recibir cuidados y ayudas especiales. Los derechos consignados en esta sección están íntimamente vinculados al desarrollo progresivo de la economía del Estado Libre Asociado y precisan, para su plena efectividad, suficiencia de recursos y un desenvolvimiento agrario e industrial que no ha alcanzado la comunidad puertorriqueña. En su deber de propiciar la libertad del ciudadano, el pueblo y el Gobierno de Puerto Rico se esforzarán por promover la mayor expansión posible de su sistema productivo, asegurar la más justa distribución de sus resultados económicos, y lograr el mejor entendimiento entre la iniciativa industrial y la cooperación colectiva. El Poder Ejecutivo y el Poder Judicial tendrán presente este deber y considerarán las leyes que tiendan a cumplirlo en la manera más favorable posible.

Aunque se deriva claramente del texto y del debate de la Asamblea Constituyente que la garantía de los derechos reconocidos en la Sección 20 dependería del crecimiento económico del país (derechos *pendente conditioni*), la inclusión de los mismos en la Carta de Derechos les enviste de rango constitucional, o sea, se constituían como derechos fundamentales subjetivos eventualmente exigibles ante las actuaciones gubernamentales cuando se cumpliera con las condiciones para su garantía. Incluso, más allá de su exigibilidad, en las últimas dos oraciones de esa Sección se establece la relación directa que para los puertorriqueños existe entre la consecución de estas aspiraciones económicas y sociales con la verdadera libertad de los puertorriqueños. Por tanto, de forma destacada, la libertad, la igualdad y la solidaridad se consideran en nuestra Constitución valores interrelacionados, al punto que sin uno no se lograrían los otros.

Este esquema ideológico de tres valores interrelacionados, el cual fue aprobado masivamente mediante el

voto del electorado puertorriqueño, fue rechazado por el Congreso de Estados Unidos. Luego del proceso de ratificación de la Constitución en Puerto Rico mediante el voto popular, el Congreso de Estados Unidos, en la Ley Pública Núm. 447 del 1952 (48 U.S.C.A. 713d), impuso como requisito para su reconocimiento de la nueva Constitución la eliminación del texto de la Sección 20¹⁰.

Este cambio impuesto al texto Constitucional, sin embargo, no disminuye la importancia que le da el pueblo puertorriqueño a los derechos allí consignados. Por un lado, la legislatura puertorriqueña ha mantenido cierta fidelidad al esquema de valores original. Como expresa David M. Helfeld:

El rechazo del Congreso de la Sección 20 y su exigencia de que se eliminase la misma como condición de la aprobación de la Constitución fue causa de indignación [...]. No obstante, ha sido una fuente de gran satisfacción el hecho de que la Sección 20 sólo murió en el sentido de que no forma parte textual de la Carta de Derechos: desde el 1952 hasta el presente, nuestros legisladores han sido fieles a estos derechos como guías y metas cuando han legislado en los campos de derecho laboral y de bienestar social. En efecto, han actuado como si la Sección 20 continuase siendo parte de la Constitución de Puerto Rico (2003: 144).

Esta fidelidad guardada por los legisladores, por otro lado, ha sido en ocasiones emulada por los jueces del Tribunal Supremo de Puerto Rico, quienes han llegado a declarar que algunos derechos reconocidos en la frustrada Sección 20 pueden ser relacionados con el derecho a la vida garantizado en la Sección 7 de la Carta de Derechos. Sin embargo, el mismo Tribunal decidió recientemente no tener la autoridad para aplicar los derechos de la Sección 20 debido al veto expreso del Congreso y la posterior sumisión de la Asamblea Constituyente a dicho veto. Por tanto, la aplicación del esquema original, que incluye el reconocimiento de derechos sociales y el cual representa la verdadera ideología del pueblo puertorriqueño, queda teóricamente en manos de la Asamblea Legislativa como representante del

¹⁰ Como indica Efrén Rivera Ramos, esta actuación del Congreso de Estados Unidos fue una imposición ideológica de determinados principios de organización social, además de otra instancia de “violencia simbólica” sobre el pueblo de Puerto Rico (2001: 214).

pueblo y como los autorizados bajo la propia Constitución a comenzar un proceso para enmendarla.

De toda esta discusión se desprende que, a pesar de los obstáculos derivados de la imposición imperialista, el pueblo puertorriqueño claramente sostuvo una posición alejada de los valores estrictamente individualistas de la metrópoli. La importancia de esto radica, no tanto en el hecho objetivo del reconocimiento de los derechos, sino en el movimiento colectivo que, a través de su lucha política, logra legitimar institucionalmente sus exigencias. Al igual que ha sucedido en otras naciones, se puede afirmar que, fuera de consideraciones sobre resultados, la participación de puertorriqueños es lo que impulsó la rueda del cambio histórico. La acción ciudadana que propulsó el reconocimiento institucional de abarcadores derechos fundamentales, incluyendo económicos y sociales, determinó la institución (en papel y en conciencia colectiva) del poder político en Puerto Rico en forma de Estado de derecho, o más específico, un Estado democrático de derecho donde prima la aspiración a la participación igualitaria tanto en la toma de decisiones como en los resultados del desarrollo socioeconómico (Díaz, 1998: 108).

La in-existencia del Estado democrático de derecho puertorriqueño y análisis de las implicaciones en cuanto a su efectiva realización

En Puerto Rico, a pesar de la constitución formal de un Estado democrático de derecho mediante el cual se busca la participación igualitaria de sus ciudadanos, no se han materializado en la realidad las aspiraciones que se desprenden de los derechos reconocidos. En esta sección reseñamos el estado del Estado de derecho en Puerto Rico, analizándolo bajo la lupa de los parámetros establecidos por la teoría. Para ello, se examinarán las condiciones actuales con base en la experiencia de campo de esta autora en su trabajo como coordinadora en una organización de base comunitaria, a la luz de diversas teorías de reconocidos autores en la materia. Por último, se desarrollará una discusión sobre las implicaciones de la falta de realización de los derechos, utilizando dos autores que nos ofrecen una forma alternativa de comprender dicha carencia y dilucidan sobre cómo lograr su efectiva existencia.

Definitivamente no es lo mismo la institución formal de un Estado de derecho que su verdadera realización. Como explica Díaz, la existencia de un Estado de Derecho implica,

en lo básico, la efectiva “regulación y control de los poderes y actuaciones todas del Estado y de sus gobernantes por medio de leyes, creadas éstas además según determinados procedimientos de alguna abierta y libre participación popular, con respeto, pues, para los derechos fundamentales [...]” (1998: 102). Las leyes creadas a través de la participación se interpretan como medio para controlar las actuaciones del aparato de gobierno y, a la vez, garantizar los derechos fundamentales. Así, para Díaz, los elementos de este tipo de Estado incluyen: 1) el imperio de la ley como expresión de la voluntad general, 2) la división de poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), 3) una fiscalización de la Administración que asegure el respeto estricto al principio de legalidad, y 4) la garantía de los derechos y libertades fundamentales. En otras palabras, para considerarse un Estado de derecho no basta con declarar que existen derechos superiores enumerados en la Constitución, sino que es necesario que efectivamente se respeten y se garantice su aplicación en la realidad.

En el caso de Puerto Rico es claro que todavía existe una gran distancia entre los derechos declarados en nuestros estatutos jurídicos y la condición social que se vive día a día. Aquí hay abundantes casos en los cuales la legalidad es violentada por el mismo aparato estatal y sus funcionarios (la administración), y los que deben responder según lo establece la ley, permanecen impunes. En esta realidad cotidiana, se llega a estar acostumbrado a que los violadores no respondan por sus actos, o sea, a la arbitrariedad en la aplicación de la ley. En este sentido, y sobre esto se abundará más adelante, lo que es el derecho se aparta mucho de lo que es la responsabilidad. Aun cuando se ha institucionalizado formalmente un Estado de derecho, el funcionamiento de las dependencias gubernamentales impide declarar que se ha logrado su existencia.

Basta con mencionar algunos casos derivados de la experiencia vivida¹¹. Por ejemplo, es una violación de los derechos reconocidos la forma en que el medio ambiente es socavado mediante permisos de construcción concedidos por funcionarios públicos que autorizan actuaciones y permiten efectos contrarios a la política de conservación estatuida en nuestra Constitución, así como en la Ley sobre

¹¹ Las situaciones de hecho descritas en los siguientes párrafos se derivan de la experiencia directa de la autora en los campos del desarrollo comunitario y el activismo político. No hemos encontrado aún ninguna obra académica que expanda lo aquí mencionado. También, aun cuando la mayoría de los eventos descritos sí han sido reseñados en la prensa del país, no se utiliza ninguna de esas fuentes como referencia en este escrito.

Política Pública Ambiental y en la Ley sobre Política Pública de Desarrollo Sostenible (P.P.A.: Ley 416 y 267/2004). Si no fuera por las innumerables veces en que grupos de ciudadanos, como Amigos del Mar, Playa para Todos y Ciudadanos en Defensa del Ambiente, llevan a cabo querrelas administrativas, protestas, e incluso actos de desobediencia civil, no se detendría la afectación ilegal e irremediable de áreas de importancia ecológica o de dominio público. Ha sido por la presión de la sociedad civil, ambiental y comunitaria, que el aparato gubernamental ha procedido a corregir errores de su administración, por ejemplo, mediante la compra a privados de terrenos de dominio público como lo eran los de Costa Serena en el pueblo de Loíza, y los de Fortuna Playa en el pueblo de Luquillo.

Por otro lado, en vez de una lucha eficiente contra la pobreza, somos testigos de la desdeñable violencia que, al igual que el ambiente, sufren las comunidades marginadas del país. En Puerto Rico tenemos graves historias —a menudo encubiertas— de desplazamientos humanos que incluyen las penosas historias de muchas comunidades trasladadas a caseríos públicos para ser sustituidas por urbanizaciones o condominios de alto costo, así como las historias de gente como Adolfin Villanueva, que mueren, desaparecen o cumplen cárcel por enfrentarse cara a cara con este tipo de atropellos¹². En definitiva, la violencia institucionalizada del pasado aún se perpetúa en el presente. Recientemente ocurrieron casos tan conocidos como el de Bo. Cangrejos en Santurce, una comunidad histórica, pero de bajos recursos, que fue completamente desplazada por medio del poder de expropiación forzosa delegado en una agencia pública para acomodar edificios de viviendas de alto costo. Ahora mismo allí queda solamente la familia Lasanta en espera de que vengan las máquinas demolidoras a pasarles por encima. Otros casos de lucha por la preservación de la integridad comunitaria son el de Los Filtros en Guaynabo, el de la Barriada Morales en Caguas y el de Villa Caridad en Carolina. Las tres comunidades enfrentan el poder municipal de expropiación forzosa, con el cual los respectivos municipios buscan obtener y “desarrollar” los valiosos terrenos donde están ubicadas.

También existen muchas víctimas en casos individuales, como la reciente muerte del líder comunitario Francisco Surillo de Villa Margarita en el pueblo de Trujillo Alto, o el allanamiento ilegal en casa del líder comunitario de Villa

¹² Véase la historia de *Villa sin Miedo, ¡Presente!* (Brentlinger y Rosenthal, 1989).

Cañona en el pueblo de Loíza. En la Barriada Morales del pueblo de Caguas, se llevó a cabo el mancillamiento de la reputación de un joven líder, por medio de la creación de un caso criminal, porque se negó a aceptar planes municipales que excluyen la participación ciudadana y amenazan con desplazar su comunidad. Hace unos meses, en una reunión del Bo. Palmas Altas de Barceloneta, donde sufren el acecho de un proceso de expropiación por parte del municipio, un líder comunitario contó con los ojos llenos de lágrimas la historia del señor Iván Bergollo, quien se ahorcó por la pérdida de su casa para la construcción de apartamentos de lujo. Como en la mayoría de las nuevas construcciones de viviendas de lujo en la isla, la mayoría de los apartamentos aún están vacíos. Estas circunstancias representan las condiciones de desolación moral y emocional que resultan de la violencia institucional a través de la crasa violación de derechos fundamentales reconocidos en Puerto Rico: el derecho a la vida, el derecho a la dignidad y el derecho a la paz comunitaria (TSPR, 1997) (TSPR, 2005).

Entonces se plasma lo que a muchos parecería una paradoja. ¿Cómo puede ser que, luego de constituido en las normas de Puerto Rico un Estado de derecho, ya sea constitucional o democrático, su existencia esté tan lejos de ser alcanzada? O, dicho de otra forma, ¿por qué no es suficiente para garantizar el desarrollo sostenible el que se instituya formalmente en nuestro ordenamiento la lucha en contra de la pobreza y la conservación del ambiente? En los siguientes párrafos se analiza desde una perspectiva teórica la contradicción que representa la existencia formal de un Estado de derecho por un lado, y la aguda inobservancia por aquellos responsables de hacer cumplir sus normas. La respuesta ofrecida está dirigida, más que a determinar definitivamente el asunto, a abrir el debate sobre la efectividad real de las normas jurídicas como garantía de la organización social, así como sobre el alcance que tiene la participación como herramienta para asegurar el desarrollo sostenible y la consecución, por tanto, de los derechos.

Retomando la teoría esbozada por Díaz, para que exista un Estado de Derecho deben existir cuatro realidades relacionadas todas con la realización de los derechos reconocidos. De esta forma, la efectividad de los derechos se relaciona directamente con la responsabilidad del aparato gubernamental (administrado en tres ramas) de aplicar la ley de manera que éste respete la voluntad popular establecida en los Estatutos Fundamentales. Siendo que el gobierno se conforma por seres humanos, es necesario que

éstos asuman en su comportamiento, no sólo los beneficios derivados de los derechos, sino las responsabilidades que implican. Más aún, bajo la teoría de Díaz, para que exista un Estado democrático de derecho es necesaria la participación efectiva de los ciudadanos tanto en la toma de decisiones como en el resultado o consecuencias de las actuaciones democráticas. Nuevamente, la participación igualitaria, que caracteriza la democracia, implica que las personas asuman tanto los derechos a participar como la responsabilidad de sus decisiones al hacerlo. En el estado de Puerto Rico, con la existente desvinculación entre derecho y responsabilidad, es imposible que se produzca siquiera un Estado de derecho.

Esta teoría, de la cual se infiere la importancia de que los humanos que componen el grupo social asuman en sus prácticas tanto los derechos como las responsabilidades que implica su efectiva realización, no se aleja de los postulados sobre la efectividad de las instituciones de dos grandes pensadores contemporáneos: Paulo Freire (1921-1997) y Cornelius Castoriadis (1922-1997). Aunque apartados entre sí geográficamente, estos autores postulan, desde sus diferentes realidades nacionales, que es imprescindible que los seres humanos asuman efectivamente los derechos y responsabilidades que implican las instituciones democráticas para que las mismas existan. Esto es así ya que el ser de las instituciones no se puede abstraer del factor humano, siendo el humano quien, en su práctica, crea la realidad. En otras palabras, en el caso del Estado democrático, es necesario que los ciudadanos asuman una práctica efectiva (participación consciente y responsable) en sus instituciones para que se haga real su existencia. Por otro lado, para que la participación sea consciente y responsable, ésta tiene que ser activa y directa. Por tanto, para garantizar el funcionamiento democrático, no basta con proponer fórmulas institucionales a base de reglas abstractas, o a base de listas de derechos fundamentales; es necesaria la participación de los ciudadanos en la creación, aplicación y en los resultados o consecuencias de las instituciones para que se materialice su existencia.

Para especificar, consideremos brevemente los postulados de Paulo Freire, autor brasileño que se destacó por sus teorías de educación popular. Para él, la libertad, justicia e igualdad no tienen significado alguno a menos que las mismas estén *encarnando* la realidad de quien las pronuncia, o sea, que al asumirlas busquen generar realidades.

La libertad, que es una conquista y no una donación, exige una búsqueda permanente. Búsqueda que sólo existe en

el acto responsable de quien la lleva a cabo. Nadie tiene la libertad para ser libre, sino que al no ser libre lucha por conseguir su libertad. Ésta tampoco es un punto ideal fuera de los hombres, al cual, inclusive, se alienan. No es idea que se haga mito, sino condición indispensable al movimiento de búsqueda en que se insertan los hombres como seres inconclusos (2002: 41).

Aquí el autor enfatiza que la materialización de la libertad va mucho más allá de aprender la definición que nos provee, por ejemplo, un diccionario o la metrópoli. La libertad tiene que ser comprendida como condición buscada, como práctica que brinda un significado alterno a la vida de quien la pronuncia. Las palabras, por tanto, si se desvinculan de su dimensión constructiva y humana, dejan de ser auténticas y pasan a formar meros grupos de fonemas estáticos y alienantes.

En esta visión, el acto de comprender y darle significado a la realidad (nombrarla) es lo que permite a una persona desarrollar su humanidad, y no ser dominada por los conceptos o significados traídos e impuestos por otros.

La existencia, en tanto humana, no puede ser muda, silenciosa, ni tampoco nutrirse de falsas palabras sino de palabras verdaderas con las cuales los hombres transforman el mundo. Existir humanamente, es “pronunciar” el mundo, es transformarlo. El mundo pronunciado, a su vez, retorna problematizado a los sujetos pronunciantes, exigiendo de ellos un nuevo pronunciamiento.

Los hombres no se hacen en silencio, sino en la palabra, en el trabajo, en la acción, en la reflexión.

Mas si decir la palabra verdadera, que es trabajo, que es praxis, es transformar el mundo, decirla no es privilegio de algunos hombres, sino derecho de todos los hombres. Precisamente por esto, nadie puede decir la palabra verdadera solo, o decirla para los otros, en un acto de prescripción con el cual quita a los demás el derecho a decirla. Decir la palabra, referida al mundo que se ha de transformar, implica un encuentro de los hombres para esta transformación (Freire, 2002: 98-99).

Es una necesidad fundamental humana, por tanto, el poder participar en la creación de la propia realidad. En la esfera política esto se extiende a tener injerencia directa en la creación de los significados de la organización política. Así, para Paulo Freire, la creación de la realidad o la transformación histórica, para que beneficie a todos,

deberá hacerse mediante la participación verdadera de todos en un diálogo que busque *puntos de encuentro* (2002: 99-100).

En la práctica de este diálogo igualitario, donde se respeta al otro como humano con sus propios significados, se practica la democracia a la vez que se crean personalidades democráticas. Por ejemplo, en la lucha contra la pobreza el autor rechaza como antidemocráticas las políticas asistencialistas que fomentan el mutismo y la dependencia:

Lo que importa, realmente, es ayudar al hombre a recuperarse. También a los pueblos. Hacerlos agentes de su propia recuperación. Es, repitamos, ponerlos en posición conscientemente crítica frente a sus problemas.

El asistencialismo, al contrario, es una forma de acción que roba al hombre condiciones para el logro de una de las necesidades fundamentales de su alma: la responsabilidad. [...]

Es exactamente por eso por lo que la responsabilidad es un hecho existencial. De ahí que ella no pueda ser incorporada al hombre intelectual sino vivencialmente. En el asistencialismo no hay responsabilidad, no hay decisión, sólo hay gestos que revelan pasividad y domesticación. Gestos y actitudes. Es esta falta de oportunidad para decidir y para participar responsablemente lo característico del asistencialismo que lleva en sus soluciones una contradicción en cuanto a la vocación del hombre a ser sujeto, y a la democratización fundamental. En verdad, no serán soluciones de este orden, internas o externas, como se ofrecerá al país un destino democrático. Lo que se precisa urgentemente es dar soluciones rápidas y seguras a sus problemas más angustiosos. Soluciones, repito, con el pueblo y nunca sobre o simplemente para él (Freire, 2004: 51-52).

Por tanto, la participación es indispensable para la democracia, pues a través de ella se asumen la conciencia y la responsabilidad de construirla. Considerando esto a la inversa, la realidad democrática, se construye practicándola todos.

De manera similar, pero de otro lado del mundo, el autor griego Cornelius Castoriadis escribió sobre la naturaleza humana, y cómo su esencia es ser creadora de realidades¹³.

¹³ De su extensa obra se destaca en este tema “La democracia como procedimiento y como régimen” (Castoriadis, 1998: 218-238; 2000: 35; 1999: 142-176 y 2000: 55-73).

La psique humana se caracteriza por la autonomía de la imaginación, por una imaginación radical: no se trata simplemente de ver –o de verse– en un espejo, sino también de la capacidad de dar forma a lo que no está ahí, de ver en algo lo que no está presente. En el psiquismo humano hay un flujo, una facultad espontánea de representación que no está sujeta a un fin predeterminado.

Bajo esta visión, es esencia humana la facultad de imaginar, de dar significados y crear realidades.

Para la potencialización de esta esencia humana, Castoriadis apunta en su trabajo a la necesidad de apartarnos de conceptualizaciones abstractas que buscan determinar la realidad, y en específico la democracia, como si existieran fuera de la acción humana. En este sentido, sobre la libertad expresa:

La libertad no consta solamente del aspecto “pasivo” o “negativo” de la protección de una esfera de existencia del individuo donde su poder-hacer autónomo quedaría reconocido y garantizado por la ley. Más importante aún es su aspecto activo y positivo del cual depende, por cierto, a largo y corto plazo la preservación del primero. Todas las leyes no son sino pedazos de papel mojado sin la actividad de los ciudadanos; jueces y tribunales no podrían permanecer imparciales e incorruptibles en una sociedad de borregos “individualistas” que se desentendieran de lo que hace el poder. La libertad, la autonomía, implica necesariamente la participación activa e igualitaria en todo poder social que decide sobre asuntos comunes. [...] Es autónomo quien se proporciona a sí mismo la ley. Y nos referimos aquí a leyes comunes, “formales” e “informales”, a saber: las instituciones. Participar en el poder es participar en el poder instituyente. Es pertenecer, en régimen de igualdad con los demás, a una colectividad que se auto-instituye explícitamente (2000: 34-35).

Al igual que Freire, Castoriadis apunta al vacío de las instituciones (por ejemplo, la libertad, el derecho o la democracia) si éstas se consideran fuera del contexto práctico, de la actividad humana. Esta indispensable participación humana en la creación de las instituciones es lo que el autor denomina participación en el *círculo de creación sociohistórica*.

De esta forma, dentro del constante proceso de creación es inútil intentar asegurar la existencia de las instituciones a través de fórmulas específicas. La democracia

en una sociedad de humanos esencialmente creadores (verdaderamente autónomos, o sea, igualmente libres) requiere la apertura de un verdadero espacio político de cuestionamiento, decisión y responsabilidad:

El punto esencial es que en democracia no tenemos una ciencia de la cosa política y del bien común, tenemos las opiniones de la gente; estas opiniones se confrontan, se discuten, se argumentan, y luego, finalmente, el pueblo, la colectividad se determina y zanja con su voto. Esto, entonces, en cuanto al proceso de interrogación, de cuestionamiento establecido por la democracia. Que no es un cuestionamiento en el aire: nosotros sabemos que el pueblo decide, antes bien, incluso, nosotros queremos que el pueblo decida. Y sabemos o deberíamos saber que lo que el pueblo ha decidido no es forzosamente la última verdad, que puede equivocarse, pero que no hay otro recurso. Nunca podrá salvarse al pueblo contra sí mismo, sólo es posible darle los medios institucionales para corregirse a sí mismo si se ha equivocado, para volver atrás si se ha tomado una decisión errónea, o para modificar una ley si ésta es mala (Castoriadis, 2006: 177-178).

Así, la democracia, como régimen de autoinstitución colectiva, requiere la práctica incesante por el ser humano en sociedad de la toma de decisiones y de la asunción de responsabilidades ante el resultado. Por tanto, el Estado democrático tendrá que componerse de instituciones flexibles que permitan a grado máximo este tipo de práctica, y que fomenten así el surgimiento de individuos con capacidad de participar consciente y responsablemente, o sea, individuos verdaderamente autónomos.

Sin espacio para abundar en la posición de estos fascinantes autores, es necesario señalar que la realidad que presenciamos día a día concuerda con las teorías esbozadas. Muchos planificadores y politólogos han sabido reconocer que las personas solamente asumen como suyas o se apropian de aquellas instituciones en las cuales han participado activamente en su creación. Más allá de la teoría, sin embargo, existen los estudios que demuestran que la participación directa en las actividades de desarrollo es la manera más eficiente en que se ha logrado combatir la pobreza, asegurar la sostenibilidad de las intervenciones a corto y largo plazo, y promover la responsabilidad de los actores en sus nuevos campos de acción. De manera inversa, se puede concluir que la falta de participación en las decisiones y los resultados es lo que perpetúa la depen-

dencia y el paternalismo, la violencia y la apatía (Kliksberg, 1999: 85-102). En el campo del derecho, esto significa que las normas no son efectivas por sí solas, y para que los administradores y demás ciudadanos las asuman será necesario que todos por igual practiquen con el poder la responsabilidad de crearlas, o sea, que tengan injerencia en la toma de decisiones en los asuntos que les afectan y en los resultados de sus decisiones. El Estado democrático de derecho solamente se realiza cuando el mismo es practicado por todos día a día.

Por otro lado, en el campo del desarrollo sostenible, estas teorías señalan que la participación solidaria es la forma más eficiente de asegurar el bienestar general de las generaciones presentes y futuras. Desde el inicio de la vida política del puertorriqueño, por ejemplo, son los movimientos sociales los que empujan la rueda de creación de normas y quienes mantienen su lucha por crear condiciones sociales que atiendan las necesidades de todos. Como reseñamos, en el pasado su actividad fomentó la inclusión de derechos abarcadores y leyes innovadoras en nuestro ordenamiento. Hoy día, leyes como la Ley de Comunidades Especiales, y la Ley de Escuelas de la Comunidad, proveen espacios de participación importantes, que han significado, en aquellos casos de aplicación exitosa, un cambio radical en la realidad de comunidades y escuelas¹⁴.

La experiencia trabajando en el desarrollo comunitario deja claro a esta autora que, a pesar de los avances, los movimientos sociales puertorriqueños de participación enfrentan obstáculos importantes. La mayor dificultad enfrentada por estos experimentos está relacionada con la hegemonía que mantienen en nuestra sociedad las actitudes coloniales, paternalistas y violentas. Son demasiados los políticos y funcionarios, al igual que muchos líderes y ciudadanos, los que todavía sostienen que deben ser ellos los que siempre tomen las decisiones finales y firmes. A falta de verdadera práctica democrática, es imposible cambiar personalidades

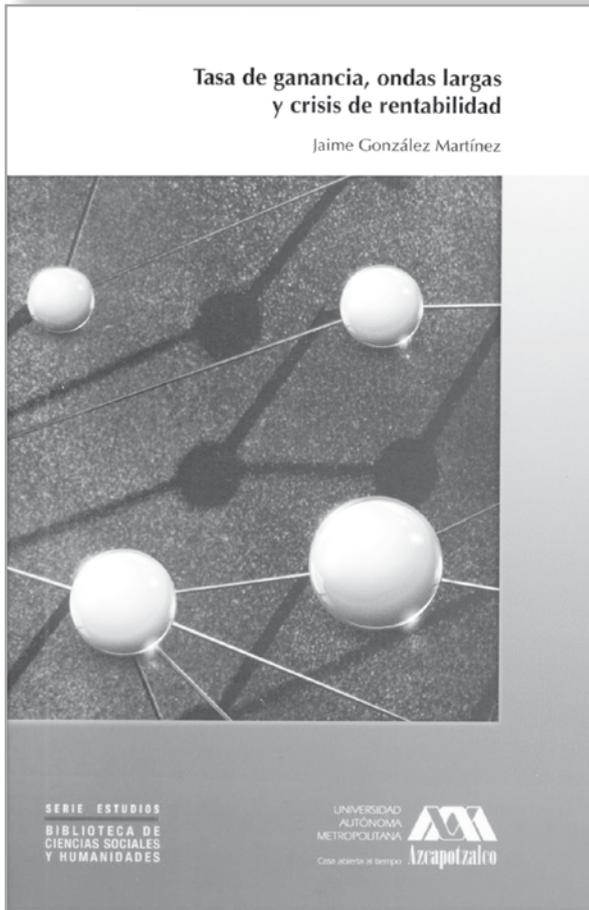
¹⁴ Ley de Comunidades Especiales, Ley Núm. 1 del 1ro de marzo del 2001; Ley Orgánica del Departamento de Educación, Ley Núm. 149 del 30 de junio de 1999. Un rápido ejemplo es *La Nueva Escuela Juan Ponce de León* de la Comunidad Juan Domingo, la cual a 20 años de haber comenzado con su proyecto de autonomía escolar, hoy promueve la iniciativa de escuelas hermanas para promover la participación ciudadana en el gobierno de las escuelas de la comunidad. En el campo comunitario, se han desarrollado organizaciones de líderes comunitarios, como lo es la Coalición de Líderes Comunitarios, Inc., que mediante las herramientas provistas por la Ley de Comunidades Especiales han logrado avances en el apoderamiento comunitario.

antidemocráticas. La solución, sin embargo, no está en seguir intentando controlar más aún los comportamientos a través de la legalidad, sino de colectivamente crear formas institucionales que nos permitan practicar la democracia a través de la toma de decisiones y asunción de responsabilidad en cuanto a los resultados. Los movimientos sociales puertorriqueños (ambientales y comunitarios), que experimentan con esto día a día, están en el camino correcto ya que, al realizar una verdadera práctica democrática, ayudan a construir identidades e instituciones democráticas.

Esta discusión apunta a la importancia de la participación ciudadana como práctica indispensable en el intento de romper la brecha entre las normas positivizadas y su efectiva realización, siendo éste un tema esencialmente pendiente en cuanto a los derechos humanos en Puerto Rico. Es necesario comprender que el camino a la materialización del Estado democrático de derecho no está pavimentado con la *soñada* perfecta brea de leyes y regulaciones. Es más bien un camino de muchas piedras que, en un valiente esfuerzo porque no sea escabroso, se acomodan todas juntas de manera que no termine ninguna encima de la otra. Los movimientos comunitarios y ambientales, entre otros importantes que defienden derechos fundamentales, se presentan como ejemplo de actividad política creadora que instituye participativamente normas y prácticas dirigidas al bienestar general, y a través de dichas normas y prácticas contribuyen a hacer realidad un desarrollo incluyente y sostenible que beneficie a todos. Para *realizar* el Estado democrático de derecho puertorriqueño debemos rescatar espacios y promover más instancias de participación ciudadana directa, las cuales permitan el surgimiento de individuos verdaderamente autónomos (conscientes y responsables) e instituciones realmente democráticas.

Referencias

- Álvarez, J. (2005). "Análisis del Término 2003-2004 Tribunal Supremo de Puerto Rico: Derecho Constitucional". *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 74.
- Brentlinger, J. y Rosenthal, M. (1989). *Villa sin Miedo, ¡Presente!* México: Claves Latinoamericanas.
- Castoriadis, C. (1998). *El ascenso de la insignificancia*. Madrid: Cátedra.
- Castoriadis, C. (1998). "La democracia como procedimiento y como régimen". En *El ascenso de la insignificancia*. Madrid: Cátedra.



Castoriadis, C. (1999). "De nuevo sobre la psique y la sociedad". En *Figuras de lo pensable*. Madrid: Cátedra.

Castoriadis, C. (2000). *Figuras de lo pensable*. Madrid: Cátedra.

Castoriadis, C. (2000). *La exigencia revolucionaria*. Madrid: Acuarela Libros.

Castoriadis, C. (2006). "El pensamiento político". En *Lo que hace a Grecia. De Homero a Heráclito*. Buenos Aires: FCE.

Castoriadis, C. (2005). "Naturaleza y valor de la igualdad". En *Los dominios del hombre*. Barcelona: Gedisa.

Castoriadis, C. (2006). "Los envites actuales de la democracia". En *Una sociedad a la deriva: Entrevistas y debates, 1974-1997*. Buenos Aires: Katz.

Cortina, A. (1990). *Ética sin moral* (4a. ed.). Madrid: Tecnos.

Delgado, C. (1988). "La masacre de Ponce y el contexto histórico de la violencia". En *Derecho y colonialismo. La trayectoria histórica del derecho puertorriqueño*. Río Piedras: Editorial Edil.

Díaz, E. (1998). *Curso de Filosofía del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Freire, P. (2002). *Pedagogía del oprimido*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Freire, P. (2004). *La educación como práctica de la libertad*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

González, J. (1991). "Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad". *Sistema*, 01.

Helfeld, D. (2003). "La política laboral constitucional del 1952: Sus principios esenciales y los factores que la influenciaron". *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 72.

Kliksberg, B. (1999, diciembre). "Capital social y cultura, claves esenciales del desarrollo". *Revista de la CEPAL*, 69.

Levine, A. (1993). *The General Will*. Nueva York: Cambridge University Press.

Ley de Comunidades Especiales, Ley núm. 1, 1º de marzo del 2001.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). Informe Brundtland (1987). *Nuestro Futuro Común*. Recuperado de <<http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>> (consultado el 20 de junio de 2012).

ONU. Informe de Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2005). *Informes de Desarrollo Humano del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) 1990-2008*. Recuperado de <<http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2005/>> (consultado el 20 de junio de 2012).

Rebellato, J. (1995). *La encrucijada de la ética. Neoliberalismo, conflicto Norte-Sur, liberación*. Montevideo: Nordan.

Rebellato, J. (1996, junio). "Nuevos paradigmas éticos en el marco de una práctica social transformadora". *Quehacer Educativo*, separata 20.

Riestra, M. (1978). *Pobreza y colonialismo. ¿Reforma o revolución?* Madrid: Relieves Arsango.

Rivera, E. (2001). *The Legal Construction of Identity: The Judicial and Social Legacy of American Colonialism in Puerto Rico*. Washington, DC: APA.

Trías, J. (1982). *Historia constitucional de Puerto Rico*. Tomo III. San Juan: Editorial Universitaria.

Trías, J. (1999). *Puerto Rico: Las penas de la colonia más antigua del mundo*. San Juan: Editorial de la Universidad de Puerto Rico.

TSPR (1997). *Asociación v. Cardona Rodríguez, 144 D.P.R. 1*.

TSPR (2005). *Nives v. AM Contractors Inc., TSPR 181*.

West, C. (2005). *Democracy Matters. Winning the Fight against Imperialism*. Nueva York: Penguin Books.

España y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Soledad Torrecuadrada García-Lozano*

En junio de 2012 se adoptó el informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas acerca de los progresos que España estaba procurando para el cumplimiento de aquel texto convencional. En este trabajo se estudian las líneas de preocupación mostradas por el órgano de Naciones Unidas, contrastándolas con la realidad actual del país, mucho más sombría que la que existía cuando se formularon.

Los derechos económicos, sociales y culturales son los menos conocidos de los derechos humanos en cuanto a su contenido, alcance y protección. Sabido es que los Estados son responsables del cumplimiento de sus compromisos internacionales y, especialmente, de los que versan sobre esta materia, y que el funcionamiento de los sistemas de control internacional se produce con carácter subsidiario, aplicándose exclusivamente si la responsabilidad estatal falla.

* Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, donde se desempeña como profesora en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales; acreditada como Catedrática de Universidad por resolución del Consejo de Universidades del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de España.

Sin embargo, si bien cuando nos referimos a los derechos civiles y políticos los mecanismos de protección, tanto el obligatorio (de naturaleza preventiva, materializado en los informes periódicos que han de remitir los Estados partes) como los facultativos (de carácter reparador, consistentes en las comunicaciones escritas de otros Estados partes o de particulares víctimas de alguna vulneración) se encontraban ya en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP) de 1966, no ocurre lo mismo con el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), adoptado el mismo día¹. Así, este último texto convencional sólo

¹ Ambos pactos se adoptaron en la Resolución 2200 (XXI), del 16 de diciembre de 1966, de la Asamblea General de Naciones Unidas.

contempla el instrumento de control de cumplimiento obligatorio, protagonizado en exclusiva por los informes estatales sobre las medidas que aplica y los progresos que éstas le procuran en el logro del estándar de protección de los derechos contenidos en este texto convencional.

Por otra parte, el Pacto indicado en primer lugar (PDCP) igualmente incorporaba un órgano de control de cumplimiento: el Comité de Derechos Humanos, sin que ocurriera lo mismo con su mellizo, el PDESC, carente de esa previsión orgánica, motivo por el cual los Estados partes debían dirigir sus informes periódicos al Secretario General de las Naciones Unidas. Con el transcurso del tiempo, para superar esta deficiencia se creó un órgano de control de cumplimiento: el Comité

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales², con una composición geográficamente equitativa y con representación de los sistemas jurídicos y sociales del mundo, cuyos miembros son elegidos por el Consejo Económico y Social mediante una votación secreta de los candidatos incorporados en una lista, formada por las personas nombradas por los Estados partes en el PDESC³. Además, desde el 5 de mayo de 2013 se han ampliado las vías para llevarlo a cabo, debido a la entrada en vigor de su Protocolo Facultativo adoptado en 2008⁴. Los más de cuatro años transcurridos para que este hecho se produjera ponen de relieve el desinterés estatal por incrementar los mecanismos de control, pues para que su vigencia se produjera exclusivamente se requería el consentimiento de diez Estados partes (lo que supone 5.19% de los miembros de las Naciones Unidas).

La entrada en vigor del Protocolo es muy importante desde la perspectiva de su cumplimiento al añadir al sistema de informes periódicos las otras dos modalidades con las que cuenta el PDCP: las comunicaciones interestatales (Artículo 41 del PDCP) manteniendo, como en el caso de aquél, la necesidad de declaración particular de aceptación de esta posibilidad; y las comunicaciones individuales, para cuyo conocimiento (del mismo modo que en el PDCP) tiene competencia el Comité siempre que la parte demandada o aquella cuyo comportamiento se indica en esa comunicación sea parte en el Protocolo facultativo.

Hasta aquí los sistemas de control del Pacto, pero materialmente, a diferencia del PDCP, se nos dice que las obligaciones derivadas del PDESC son más débiles que

² Sin embargo, en 1978 el Consejo Económico y Social decidió (en su resolución 1978/10, de 3 de mayo) establecer un grupo de trabajo sobre la implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con el propósito de asistir al Consejo en la consideración de los informes que someten los Estados partes en él. Más tarde, en 1982, en la resolución 1982/33 del 6 de mayo se decide modificar la composición y organización de aquel grupo de trabajo, pasando a convertirse en virtud de la resolución 1985/17, del 28 de mayo, en el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³ En la actualidad conforman el Comité los siguientes miembros y nacionalidades: Aslan Khuseinovich Abashidze (Federación Rusa), Mohamed Ezzeldoin Abdel-Moneim (Egipto), Clemente Atangana (Camerún), Rocío Barahona Riera (Costa Rica), Jung Cong (China), Azzouz Kerdoun (Argelia), Jaime Marchan Romero (Ecuador), Sergey Martynov (Bielorrusia), Ariranga Gobindasamy Pillay (Mauricio), Renato Zerbini Ribeiro Leao (Brasil), Eibe Riedel (Alemania), Waleed Sadi (Jordania), Nicolaas Jan Schrijver (Países Bajos), Heisoo Shin (República de Corea), Philippe Texier (Francia), Álvaro Tirado Mejía (Colombia).

⁴ Es el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en Nueva York el 10 de diciembre de 2008.

las incorporadas en aquél, al tratarse de compromisos de comportamiento (“de adoptar las medidas necesarias para procurar un resultado”) y no de lograr la finalidad marcada en el texto convencional. Sin embargo, sin dudar de la certeza de esta afirmación, resulta matizable, pues el PDESC contiene una obligación de comportamiento progresivo que supone el compromiso de avanzar en el logro de las metas convencionalmente establecidas. De este modo, se proclama (Artículo 2) que el Estado parte “se compromete a adoptar medidas [...] hasta el máximo de recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”, en consecuencia de adoptar medidas progresivas (que no regresivas, las cuales serían contrarias al Pacto con carácter general), sin que lo anterior implique una prohibición absoluta, pues esos retrocesos en la protección sólo se admiten cuando concurren situaciones determinadas y, de producirse, en las condiciones indicadas en el Pacto.

Es interesante, al hilo de lo anterior, que nos detengamos en la inexistencia de un parámetro óptimo de cumplimiento de las obligaciones del PDESC, pues resulta mutable, lo que se traduce en este texto en la exigencia de actuación progresiva a los Estados partes, es decir, que adopten medidas para avanzar en la protección de esta categoría de derechos. Evidentemente, no se puede exigir el mismo parámetro de cumplimiento a un Estado en desarrollo que a uno desarrollado, no nos encontramos con una carrera con un único punto de salida y destino, sino ante situaciones variadas. En todos los casos la orientación y el compromiso implican avanzar en la protección de los derechos, tal como proclama el Artículo 2 del Pacto:

- I. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Por lo demás, el Pacto afirma un conjunto de derechos de los que serán titulares en igual medida y forma hombres y mujeres, lo que se contiene en una cláusula general de reconocimiento sin ningún tipo de discriminación, entre

otras razones, por el género⁵ y en una monográfica posterior en el Artículo 3⁶.

¿Qué derechos reconoce el Pacto? El derecho al trabajo, que supone la obligación del Estado no de dar trabajo sino de procurar el contexto normativo suficiente para permitirlo y que el ejercicio de ese derecho responda a unas condiciones equitativas, seguras y satisfactorias, a fundar sindicatos y afiliarse a ellos, el derecho a la huelga ejercido de conformidad con las leyes de cada país⁷.

Es en este contexto en el que se publicó, en el mes de junio de 2012, el Informe del Comité PDESC sobre España, al que hace referencia el título de este trabajo. Cierto es que España es uno de los países que han permitido la entrada en vigor del Protocolo, pero también lo es que el trámite se refiere al mecanismo obligatorio y preventivo de control de cumplimiento del PDESC. Las páginas que siguen se dedican al análisis del contenido del informe de referencia, así como los comentarios formulados por España en el curso del procedimiento que concluyó con su adopción.

El Informe del Comité DESC sobre España

Contexto español

España se encuentra inmersa en una durísima crisis económica y tanto el gobierno del presidente Rodríguez Zapatero hasta noviembre de 2011, como el del Presidente Rajoy,

⁵ La redacción del Artículo 2 es la siguiente: "1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos".

⁶ Cuya redacción es la siguiente: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto".

⁷ Otros derechos igualmente incorporados en el Pacto son los siguientes: a la seguridad social, el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia (de nuevo nos encontramos con la progresividad) (Artículo 11), derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, derecho de

triumfador en las elecciones generales adelantadas a esos meses, han adoptado unas estrictas medidas de ajuste que en otros lugares del mundo ya mostraron su ineficacia. Al presidente Rodríguez Zapatero se le achaca no haber reconocido la presencia de la crisis, lo que conllevó una reacción muy tardía a las primeras manifestaciones de aquélla y su respuesta, la cual, en todo caso, le sirvió en bandeja de plata a una mayoría absoluta del Partido Popular, que condujo a Mariano Rajoy a la Presidencia. Desde entonces sufrimos con temor las comparecencias de los viernes de la vicepresidenta y portavoz del gobierno, para anunciarnos el lugar por el que van a seguir utilizando la tijera de los recortes en los derechos sociales.

Hemos de introducir una nueva variable que nos permita conocer la situación actual: España es miembro de la Unión Europea (UE) y de la Eurozona, es uno de los 17 Estados de la UE que participan de la unión monetaria⁸, que comparten el euro. Se trata de una moneda, al parecer, deficientemente construida pues carece de mecanismos de reacción y reajuste cuando uno de los Estados que participan en ella entra en dificultades económicas (no se prevé la posibilidad de devaluar una de las monedas que la componen). Por otra parte, se ha creado el denominado mecanismo de estabilidad que incorpora la obligación de un porcentaje máximo de déficit público que hay que cumplir, pudiendo sancionarse económicamente a quienes no puedan cumplirlo⁹. Medida de castigo que no de ayuda al "socio en dificultades", pues lejos de mejorar el cumplimiento del descenso del déficit producirá su incremento.

Por si esto fuera poco, la crisis de los bancos españoles se ha superado, afortunadamente para ellos, por una línea de crédito de la UE al Estado español, lo que ha supuesto la adición de la dotación de aquel rescate al nivel de deuda estatal, incrementando esta última. Ello a pesar de que el dinero recibido tiene un único sector destinatario: los bancos

todas las personas a la educación que capacite para participar efectivamente en una sociedad libre (Artículo 13), el derecho a participar en la vida cultural (Artículo 15).

⁸ De los 27 Estados miembros de la UE (que desde julio de 2013 serán 28) Bélgica, Alemania, Estonia, Irlanda, Grecia, España, Francia, Italia, Chipre, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Eslovaquia y Finlandia son los integrantes de la Eurozona.

⁹ Véase el Artículo 8 del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Europea y Monetaria del 2 de marzo de 2012, que perfila la aplicación del recurso de incumplimiento en este punto, afirmando que "Si el Tribunal de Justicia declara que la Parte Contratante afectada ha incumplido su sentencia, podrá condenarla al pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva adaptada a las circunstancias, que no excederá de 0.1 % de su producto interior bruto".

y las cajas de ahorro, que son, no lo olvidemos, entidades privadas las primeras y, desde la perspectiva de la UE, las segundas son también empresas. De ahí el rechazo que suscita esta solución entre los ciudadanos de la UE, quienes están empezando a padecer una suerte de germanofobia al personalizar en la presidenta alemana (señora Merkel) el origen de sus males, debido a que los medios de comunicación transmiten la idea de que la UE sólo hace lo que ordena la canciller alemana.

Las preocupaciones del Comité sobre España

Una de las cuestiones a tener en cuenta como punto de partida es el hecho de que las observaciones finales del Comité DESC que comentaré a continuación se publicaron en los primeros días del mes de junio de 2012; por tanto, no responden a la situación actual, mucho más sombría que la que el Informe presenta. Por lo demás, se trata de un texto muy breve, de sólo ocho páginas, pero que contiene demasiadas letras en negrita, con las que se resaltan los principales motivos de preocupación así como las recomendaciones que formula el Comité a España para que cumpla el contenido del Pacto. Básicamente, las líneas alrededor de las cuales se articula el Informe son las siguientes: primero, la desprotección de los derechos económicos, sociales y culturales; segundo, se refiere a las medidas de austeridad; tercero, el que parece ser el problema endémico español, que no es otro que el desempleo; cuarto, las cuestiones de género; y por último los problemas de la educación. Estos van a ser los ejes sobre los que vamos a analizar el Informe sobre España y que utilizaremos como subtítulos a desarrollar en las páginas que siguen.

a) La desprotección de los derechos económicos, sociales y culturales

En relación con la importantísima cuestión de la desprotección de los derechos económicos, sociales y culturales, el Comité afirma la ausencia de mecanismos que garanticen en España la “justiciabilidad y aplicabilidad de todas las disposiciones del Pacto por los tribunales nacionales”. Hemos de observar en este punto que por justiciabilidad y aplicabilidad el Comité se refiere a dos cuestiones distintas: una, la indicada en primer lugar (justiciabilidad), alude a los problemas que pueden o deben resolver los tribunales; y dos, la aplicabilidad afecta a la posibilidad de que los tribunales puedan aplicar directa (en tanto que posibilidad

de que el particular acuda a un tribunal para que se le indique que se ha vulnerado su derecho) o indirectamente (si hemos de fundamentar nuestra posición en una norma de derecho interno que desarrolle aquellas obligaciones internacionalmente contraídas por el Estado) las disposiciones del Pacto.

Lo que preocupa del caso español es la diferencia, en lo que a justiciabilidad y aplicabilidad se refiere, entre los derechos civiles y los políticos (que pueden ser incluso objeto de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español¹⁰) y los derechos económicos, sociales y culturales, algunos de los cuales permanecen marginados en este punto (no todos ellos, pues el derecho a la educación y el de sindicación, por ejemplo, pueden ser objeto del recurso de amparo). Aunque es cierto que el Artículo 10.2 de la Constitución establece como parámetro interpretativo de las normas constitucionales sobre derechos y libertades fundamentales “la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Esta formulación resulta insuficiente, porque si bien podemos acudir a los tribunales para que se conozca la vulneración del derecho a la vida, la tutela judicial efectiva, discriminación, entre otros, el ordenamiento español carece de recursos efectivos que nos permitan actuar de igual modo cuando el derecho vulnerado sea uno de los reconocidos en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales o Culturales (con la salvedad antes apuntada)¹¹.

No es necesario recordar aquí la situación que se atraviesa en España con los desahucios, aspecto en el que las estadísticas arrojan unos datos escalofriantes, pues en marzo de 2012 se indicaba que

Los juzgados españoles procesaron 58.241 expedientes de desahucios en 2011, según los datos del Consejo General

¹⁰ La Constitución española limita la aplicación del recurso de amparo a los derechos recogidos en el Artículo 14 (igualdad ante la Ley) y la Sección Primera del Capítulo II de la Constitución, titulada “De los derechos fundamentales y las libertades públicas”, que incorpora el derecho a la vida y la integridad física y moral, la libertad ideológica, la libertad y la seguridad, derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, libre circulación y residencia de los españoles por el territorio nacional, libertad de opinión, derecho de reunión pacífica y sin armas, derecho de asociación, de participación en asuntos públicos, a la tutela judicial efectiva, principio de legalidad, derecho a la educación, de sindicación y de petición.

¹¹ ¿Qué recursos podemos instar por la vulneración del derecho a la vivienda en una época en la que los desahucios están a la orden del día o del derecho al trabajo con más de una cuarta parte de la población en edad de trabajar sin encontrar un lugar en el cual hacerlo?

del Poder Judicial (CGPJ). Una cifra que supone un récord desde que se tiene registro y que representa además un aumento del 22% con respecto a 2010 (Salido, 2012).

Bien es cierto que no en todos los supuestos se produce el desahucio en primera vivienda, pero en todo caso es una situación desesperada para quienes se ven ante la pérdida de su hogar porque no pueden hacer frente a la hipoteca o porque avaló a un familiar para que adquiriera la suya. En muchos casos no sólo pierden el bien inmueble que parcialmente han saldado sino que además han de seguir abonando la diferencia entre el préstamo conseguido (que fue de manos de la inmobiliaria de la cual lo adquirió) y el valor actual del bien, lo que con la caída del precio de las inversiones inmobiliarias, que según se dice ya supera 25% de descenso desde 2007, supone un problema añadido a la pérdida de la vivienda.

De ahí que el Informe de 2004 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ya indicara su preocupación “por el problema creciente de las personas sin hogar [...] y de las personas afectadas por los desalojos forzosos [...]”, así como “el deterioro creciente de la situación de la vivienda [...] y la falta de viviendas sociales”. En el Informe de ocho años más tarde, el mismo Comité recomienda (en la página 6) al Estado “que impulse una reforma legislativa que faculte la dación de la vivienda en pago de la deuda hipotecaria, de modo que esta opción no dependa únicamente de la discrecionalidad de las entidades bancarias”, a pesar de lo cual el Estado miró hacia otro lado y sólo hizo una leve tentativa de moderar los efectos de los desahucios en los casos más extremos¹², no

¹² El Real Decreto-Ley 6/2012, del 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (publicado en el Boletín Oficial del Estado nº60, del sábado 10 de marzo de 2012, p. 22492, <<http://www.boe.es/boe/dias/2012/03/10/pdfs/BOE-A-2012-3394.pdf>>) contempla exclusivamente las siguientes categorías establecidas en el Artículo 3, apartado primero: “Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurran en ellos todas las circunstancias siguientes:

a) Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas. A estos efectos, se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda.

b) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 60 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.

c) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.

en aplicación del Informe del Comité que comentamos, sino como consecuencia de las tremendas reacciones que el problema ha provocado, traducidas en suicidios, (*El País*, 27 de octubre de 2012) además de otras reacciones en contra de esta práctica¹³. (Huffington Post, 19 de febrero 2013). El resultado que se ha logrado es insatisfactorio al no resolver las situaciones en presencia.

La desesperación, afortunadamente, no ha llegado al punto de Grecia, donde las personas se suicidan porque es el mejor horizonte que en determinadas situaciones ven a su vida, es triste y doloroso decirlo pero no es un caso puntual, cuando según las estadísticas, en Grecia, la cuna de la civilización, en 2009 hubo 391 suicidios por motivos económicos y sólo en junio de este año se han producido 350 llamadas a emergencias por personas a punto de suicidarse en la zona de Ática (Atenas y Pireo), de las que finalmente 50 terminaron en suicidio (Estepa, 23 de noviembre de 2012).

Desde mi punto de vista, estas situaciones (las de la vivienda) son fruto de la suma de tres factores: el desempleo, la inflexibilidad de los bancos con los particulares¹⁴ y el

d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

e) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que en todos los garantes concurran las circunstancias expresadas en las letras b) y c).

f) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores”.

Para ellos contempla en el artículo 4: “1. En todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2.5 por cien sobre el capital pendiente del préstamo”.

¹³ Las noticias de prensa respecto de jueces, policías y bomberos que participan en la ejecución material de los desahucios señalan que éstos han sido quienes han mostrado mayor sensibilidad en este punto, que los que viven en la jaula dorada que les proporciona su pertenencia al poder legislativo, pues se han negado a participar en estas ejecuciones forzosas. La respuesta de las autoridades estatales ha sido la amenaza del expediente disciplinario a los funcionarios que debiendo procurarlo se abstengan de hacerlo.

¹⁴ En España hay un programa en la cadena de televisión La Sexta, llamado *Salvados*, en el que los entrevistados realizan afirmaciones claras de las que, en la mayoría de las ocasiones, seguramente se arrepienten. En uno de ellos supimos (por si no nos habíamos enterado ya) que los bancos no tratan del mismo modo a los particulares que a los partidos políticos, lo que nos hace pensar en potenciales prácticas rayanas a la corrupción, pues quien da algo, máxime si es un banco, siempre lo hace con la esperanza de recibir otra cosa a cambio. Y lo cierto es que, como

enriquecimiento de las empresas inmobiliarias, de las que nadie se acuerda en estos momentos, pero que son quienes establecieron precios muy elevados para sus productos, punto en el que se encuentra el origen del problema.

Estamos en una situación en la que con fondos públicos se ayuda a los bancos en apuros que están dejando sin casa a quienes viven en una situación de mayor vulnerabilidad, quienes pagan impuestos con los que se les ayuda a la financiación y saneamiento de las cuentas del banco que les privó de una casa parcialmente pagada. En este sentido, observemos que el Comité DESC considera el derecho a la vivienda con una doble virtualidad, como un derecho autónomo, por una parte, como una proyección del derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado “para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” (Artículo 11.1), y por otra, dentro del derecho a la salud (parágrafo tercero del informe presentado sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, Artículo 12 del Pacto)¹⁵. Es cierto que la interrelación existente dentro de la categoría de los derechos humanos se evidencia especialmente en este tema. Recordemos aquí el razonamiento realizado recientemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un supuesto de un grupo indígena contra Paraguay, en cuya sentencia ha afirmado que la privación de las tierras ancestrales al pueblo indígena en cuestión tiene por efecto vulnerar su derecho a la vida.

La argumentación de la Corte no puede aplicarse a cualquier grupo humano, dado que se formula en un contexto muy particular: se trata de unos territorios del Chaco paraguayo que fueron vendidos en la bolsa de Londres, motivo por el cual los pobladores tradicionales de la zona pasaron a trabajar para los nuevos propietarios de los que habían sido sus territorios ancestrales. Consiguieron huir de allá y se establecieron en los márgenes de una carretera. La malnutrición provocada por el alejamiento del que había sido su hábitat natural intentó repararse mediante la entrega de comida y agua potable por parte del Estado, que calculó mal las cantidades a distribuir, pues carecía de un censo real en el que figurara la población

se puso de relieve en aquel programa, los bancos han perdonado deudas de considerable cuantía a los partidos políticos cuando lo han creído oportuno y/o conveniente, sin que el comportamiento desarrollado hacia los individuos se parezca en lo más mínimo a la generosidad de la que hacen gala cuando el deudor es un partido político.

¹⁵ Documento E/C.12/2000/4, del 11 de agosto de 2000.

realmente existente, ignorando en consecuencia el número de personas afectadas. En este contexto, según la sentencia en cuestión, tanto el agua como los alimentos eran insuficientes porque no alcanzaban 300 gramos por persona y día. Por lo demás, el dispensario de salud más próximo se encontraba a 200 kilómetros y el hospital, a 400. Bien es cierto que por la carretera en cuyos márgenes se habían instalado circulaban los autobuses que podían conducirlos al dispensario y al hospital, pero recordemos que la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban les impedía adquirir el alimento necesario, difícilmente podrían asumir el coste del billete preceptivo para este transporte (CIDH, 24 de agosto de 2010).

En este sentido, como indica el Comité, el derecho a la salud no es el derecho a gozar de buena salud, sino a que se nos proporcione el nivel más alto posible de salud sin discriminación, o, lo que es lo mismo, el derecho “al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud” (parágrafo 9)¹⁶. Establecido de este modo su contenido, este derecho se ha de gozar sin ningún tipo de discriminación (incluso la situación administrativa en la que se encuentren) el Comité, en la información sobre el contenido del derecho a la salud, establece que

Los Estados tienen la obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes, y, al garantizar la atención de la salud y proporcionar servicios de salud impedir toda discriminación basada en motivos internacionalmente prohibidos, en especial por lo que respecta a las obligaciones fundamentales del derecho a la salud (parágrafo 19).

Por tanto, la exclusión de los inmigrantes irregulares (categoría en la que exclusivamente se encuentran quienes no son nacionales de la Unión Europea) de la atención sanitaria vulneraría el derecho a la salud tal como la define el Comité, sobre el que volveremos luego, medida decidida en abril de 2012 en España (Prats, 20 de abril de 2012).

¹⁶ Esto supone que los establecimientos médicos sean geográficamente accesibles y no estén concentrados todos en el mismo lugar; la accesibilidad económica y la información sobre cuestiones relacionadas con la salud, entre otros. Además de que desde el punto de vista científico y médico sean de buena calidad.

En este punto y dentro de la primera línea de preocupación del Comité, la desprotección de los derechos económicos, civiles y culturales, se encuentran los poderes de los que se dota al Defensor del Pueblo que si bien puede ocuparse de la vulneración de los derechos civiles y políticos, no ocurre lo mismo con los derechos económicos, sociales y culturales. Además, carece de legitimación activa para elevar los casos que recibe ante los tribunales¹⁷.

b) Medidas de austeridad

En relación con las medidas de austeridad, el Presidente del Comité remitió una carta el 16 de mayo de este mismo año a los Estados partes en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la protección de estos derechos en tiempo de crisis, para indicar la posibilidad de reajustar los presupuestos estatales sin afectar a los sectores de población más vulnerables. En este sentido, comienza indicando que los Estados partes “deben evitar en todo momento la adopción de decisiones que pudieran redundar en la denegación o la vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales”, subrayando que los comportamientos susceptibles de infringir estos derechos implican, además de consecuencias políticas o sociales más evidentes, también un incumplimiento de las obligaciones convencional y voluntariamente contraídas por los Estados partes. Reitera también que la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos provocan que la restricción de los derechos

¹⁷ El Artículo 54 de la Constitución española proclama respecto del Defensor del Pueblo que: “Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”. ¿A qué derechos se refiere? Según la LODP, a los establecidos en el Título I de la Constitución, por tanto: derechos inherentes a la dignidad humana, el respeto a la ley (Artículo 10.1), la nacionalidad (Artículo 11), igualdad ante la ley (Artículo 14), derecho a la vida (Artículo 15), libertad religiosa e ideológica (Artículo 16), derecho a la libertad y a la seguridad (Artículo 17), derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio (Artículo 18), libertad de residencia y circulación (Artículo 19), libertad de expresión (Artículo 20), derecho de reunión (Artículo 21), de asociación (Artículo 22), participación (Artículo 23), tutela judicial efectiva (Artículo 24), derecho a la educación (Artículo 27), libertad de sindicación y derecho a la huelga (Artículo 28), petición (Artículo 29), servicio militar (Artículo 30), contribución a los gastos públicos de acuerdo con nuestra respectiva capacidad (Artículo 31). Extenso listado en el que figuran derechos civiles y políticos junto con otros de carácter económico, social o cultural, aunque a diferencia de éstos, aquéllos pueden ser objeto de un recurso de amparo.

económicos, sociales y culturales afecte inevitablemente a otras categorías que consideramos más relevantes desde la perspectiva de su protección. Las crisis, en todo caso, requieren adoptar ajustes que tienen que cumplir, según el Comité, los siguientes requisitos:

[...] en primer lugar, la política [se refiere a la política de austeridad] debe ser una medida provisional que abarque solamente el periodo de crisis; en segundo lugar, debe ser necesaria y proporcional, en el sentido de que la adopción de cualquier otra política o la simple inacción tendría efectos más perjudiciales sobre los derechos económicos, sociales y culturales. En tercer lugar, debe tener un carácter no discriminatorio e incluir todas las iniciativas posibles, incluidas medidas fiscales para apoyar los subsidios sociales encaminados a mitigar el posible aumento de las desigualdades en tiempos de crisis e impedir que se vean desproporcionadamente afectados los derechos de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados. En cuarto lugar, en la política se debe especificar un contenido mínimo básico de derechos o el nivel mínimo de protección social [...].

Pues bien, es claro que con esta carta el presidente del Comité establece en qué condiciones es conforme con el Pacto (y en cuanto tal, lícito) quebrar la línea de progresividad en la adquisición de derechos que establece este texto convencional como obligación para sus Estados partes. En la medida en que se trata de un listado acumulativo de requisitos, si no se cumplen todos ellos no podrán adoptarse las restricciones pretendidas. En este sentido, a la vista de las medidas de austeridad adoptadas por España frente a la crisis en la que nos encontramos inmersos, recomienda

[...] que todas las medidas de austeridad adoptadas identifiquen el contenido mínimo esencial de todos los derechos del Pacto y que tome todas las medidas apropiadas para proteger este contenido esencial en cualquier circunstancia, especialmente para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados. En este contexto, el Comité recomienda al Estado parte que recopile información estadística desagregada, con el objeto de identificar a las personas y grupos afectados y aumentar la eficacia de sus esfuerzos para la protección de sus derechos económicos, sociales y culturales.

Estadísticas que de momento no se han realizado o no se han hecho públicas, y tampoco existen previsiones sobre si se vayan a elaborar.

Conocida esta situación, es claro que tampoco se están adoptando medidas para proteger a las personas más desfavorecidas y marginadas. Ciertamente se han publicado algunas de ellas, pero muy pocas. Se han endurecido las condiciones establecidas para la percepción de subsidio a mayores de 55 años que carezcan de medios para su subsistencia¹⁸; la tímida modificación indicada antes en relación con el desahucio de las personas más desfavorecidas o el Real Decreto-Ley 10/2009, del 13 de agosto, por el que se regula el programa temporal de protección por desempleo e inserción, que no supone la materialización de una medida nueva, sino de la prórroga de otra preexistente y que exclusivamente resulta de aplicación a determinados colectivos (franja de edad entre 30 y 45 años y contar con cargas familiares). Esta última es una de las que figuran en la respuesta española a las preguntas planteadas por el Comité. Sin embargo, de los comedores sociales, cada vez más frecuentados, no se encarga el Estado; de hecho, se han reducido las subvenciones a las entidades que realizan estas tareas que, como Cáritas, con poco consiguen resultados muy lucidos.

El Comité apunta también las disparidades que son consecuencia de una estructura estatal descentralizada con competencias cedidas a las Comunidades Autónomas, lo que provoca las desigualdades entre ellas en términos de inversión social y recortes sociales, de donde se desprende que la residencia en una comunidad u otra sea un factor de desigualdad. Ello es así desde el momento en el que en algunas Comunidades Autónomas la enseñanza pública gratuita alcanzaba esa gratuidad a los libros de texto, pero sin ser así en todas ellas; el euro por receta impuesto inicialmente en Cataluña y en Madrid desde el año pasado (y cuya aplicación suspendió el Tribunal Constitucional) suponía un claro encarecimiento de los medicamentos recetados en estas dos comunidades. Por mucho que las autoridades madrileñas, en los días previos y posteriores a la adopción de esta medida, se empeñaron en intentar convencernos de que no gravaban el precio del medicamento, evidentemente si se adquiere sin receta puede no ser así (aunque las farmacéuticas han incrementado el importe

de los medicamentos excluidos de la lista de los parcialmente financiados por el Estado) (Zaragoza, 2 de febrero de 2013), pero si es fruto de una prescripción facultativa, evidentemente, además del total, tendremos que abonar el euro que supone la medida, u otras muchas disparidades que la transferencia del ejercicio de competencias a las Comunidades Autónomas permite.

Otra consecuencia de las medidas de austeridad es la reducción de la cooperación al desarrollo, lo que se traduce en la renuncia a ayudar a quienes más lo necesitan, que en el informe de 2004 era una de las preocupaciones del Comité. Ello se debe a que en el periodo considerado el porcentaje era de 0.25% del PIB¹⁹, muy alejado del 0.7 del PIB fijado por Naciones Unidas como objetivo, y más bajo que el 0.30% de 2001, por lo que siempre nos hemos movido alejados de esa meta indicada. En todo caso, la respuesta de las autoridades españolas en este punto parecía no querer reconocer la evidencia al intentar defenderse con el siguiente argumento:

[...] la cooperación española al desarrollo se ha orientado a la consecución del objetivo del 0.7% durante los últimos años. Este compromiso, adquirido en el Pacto de Estado contra la Pobreza, fue reiterado por el Gobierno de España en la Reunión de Alto Nivel sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio y en la Conferencia Internacional de Seguimiento sobre la Financiación para el Desarrollo, celebrada en Doha en 2008 [...].

Excusa la situación actual indicando que “La coyuntura actual obliga a una reestructuración del gasto, lo que podría afectar temporalmente a la AOD”, la respuesta está remitida el 28 de marzo de 2012, cuando ya se conocía el tijeretazo del que ha sido objeto esta partida, que consigue alejarnos aún más de la meta comprometida.

Se recuerda también la universalidad de las prestaciones sanitarias, pues las medidas adoptadas limitan el acceso a los servicios de salud precisamente a los más vulnerables, a los inmigrantes en una situación administrativa irregular, los denominados “sin papeles”. En España existe la posibilidad de regularizar la situación administrativa por arraigo, pero han de transcurrir tres años de empadronamiento y contar con un contrato de trabajo. Esto quiere decir que si somos

¹⁸ Información al respecto en <<http://www.gobiernospanol.es/gobierno-endurece-subsidio-paro-para-mayores-anos-g599188872>>.

¹⁹ Según Intermón Oxfam, el porcentaje de AOD sobre el PNB para el 2003 fue tan sólo de 0.23%.

sanos y sobrevivimos a ese periodo, después podremos disfrutar de atención sanitaria, pero nos ha de alcanzar la vida hasta entonces.

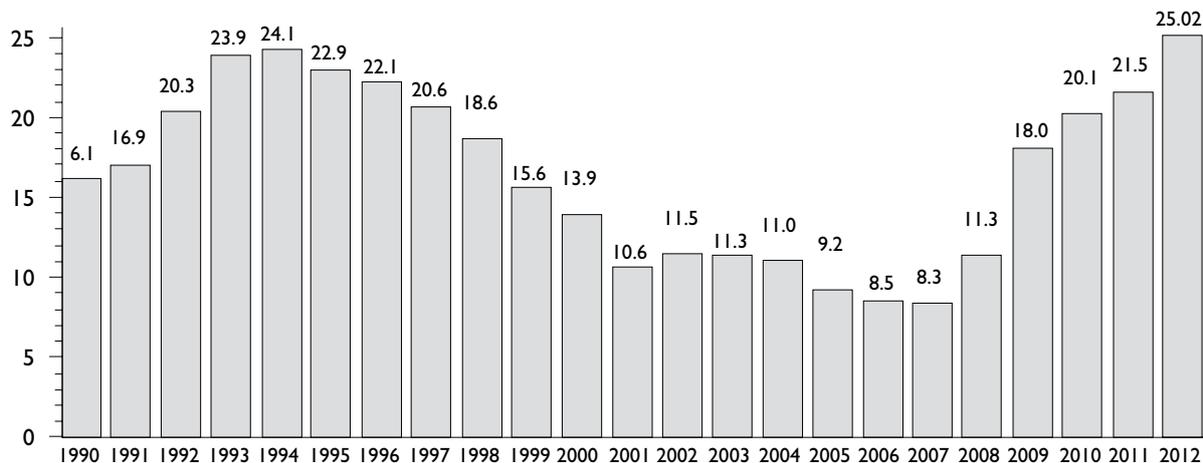
c) El desempleo

La reforma laboral, tanto la desarrollada por el PSOE²⁰ como la más reciente del PP²¹, ha provocado la destrucción de puestos de trabajo con los que disminuyen los ingresos de las arcas públicas por dos motivos: en primer lugar porque pasan a percibir la prestación por desempleo (por la que durante toda su vida laboral han estado cotizando); en segundo término, por cuanto lo que se destruye es empleo consolidado de contratos indefinidos que contribuye con un importante porcentaje de su salario bruto al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y dejan de hacerlo, porque sus puestos de trabajo normalmente son amortizados u ocupados por becarios. Algunas empresas están aprovechando el abaratamiento del despido precisamente para aplicar este modelo: se sustituyen trabajadores

altamente cualificados, con salarios acomodados a su experiencia y especialización por becarios de últimos años de grado o trabajadores en prácticas, lo que resulta mucho más económico para el empresario.

El abaratamiento de los despidos tiene otra importante consecuencia y es que antes esas indemnizaciones se han reducido desde los 45 días de salario por cada año trabajado hasta los 33 en unos casos y veinte en otros, reduciéndose de igual modo el número de las mensualidades en las que aquellos días se cuentan. Esta reducción implica que la indemnización percibida difícilmente permite el autoempleo, al que antes se dedicaba un importante porcentaje de la población que pasaba por esta situación.

En todo caso, no podemos culpar exclusivamente a las políticas de austeridad de las tasas de desempleo actuales, pues en España el desempleo es un mal endémico. Desde la crisis económica de 1980²² nunca ha descendido de 8%; así, en 2002 era de 11.5% y en 1994 de 24.1%. La evolución en estos años, según el Instituto Nacional de Estadística, ha sido la que figura en la Gráfica.



²⁰ Introducidas por el Real Decreto-Ley 10/2010, del 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y por la Ley 35/2010, del 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

²¹ Por el momento, consistentes en dos Reales Decretos adoptados el mismo día, se trata del Real Decreto 1483/2012, del 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, y el Real Decreto 1484/2012, del 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de 50 o más años.

En la imagen no figuran los últimos datos del mes de abril de 2013, que elevan el desempleo hasta alcanzar un

²² La crisis de los años ochenta se debió al cambio de modelo productivo que desde la economía franquista, proteccionista y autárquica debía evolucionar de modo sustantivo para permitir la adaptación del mercado español a la libre competencia, fundamento de la UE –Comunidades Europeas en el momento de la adhesión española–, de la que pretendíamos formar parte.

porcentaje de 27.16% de la población en edad de trabajar²³ (INE, 2013). La gráfica anterior junto con el dato recién señalado parece indicar que no encontramos el modelo productivo adecuado o no adoptamos las medidas necesarias para la creación de empleo. Ello con la salvedad de lo que ahora se ha dado en llamar el autoempleo, que no es otra cosa que lo que ocurría en España hace muchos años, que era el empleo familiar: las empresas familiares que permitían trabajar desde casa. Así, había quien soplabá vidrio y hacía figuras para venderlas o quienes cosían para otras personas, hacían tareas de imprenta, tejían o confeccionaban suelas de cuerda para las alpargatas. El problema es que, en más ocasiones de las que quisiéramos, ese ahora llamado autoempleo formaba parte de la economía sumergida, era trabajo en precario por el que no se tributaba ni cotizaba a la seguridad social. La reproducción de esta situación nos conduciría al abaratamiento del producto final obtenido de este modo, con lo que estaríamos vulnerando el derecho español en materia laboral además de infringir el derecho a la libre competencia, que preside el mercado único de la UE.

Además, en el Informe de 2004 se ponía de relieve la disparidad existente entre las distintas comunidades autónomas en este punto, al afirmarse que en 2002 el desempleo afectaba a 5.23% de las personas en edad laboral en la comunidad de Navarra, mientras en Andalucía se elevaba hasta 20.19%. Esto se explica, entre otras razones, por la conservación del sector agrícola, que implica el mantenimiento de las llamadas “peonadas”²⁴ (González, 18 de marzo de 2010), con el propósito de permitir la subsistencia de quienes se dedican a la agricultura, evitando de este modo el abandono del campo.

El Comité también sugiere la necesidad de incrementar la cuantía de las pensiones. En España estas percepciones son muy importantes porque con ellas se está manteniendo a varias generaciones, pues en ocasiones los hijos perdieron su trabajo y regresan a la casa paterna, incluso con la familia que consiguieron crear, por lo que son el medio de subsistencia de familias completas. En estos días, precisamente el gobierno está planteando la reestructuración del régimen de pensiones para el futuro y su intención no es

²³ Ciertamente es que tras unos años con altos niveles de destrucción de empleo, en la actualidad se ha caído a unos niveles propios de inicios del siglo XXI, aunque esto no consuele demasiado, pues cada vez queda menos trabajo por destruir, debido al alto número de desempleados.

²⁴ Reducidas, en 2010, de las 35 jornadas necesarias para percibir el subsidio de ellas derivado en el sector agrícola, a unas 20 tras la reforma del gobierno del presidente Rodríguez Zapatero.

precisamente seguir las indicaciones del Comité en este punto. La idea es abaratar el costo que suponen para las arcas del Estado, sin tener en cuenta que dentro de esta categoría se encuentran las prestaciones contributivas generadas como consecuencia de las deducciones a las que se somete el salario bruto de los trabajadores, sean por cuenta ajena o propia. En todo caso, el fruto de la reforma en curso será que percibamos más tarde nuestra jubilación, que suponga una cantidad reducida respecto de las prestaciones actuales pero que sigamos pagando lo mismo o más por este concepto.

d) Cuestiones de género

En relación con el problema de género, el Comité DESC indica que España ha de redoblar sus esfuerzos para combatir los estereotipos de género en la familia y en la sociedad. Los problemas de género se encontraban ya entre las preocupaciones del Comité plasmados en el Informe anterior y se conservan en el actual. Muy especialmente se refiere este órgano a la ineficacia de las medidas tendentes a procurar “la participación de la mujer en la adopción de decisiones y el mercado laboral” (Comité DESC, 2004). Las diferencias de género se reflejaban también hace ocho años en la tasa de desempleo: mientras en las mujeres alcanzaba 15.7%, en los hombres era de 8.1%; los accidentes de trabajo o la situación de los trabajadores domésticos son otra fuente de preocupación, o la trata de blancas, es decir, de las personas que llegan al territorio español para ser explotadas sexualmente y la falta de información sobre las medidas que se han adoptado para prevenir y reprimir estos comportamientos; las denuncias de menores no acompañados o por la a tasa de abortos entre las adolescentes de 15 a 19 años (13.89% en 2001).

En España, culturalmente un país machista, se ha conseguido alcanzar cierta impresión de igualdad que, sin embargo, no es del todo real. Se habla del techo de cristal, pues hay muchas mujeres muy bien preparadas pero pocas ocupan cargos directivos y puestos de responsabilidad. En el gobierno del presidente Zapatero se alcanzó la paridad en cuanto a sus miembros femeninos y masculinos, pero las estadísticas indicaban que las mujeres que formaban parte de él tenían una media de menos de un hijo pues las había con uno o con ninguno. Por el contrario, la media de hijos por ministro varón superaba los dos. Eso es muestra del sacrificio personal y familiar que exige el acceso a esos puestos de responsabilidad para las mujeres. Ello a pesar

de que la labor del TJUE ha sido encomiable en este punto para identificar prácticas discriminatorias en el trabajo, llegando a afirmar que en la UE el despido por causa de embarazo de una mujer es directamente nulo, aunque la mujer ocultara el dato de su embarazo al empresario cuando la contrató (Lozano, 2007: 62-74). En todo caso, la igualdad de género es una de las cuestiones en las que el Comité DESC recomienda a España que ha de esforzarse, no tanto desde una perspectiva de producción normativa, que también es importante, sino muy especialmente desde la educación, y en eso la batalla la tenemos perdida, al menos por ahora. Es claro que se adoptó una norma que permitía a los hombres disfrutar de 15 días de permiso de paternidad. ¿Y cuántos podían disfrutarlo en la empresa privada y, más concretamente, en empresas pequeñas? Pocos, muy pocos, para no ser estigmatizados.

Junto con lo recién reflejado, encontramos otro aspecto en el que habría que trabajar, la igualdad salarial, que según las encuestas del Instituto Nacional de Estadística, dista aún de haberse logrado, como lo muestra la siguiente Tabla.

Salario anual medio, mediano, modal, a tiempo completo y a tiempo parcial 2010 (euros)			
<i>Salario anual</i>	<i>Mujeres</i>	<i>Varones</i>	<i>%mujer/hombre</i>
Salario a tiempo completo	23,932.0	27,335.2	87.6
Salario medio bruto	19,735.2	25,479.7	77.5
Salario mediano	16,536.1	21,207.0	78.0
Salario más frecuente	12,540.3	16,505.3	76.0
Salario a tiempo parcial	10,133.2	10,960.9	92.4

Fuente: INE. Encuesta de Estructura Salarial 2010.

Soy una firme defensora de la educación como instrumento para cambiar el mundo y en este punto considero que es fundamental para evitar la discriminación, porque aunque no lo parezca, en los colegios de primaria y secundaria se reproducen los modelos de dominación clásicos. Cuando se va a la búsqueda de empleo, hay algunos que parecen reservados para hombres porque el empleador no quiere tener que asumir los eventuales embarazos y enfermedades de los hijos a pesar de la jurisprudencia reiterada del TJUE que en materia de discriminación por razón de género ha sido contundente a la hora de identificar las prácticas atentatorias a la igualdad, como también los hay reservados a mujeres (los relacionados con las tareas domésticas). No se trata sólo de hablar un lenguaje poli-

ticamente correcto sino de entender la igualdad y educar en ella, teniendo en cuenta que hay comportamientos que normalmente desarrollan mejor unos que otros, porque no hay que negar que somos diferentes. En septiembre participé en un congreso académico con militares que decían que casi siempre preferían tener mujeres en sus equipos, salvo cuando había que utilizar la fuerza, porque en eso parece compensar más la incorporación de hombres. En todo caso, pensemos que no se puede tener lo mejor de todos los mundos, unas veces la participación femenina será una ventaja exponencial y en otras ocasiones habrá que compensar, pero sin excluir.

Debería, por tanto, incorporarse a los ciclos educativos la educación en el respeto, no sólo por razón de género. En este sentido, se intentó implantar como asignatura obligatoria "Educación para la ciudadanía", materia que ha sido borrada en la reforma educativa que parece próxima a aprobarse, en la que de nuevo se ha incorporado religión, cuya calificación servirá para la media del curso tanto como la de matemáticas. Demos gracias a que España es un Estado aconfesional, según proclama la Constitución (Artículo 16.3).

Además, el Comité respecto de las cuestiones de género apunta la necesidad de que España multiplique sus esfuerzos para combatir los estereotipos de género en la familia y en la sociedad. Creo que si hay una asignatura pendiente es la participación doméstica masculina y eso es culpa precisamente de las mujeres. Creo que se sigue educando a los hijos de modo distinto que a las hijas y somos excepcionalmente duros con las mujeres que ocupan puestos relevantes; pareciera que a los hombres les es lícito errar pero nos ensañamos cuando una mujer se equivoca, aunque equivocarse es humano.

e) Los problemas de la educación

La educación en España está sufriendo una crisis durísima y desde hace mucho tiempo no se encuentra necesariamente relacionada con la falta de inversiones. Hace pocos años en algunas comunidades autónomas se regalaban ordenadores portátiles a los niños de sexto de primaria; y con todo, el porcentaje de fracaso escolar y abandono temprano de las aulas se ha mantenido sin oscilaciones (Enguita, 2010). Estos efectos negativos suelen incorporar a sus protagonistas en un círculo vicioso difícil de romper: a menor preparación menor salario y los hijos de las familias con niveles de renta más reducidos suelen, salvo excepciones, reproducir

el círculo. Esas tasas de abandono y fracaso son difíciles de levantar, pues desde la llegada de la democracia a España se han producido 12 reformas educativas, por lo que esta próxima a aprobarse será la número 13, sin que se haya advertido repercusión alguna en esta tendencia. Existe el derecho a la educación y especialmente a una educación pública y gratuita, lo que no se traduce en que la enseñanza obligatoria alcance a la universidad ni que todos tengamos la obligación de tener un título universitario.

El Comité DESC, en su Observación General nº 13, afirma la relevancia del derecho a la educación como

[...] una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer, pero su importancia no es únicamente práctica pues dispone de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana (Observación General, 8 de diciembre de 1999).

En la misma observación, el Comité nos indica las condiciones que ha de incorporar el sistema educativo para ser adecuado al derecho proclamado; así, la enseñanza deberá caracterizarse por su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.

En relación con la primera (disponibilidad) se refiere a la existencia de plazas suficientes para acoger a todos los posibles estudiantes. Para garantizar esta característica, en España se han elaborado convenios con instituciones privadas que acogen gratuitamente a estudiantes debido a la inexistencia de una oferta suficiente para la demanda escolar. La accesibilidad se traduce en que no ha de haber comportamientos discriminatorios por motivo alguno y que debe ser próxima geográficamente al lugar en el que residen los estudiantes. Es cierto que en la geografía española hay lugares pequeños con un reducido número de niños que no parecen requerir una escuela, pero se trata de que no deban recorrer a diario largas distancias y que existan medios para garantizar la asistencia de los estudiantes a los establecimientos educativos. Además, económicamente han de resultar también accesibles, puesto que la educación debe ser gratuita, según el Pacto en la fase primaria, aunque el Comité entiende que si bien “la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita” (Observación General, 8 de diciembre de 1999: 3).

Además de lo anterior, desde una perspectiva material, el periodo formativo ha de ser aceptable en el sentido de

que han de ser programas de calidad, de poco serviría la educación si su calidad fuera directamente proporcional al precio que los padres pagan en las instituciones en las que escolarizan a sus hijos. De ser así, el mecanismo educativo sería discriminatorio por razones económicas en cuanto a los resultados obtenidos fruto de su seguimiento. Por último, ha de ser adaptable en el sentido de ser capaz de responder a sociedades dinámicas; en realidad, la educación es un instrumento que ha de ser capaz de formar y motivar a alumnos en sociedades heterogéneas y en constante evolución; en este sentido, el dinamismo adaptativo es una necesidad para su éxito.

Sin embargo, el sistema educativo español parece cumplir los requisitos establecidos por el Comité pero continúa, a pesar de todas las modificaciones en la legislación en materia educativa antes indicada, manteniéndose en niveles bastante mediocres en los informes PISA (Programa para la Evaluación Internacional de los Alumnos), por debajo de la media de la OCDE tanto en habilidades lectoras como matemáticas y en ciencias (INEE, Gobierno de España, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2011).

La crisis económica que atravesamos y el ánimo recaudatorio de las autoridades ha propiciado que si bien la gratuidad de otros niveles educativos se ha mantenido, no ha ocurrido lo mismo con las tasas universitarias, incrementadas en los estudios de grado en una media de 50% entre el curso académico 2011-2012 y el 2012-2013, por no hablar de los posgrados: en los Másteres no profesionalizantes han más que duplicado sus precios en las universidades públicas²⁵ (Vallespín, 2 de mayo de 2013). Incremento de la matrícula de la que hizo eco el Comité como un elemento de discriminación, máxime cuando también se han endurecido los requisitos para obtener becas que permitan a los estudiantes en situaciones económicamente menos ventajosas acceder a estos niveles formativos.

A la crisis y el aumento de las tasas universitarias se une, en este importantísimo nivel formativo, la aparición de las modificaciones de los planes de estudios como consecuencia de la integración en el Espacio Europeo de Educación Superior, no del todo exitosos si observamos las modificaciones de las que están siendo objeto aquellos que inicialmente se implantaron.

²⁵ El 2 de mayo de 2013 se publicaba en España la existencia de al menos tres mil estudiantes que no podían continuar sus estudios como consecuencia del incremento de las tasas universitarias.

Conclusiones

El Protocolo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dota al Comité DESC de importantes mecanismos para controlar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Pacto, en relación con los Estados partes en aquel texto. En todo caso, podemos diferenciar atendiendo a los motivos que provocan la eventual inaplicación de las obligaciones contenidas en este texto convencional, según sea debida a una imposibilidad real o a una falta de voluntad de cumplimiento.

España en sus respuestas al Comité ha justificado de todas las formas posibles su comportamiento aludiendo a normas variadas, aunque en ocasiones alejadas de la formulación de las preguntas remitidas por este órgano, sin referirse en ningún momento a la imposibilidad y mucho menos a la falta de voluntad de su cumplimiento. Evidentemente, si no queremos cumplir el contenido del Pacto lo más honesto es denunciarlo, pero políticamente no parece que esto sea una opción porque deterioraría la depauperada “marca España”.

Si leemos los periódicos, esta falta de adecuación a los compromisos derivados del Pacto DESC es más consecuencia de la ausencia de voluntad que de la imposibilidad de cumplimiento, pues aparentemente es posible afrontar la crisis por medios distintos de la adopción de medidas que implican retroceder en el estándar de protección de los derechos contenidos en el Pacto que se habían logrado. Es evidente que se puede recortar de otros lugares²⁶, pero lo hacemos mediante medidas regresivas contrarias por definición al contenido del Pacto, que son obligaciones voluntariamente asumidas por el Estado (es cierto que fue ratificado en 1977, por tanto, es preconstitucional, como otras normas españolas que continúan en vigor, como la Ley de Amnistía del mismo año, que impide juzgar los crímenes del franquismo), y sobre ellas se impone la voluntad de aquellos organismos cuyos miembros nadie sabe muy bien cómo se eligen, o incluso la entelequia denominada “mercados”; siempre preferimos a estos últimos frente a los primeros. A pesar de ello, debemos tener un cierto margen a la esperanza, porque esta crisis, con todo lo que

²⁶ El 3 de junio de 2013 se publicaba en la prensa española que en el primer trimestre de 2013 se habían destinado a financiar partidos políticos nada menos que 13 millones de euros, que en su mayoría habían ido a engrosar las arcas del partido en el gobierno, mayoritario en gran parte de la geografía española.

supone, está permitiendo adquirir la conciencia colectiva que durante los tiempos de bonanza perdimos en pos de una suerte de aborregamiento consentidor de abusos sin que se escuchara protesta alguna.

El descreimiento y descontento producidos por la vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales pueden conducirnos a buscar atajos, porque las crisis económicas y las medidas adoptadas para afrontarlas pueden llevarnos a otras de carácter político, pues sabemos que son el caldo de cultivo de partidos extremistas. No está de más recordar que Hitler llegó al poder en Alemania en el curso de una crisis económica motivada por las reparaciones debidas como consecuencia de la Primera Guerra Mundial, pero no es el único caso de líderes que tienen el discurso que los electores, en aquel momento, desean escuchar. En las elecciones griegas de 2012, el partido Amanecer Dorado, de inspiración claramente neonazi, declaró que lo que pretendía era minar las fronteras griegas para evitar la llegada de inmigrantes, consiguió un nada desdeñable número de escaños en el Parlamento. En contextos de crisis es muy fácil, con un discurso diferente, proteccionista y vulnerador de los derechos humanos, conseguir que los votantes perciban un soplo de esperanza para lograr un futuro mejor y procurarles su apoyo, en una suerte de retroceso a los peores momentos de siglos pasados. Los políticos actuales tienen la responsabilidad de evitar la materialización de este panorama y, lo peor, es que parecen no darse cuenta de ello.

En octubre de 2012 los medios de comunicación reproducían una noticia que parecía simpática pero cuyo trasfondo evidenciaba el descontento de la ciudadanía hacia la clase política y las consecuencias que podrían derivar de ella. El titular era “Perro político” y en él se informaba de la creación de un partido político, “El partido de la rabia”, cuyo candidato a presidente de Sicilia era Stefano. Hasta aquí nada parece extraño, si no fuera porque Stefano era un bulldog de cinco meses. El lema del partido reflejaba la indignación de sus creadores: “Mejor un perro político que un político perro” (Velasco, 10 de octubre de 2010). Ciertamente, la candidatura resulta fácilmente anulable atendiendo a la titularidad del derecho de sufragio pasivo de quien la lidera, pero es sintomática de la situación y del descreimiento de la ciudadanía hacia valores que deben imperar y reafirmarse cada día en los sistemas democráticos. Creo que es un dato que debe tenerse muy en cuenta por los líderes políticos, porque la indignación de la población podría conducirnos a situaciones difícilmente compatibles con los derechos humanos, con el

Estado de Derecho y, en definitiva, con la misma democracia que debemos cuidar y defender.

De todos modos, ahora somos conscientes de los derechos de los que somos titulares y estamos dispuestos a defenderlos y en esto, al menos, contamos con el apoyo de los órganos de Naciones Unidas en defensa de los derechos humanos y en concreto con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Los derechos humanos son únicos e indivisibles y vulnerar el derecho a la educación, por ejemplo, procurará un acceso al empleo más deficiente, así como incumplir el derecho a la vivienda afecta la salud y, en consecuencia, a la vida. Imponer tasas, como se ha hecho en Portugal, para acudir al médico implica abandonar la medicina preventiva, porque evitaremos las consultas y cuando no tengamos más remedio que hacerlo quizá sea demasiado tarde y, desde luego, mucho más caro.

Los derechos humanos han de ser el centro de interés de las autoridades estatales, su prioridad, lo que en los últimos tiempos parecen haber olvidado las autoridades estatales. El retroceso en los derechos adquiridos durante tanto tiempo puede ser el inicio de un camino que conduzca al abismo del incumplimiento reiterado y descarado y, desde luego, una senda por la que será más difícil caminar para lograr resultados acorde con el estándar del que partimos y perdimos.

Referencias

- CIDH (2010, 24 de agosto). *El caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fonde, reparaciones y costas*, Serie C, No. 214.
- Comité DESC (2004). Informe Parágrafo 11.
- El País* (2012, 27 de octubre). “La crisis económica, un detonante más del suicidio”. Recuperado de <http://economia.elpais.com/economia/2012/10/27/agencias/1351338780_783357.html> (consultado el 20 de junio de 2013).
- Enguita, M. (2010). *Fracaso y abandono escolar en España*. España: Obra Social “La Caixa”. Recuperado de <https://obrasocial.lacaixa.es/deployedfiles/obrasocial/Estaticos/pdf/Estudios_sociales/vol29_completo_es.pdf> (consultado el 20 de junio de 2013).
- Estepa, H. (2012, 23 de noviembre). “Grecia: más crisis, más suicidios”, *El Mundo*. Recuperado de <<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/11/23/internacional/1353668609.html>> (consultado el 20 de junio de 2013).
- González, J. (2010, 18 de marzo). “Zapatero baja a la mitad las peonadas exigidas a andaluces y extremeños para cobrar el PER”. *ABC.es*. Recuperado de <<http://www.abc.es/20100318/economia-esconomia/zapatero-bajamitad-peonadas-20100318.html>> (consultado el 20 de junio de 2013).
- Huffington Post* (2013, 19 de febrero). “Los bomberos catalanes se negarán a actuar en los desahucios”. Recuperado de <http://www.huffingtonpost.es/2013/02/19/bomberos-catalanes-desahucios_n_2718369.html> (consultado el 20 de junio de 2013).
- INE (2013). *Los datos de la encuesta de población activa*. Recuperado de <http://www.ine.es/inebmenu/mnu_mercalab.htm#1> (consultado el 20 de junio de 2013).
- INEE, Gobierno de España, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (2011). *Últimos informes publicados*. Recuperado de <http://www.mecd.ogb.es/inee/Ultimos_informes/PIRLS-TIMSS.html> (consultado el 20 de junio de 2013).
- Lozano, S. (2007). *El principio de igualdad de trato por razón de género en Derecho Comunitario Europeo*. España: Ius Intergentes.
- Observación General n° 13 (1999). “El derecho a la educación (Artículo 13 del Pacto)”, Doc. E/C.12/1999/10.
- Prats, J. (2012, 20 de abril). “El Gobierno restringe el acceso a la sanidad a los inmigrantes irregulares”. *El País*. Recuperado de <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/04/20/actualidad/1334935039_248897.html> (consultado el 20 de junio de 2013).
- Salido, J. (2012, 30 de marzo). “El número de desahucios marca un nuevo récord en España con 58.241 procedimientos en 2011”, *El Mundo*. Recuperado de <<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/03/30/suivienda/1333096530.html>> (consultado el 20 de junio de 2013).
- Vallespín, J. (2013, 2 de mayo). “3,000 universitarios morosos”. *El País*. Recuperado de <http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/05/01/catalunya/1367425149_462255.html> (consultado el 20 de junio de 2013).
- Velasco, I. (2012, 10 de octubre). “Un candidato con colmillo”. *Orbyt*. Recuperado de <http://elmundo.orbyt.es/2012/10/10/orbyt_en_elmundo/1349855011.html> (consultado el 20 de junio de 2013).
- Zaragoza, J. (2013, 2 de febrero). “La subida del precio de los medicamentos excluidos irrita a los usuarios”, *Heraldo*. Recuperado de <http://www.heraldo.es/noticias/aragon/2013/02/02/la_subida_del_precio_los_medicamentos_excluidos_irrita_los_usuarios_220752_300.html> (consultado el 20 de junio de 2013).

Derechos humanos y justicia internacional, ¿transiciones fallidas?

José Rafael Grijalva Eternod*

Los mecanismos internacionales de transición establecidos después de la Segunda Guerra Mundial parecen carecer de legitimidad al ser impuestos por los vencedores. Frente a ello, las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, las Operaciones de Mantenimiento de la Paz y el funcionamiento de la Corte Penal Internacional deben ser cuestionados al no expresar los anhelos de democracia y libertad propuestos por una justicia transicional aparentemente secuestrada.

La situación actual en Siria supone una oportunidad más para afirmar que el ciclo de transiciones enmarcadas dentro de referencias como la revolución liberal o la tercera ola democrática hoy no tienen vigencia filosófica ni política. Frente a ello, se erige como adecuada la tesis de Ruti Teitel (2000) cuando dice que estamos en una nueva fase transicional que se explica en un contexto de Estados que viven conflictos estables, donde ya no existe una versión dominante sobre qué es un Estado de Derecho, y en

el cual tampoco se puede definir en dónde se encuentra —teórica, política y prácticamente— el punto final de una transición.

Sobre estas bases, se puede afirmar que las instituciones del Derecho Internacional han desviado su intención original de propiciar transiciones hacia sociedades liberales, regímenes democráticos y Estados de derecho, presentando una deformación irreversible de sentido en el poder político, de manera tal que las agendas de transición que identificaron sus “cambios” ahora demuestran signos *en sentido contrario*.

En sentido contrario, se ha tomado el concepto de derechos humanos, de democracia y libertades públicas como pretexto para incorporar otras agendas “prioritarias”. *En sentido con-*

trario se han utilizado medios aberrantes y contra-intuitivos para imponer estos valores desde la lógica del poder militar, geopolítico y económico. *En sentido contrario* se ha representado a la modernidad como un conjunto de tecnologías específicas de destrucción y reconstrucción, vinculadas a la capacidad de hegemonía y asentadas en una lógica común. Es en esta perspectiva, desarrollada ampliamente por Foucault¹, donde se pretenden inscribir estas reflexiones relacionadas con las posibilidades de que los modelos de justicia transicional internacionales se hayan instalado en la modernidad

* Candidato a doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid; Director de Capacitación del Servicio Público en Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. El autor agradece a Gerardo Ballesteros de León por su colaboración en la realización de este artículo.

¹ Al respecto pueden revisarse *Defender la sociedad* (2008), *Genealogía del racismo* (1998), *Vigilar y castigar* (2001) y *Seguridad, territorio, población* (2011).

como un procedimiento funcional para legitimar la desigualdad y afianzar el poder en pocas manos.

Tomando como punto de partida la enorme producción teórica y conceptual relacionada con la justicia transicional, especialmente durante el último tercio del siglo XX, podemos decir que ésta es una respuesta a situaciones histórico-sociales específicas que se caracterizan por una violación extensa y sistemática de derechos humanos. Es un mecanismo amplio que se aboca al reconocimiento de las víctimas, la creación de la paz, la reconciliación y la democracia. Es un tipo especial de justicia no ordinaria que se incorpora en sociedades que transforman sus propios sistemas políticos, jurídicos y de autoridades.

Sin embargo, después de los ataques a las Torres Gemelas, cuando el denominado *11-S* comenzó a dominar la agenda de seguridad como herramienta de reformas en el interior de los Estados, la justicia transicional se instrumentalizó como justificación de los conflictos contra el terrorismo como *guerras justas* y necesarias. Así, de diversas maneras se incorporó el tema de la “seguridad” como aspecto nodal de los Estados en sus transiciones. En algunos casos, las agendas han comprendido la ocupación militar, como en Afganistán o Irak; y en otros, los cambios sustantivos se han dado en torno a los aparatos policiales y militares conjuntamente, como en Colombia o México. Al respecto, Vasuki Nesiiah identifica las doctrinas “transicionales” como *Cosmopolitismo Humanitario* o la *Responsabilidad de Proteger* (R2P por sus siglas en inglés). Desde estos ángulos se han elaborado complejas y nutridas políticas de intervención, aduciendo un “derecho a intervenir”, con el apoyo de gobiernos, academia y organizaciones civiles proclives a esta doctrina (Nesiiah, 2004: 6-11).

Por ello, con la pretensión de exponer una base social para instrumentar mecanismos de transición, habida cuenta de que las instituciones internacionales han demostrado un interés inversamente proporcional, en las siguientes líneas se abordarán los presupuestos en los que se basa la construcción de un sistema internacional de justicia establecido después de la Segunda Guerra Mundial por los *vencedores* de dicha contienda, cuestionando así la autoridad internacional, la instrumentalización política de los mecanismos de transición establecidos y los valores que se pretenden imponer más allá de toda racionalidad al no expresar en ellos los anhelos y opiniones de todos los Estados en condiciones *—de facto—* de igualdad. Para realizar esta tarea se pueden tomar muchos ejemplos como puntos de inflexión *—como las actuaciones selectivas de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz, la capacidad de veto de*

los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o las resoluciones del *renovado* Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas—, pero serán principalmente las actuaciones de la Corte Penal Internacional (CPI) las que forjarán las aproximaciones críticas de este texto al confrontar la creación de este tribunal en un entorno de conflictos y violencia permanente.

Para muchos el desarrollo de la justicia penal internacional ha sido un fenómeno muy positivo que apunta a que en el futuro nadie pueda pensar que está acreditado a promover o realizar crímenes contra la humanidad sin ser perseguido y sufrir las sanciones correspondientes. En este sentido, se sostiene que la CPI haya ayudado a garantizar una efectiva represión de las violaciones más graves a los derechos humanos. Sin embargo, se puede observar que la constitución institucional y normativa de la justicia penal internacional es controvertida principalmente por cuanto hace a la autonomía y a la imparcialidad de la CPI, situación que ha derivado desde su precedente formativo en Núremberg (Zolo, 2007)². En consecuencia, ¿existen objetivos e intereses detrás del orden de justicia penal internacional instaurado desde Núremberg y reproducido en La Haya con la Corte Penal Internacional?

La selectividad del régimen

El Derecho Internacional Clásico contemplaba sanciones solamente para los Estados que violaran sus normas. No estaba previsto el castigo a individuos al no considerarlos sujetos del ordenamiento jurídico internacional. Sin embargo, las incriminaciones al káiser Guillermo II al final de la Primera Guerra Mundial (acusado por los Estados vencedores de cometer *ofensas supremas contra la moralidad internacional y la santidad de los tratados*) y los juicios de Núremberg y Tokio llevados a cabo por tribunales internacionales establecidos por las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial, fueron consolidando la idea de que se requería transitar de un modelo internacional estatista a uno que estuviera basado en la defensa de la democracia y en el respeto a los derechos humanos.

De esta manera, se fueron constituyendo mecanismos y organismos internacionales, así como un amplio cuerpo jurídico sobre derechos humanos, con pretensiones de materializar una supuesta aceptación universal de los

² Se sigue aquí el estudio crítico de Danilo Zolo sobre la justicia penal internacional, las actuaciones de la CPI y lo que él llama el “modelo Núremberg”.

valores que estos derechos implicaban. No obstante, este nuevo orden mundial—institucionalizado por la Carta de las Naciones Unidas de 1945 (CNU)—, que pregona proteger al individuo de modelos autoritarios y violentos, pronto evidenció un desbalance. Por un lado, los procesos de Núremberg y Tokio solamente sancionaron a las potencias vencidas infligiendo penas inhumanas, entre las que se cuentan casi quinientas ejecuciones de alemanes y japoneses a manos de estadounidenses, británicos y franceses³. Por otro lado, la propia CNU constituyó un Consejo de Seguridad (CSNU) como órgano encargado de velar por un sistema de seguridad colectivo con facultades para hacer uso de la fuerza cuando se considerara indispensable, así como para impedir su uso cuando ésta fuera considerada ilegal. Sin embargo, las potencias vencedoras (Estados Unidos, Reino Unido, Francia, China y Rusia) se atribuyeron el poder de vetar cualquier resolución del CSNU asignándose con esto la posibilidad de utilizar su fuerza militar impunemente, ya que al poder frustrar decisiones que proclamaran la ilegalidad de su acto se libraban de sufrir cualquier tipo de efecto⁴.

En consecuencia, se puede hacer una puntual crítica al sistema internacional instituido por los vencedores, el cual inscribe un supuesto espíritu transformador y transicional de la sociedad mundial, pero en el que priman intenciones geopolíticas de los Estados, evidenciando que éstos funcionan más como órganos de poder que como instituciones garantes de derechos humanos. Es dentro del fortalecimiento de este régimen internacional de transición y de protección a los derechos humanos donde la CPI

³ Cabe mencionar que el emperador Hirohito, cabeza del Imperio Japonés, fue excluido de los procesos penales al otorgarle inmunidad por los crímenes contra la humanidad realizados por sus connacionales, lo cual evidencia una primera selectividad sobre a quiénes se debía aplicar esta nueva justicia internacional. Asimismo, hubo líderes alemanes protegidos por el gobierno de Estados Unidos, evitando así que fueran juzgados por el Tribunal de Núremberg. Al respecto, el reportero Russ Bellant ha logrado establecer los vínculos entre el Partido Republicano y antiguos nazis protegidos por Estados Unidos.

⁴ Al configurar la estructura de Naciones Unidas, se consideró conveniente mantener —a cualquier costo— dentro del organismo a las grandes potencias debido a que el fracaso de la Sociedad de Naciones —antecedente de la ONU— se atribuyó a la imposibilidad de retener en su seno a las potencias de la época. En este sentido, la capacidad de controlar el CSNU fue un excelente incentivo para atraer a los actuales miembros permanentes de este consejo a la ONU. En consecuencia, se puede observar cómo durante la segunda mitad del siglo XX, EU y Rusia, con el apoyo de otras naciones, se enfrascaron en largas guerras de agresión en diversos lugares como Vietnam, Afganistán, Guatemala, Cuba, Granada, Libia, Panamá, Europa Oriental, etc., sin recibir sanción alguna (las consecuencias de este modelo internacional son ampliamente analizadas en Chomsky y Dieterich, 2003).

cobra una importancia relevante al ser el resultado de un proceso estable y dirigido por unas cuantas naciones. Sin embargo, vale la pena hacer unas breves reflexiones sobre dos ejemplos —hay muchos más— que sirven al propósito de este texto de evidenciar el doble rasero de la justicia internacional: las Operaciones de Mantenimiento de la Paz de Naciones Unidas (OMP) y el intervencionismo transicional potenciado por el papel de Estados Unidos en las relaciones internacionales⁵.

Las OMP: reflejo de un modelo transicional fuera de balance

Siguiendo el estudio que sobre este tema realiza María Cristina Rosas, se advierte que desde la primera operación de mantenimiento de la paz articulada por Naciones Unidas en 1948 —llamada Organización de las Naciones Unidas para la Supervisión de la Tregua— hasta el día de hoy se han creado más de 63 operaciones con distintos alcances y objetivos con un costo que supera los 54 mil millones de dólares y con un saldo de más de dos mil 500 víctimas fatales (Rosas, 2008).

Durante este periodo, los objetivos y metodologías de las OMP se han reinterpretado principalmente desde dos concepciones. La primera responde a una visión estatocéntrica que coloca en el centro de las operaciones la seguridad del Estado (vigente hasta el término de la Guerra Fría), mientras que la segunda apuesta por una construcción de seguridad humana. Fueron los atentados del llamado 11-S la razón que se invocó para volver a colocar la seguridad estatal como prioridad —y a veces único objetivo— de las OMP del siglo XXI, sacrificando con ello la seguridad humana y su estrecha relación con el desarrollo.

En este sentido, son varias las críticas que, desde esta perspectiva de desbalance transicional, se pueden argumentar frente a las OMP. En primer lugar, los países donde generalmente se despliegan los cascos azules son naciones en desarrollo —principalmente africanas—, reservando los canales diplomáticos de la ONU a naciones prósperas; en segundo lugar, la participación mayoritaria de efectivos militares y personal civil no proviene de naciones prósperas o de las grandes potencias, las cuales prefieren desarrollar misiones al amparo de organismos como la Unión Europea, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en

⁵ Ambos temas serán revisados a profundidad en el desarrollo del proyecto presentado a IDEJUST (Grupo de Estudios sobre Internalización del Derecho y Justicia de Transición), del cual se deriva este artículo.

Europa o la Organización del Tratado del Atlántico Norte (Rosas, 2008: 32); en tercer lugar, el presupuesto de las OMP triplica el fondo anual de la ONU, lo que parece demostrar que dicho organismo está privilegiando acciones *militarizadas* por encima de agencias que realizan tareas en el ámbito de la salud, alimentación, educación, etc., y que carecen de un financiamiento adecuado; en cuarto lugar, el CSNU decide la creación, duración y mandato de estas OMP, evidenciando un interés estratégico al momento de resolver dónde y cuándo aprobar una de ellas, pero luego los individuos que arriesgan su integridad al participar en estas operaciones provienen en su mayoría de países en desarrollo. Así, por ejemplo, Pakistán —país con un PIB más reducido que el de cualquiera de los cinco miembros permanentes del CSNU— participa proporcionalmente con casi el doble de personal del que despliegan conjuntamente China, Rusia, Reino Unido, Francia y Estados Unidos.

Tomando en cuenta lo anterior, se debe reconocer que equilibrar las causas y efectos de las OMP con el objetivo de otorgarles un verdadero efecto transformador implica que dichas operaciones busquen, junto con la mitigación del conflicto en marcha, la revocación de las condiciones estructurales que dieron origen a la crisis, apostando para ello a procesos de educación y construcción de paz, generación de políticas públicas con perspectiva de derechos humanos, capacitación de servidores públicos, favorecimiento del desarme y reintegración del tejido social, etc. (Rosas, 2008: 38-39).

Intervencionismo transicional: el modelo Bagdad

La invasión a Irak —y el largo proceso de ocupación, reconstrucción y afianzamiento de empresas privadas—, llevada a cabo principalmente por el Reino Unido y Estados Unidos, evidencia una vez más transiciones democráticas impuestas para que las potencias económicas y militares afiancen su presencia en diversas partes del mundo (Berlanga, 2005). Se buscó instaurar la democracia en Irak —y con ello la paz y la libertad, según afirmaba la administración Bush— como años atrás había sucedido en Japón y Alemania al término de la Segunda Guerra Mundial. Pero, ¿es efectivamente un régimen democrático el que ha surgido en Irak luego de las acciones emprendidas por Estados Unidos, Reino Unido, España y otros países?

Si hiciéramos un paneo retrospectivo en la historia de nuestro vecino del norte, podríamos observar que muy

pocas veces sus intervenciones militares han derivado en el éxito de una justicia de transición y en el establecimiento de una democracia efectiva⁶. Según Minxin Pei, Estados Unidos ha encabezado más de doscientas intervenciones militares desde su fundación, las cuales guardan un gran parecido con la misión en Irak. De estas intervenciones, sólo cuatro han sido “exitosas”: Japón, Alemania, Panamá (por un periodo de tiempo) y Granada. En la inmensa mayoría de países donde Estados Unidos buscó supuestamente instaurar una democracia, regímenes dictatoriales y corruptos fueron quienes ganaron el poder (Pei, 2003).

De esta manera, EU ha tomado a la *doctrina transicional democrática* como un pretexto para perpetuar la desigualdad internacional. El argumento que ofrece este *paladín* del liberalismo —pero luego muy tendente a declarar la guerra— es que las democracias no combaten entre sí ni albergan grupos terroristas. Aduce que es necesario que la sociedad pase por el filtro de la guerra (justa) para crear un mundo más seguro, pretendiendo ocultar sus intereses geopolíticos debajo de una supuesta promoción de la democracia y del respeto a los derechos humanos (Pardo, 2003).

En conclusión, la evidencia empírica nos señala que la democracia es un proceso que debe surgir del interior de una sociedad y no por la imposición de la fuerza, por lo que procesos transicionales de esta índole difícilmente derivan en una democracia participativa donde la protección a los derechos humanos ocupe un lugar primordial (Berlanga, 2005).

Corte Penal Internacional

Como ya se ha expuesto, los Tribunales de Núremberg y Tokio sustentaron el establecimiento de una jurisdicción penal internacional al afirmar que los crímenes contra el Derecho Internacional eran cometidos por seres humanos y no por entidades abstractas, y que sólo mediante el castigo a los individuos que cometieran tales crímenes podrían cumplirse los objetivos transformadores del propio Derecho Internacional. Así, se formó la base para la construcción de una futura justicia penal internacional⁷. Sin

⁶ Para un acercamiento crítico a la historia de Estados Unidos, se recomienda revisar la obra de Howard Zinn, *A People's History of the United States: 1492-present* (2001).

⁷ Los principales principios de Núremberg reconocidos por el Estatuto del Tribunal y por las sentencias dictadas son: “Toda persona que cometa un acto que constituya delito de Derecho Internacional es responsable del mismo y está sujeto a sanción [...] El hecho de que el derecho interno

embargo, dicho compromiso obtuvo una mediana aplicación en los años posteriores a Núremberg, lo que llevó a que se conformara un Comité Especializado para crear una Corte Internacional de carácter penal, el cual, en 1953, entregó los resultados de sus trabajos proponiendo la consolidación de un Órgano Jurisdiccional con carácter internacional y permanente. No obstante, tuvo que pasar casi medio siglo para que dicha propuesta se materializara en el Estatuto de Roma de 1998, debido en parte a que durante la Guerra Fría el derecho penal internacional fue empleado selectivamente frente a los numerosos crímenes contra la humanidad que se cometieron en este periodo.

En efecto, la segunda mitad del siglo XX fue testigo de diversas contiendas bélicas nacionales e internacionales (Vietnam, Camboya, conflicto árabe-israelí, la Guerra de las Malvinas, las dictaduras en Latinoamérica, los conflictos en los Grandes Lagos, etc.), y en todas ellas se había incurrido en delitos gravísimos que ofendían la conciencia jurídica de la humanidad (García, 2002), por lo que resultaba necesario redoblar esfuerzos en la construcción de una justicia internacional de transición que enfrentara los crímenes desatendidos o encubiertos por las autoridades nacionales.

Fue por ello que, ante el conflicto armado en la ex Yugoslavia, el CSNU, a través de su resolución 827 del 25 de mayo de 1993, decidió crear un Tribunal de Justicia *ad hoc* para juzgar a los presuntos responsables de violaciones graves al Derecho Internacional⁸. De igual manera, el 8 de noviembre de 1994 el mismo órgano de Naciones Unidas resolvió el establecimiento de otra jurisdicción para juzgar los actos de genocidio en Ruanda, basándose en su resolución 955.

no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de Derecho Internacional no exime de responsabilidad en el Derecho Internacional a quien lo haya cometido [...] El hecho de que la persona haya cometido un acto que constituya delito de Derecho Internacional, haya actuado como Jefe de Estado, no la exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional [...] El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de gobierno o de un superior jerárquico no la exime de su responsabilidad conforme al Derecho Internacional, si efectivamente ha tenido la responsabilidad moral de opción [...] Los siguientes delitos son punibles como Crímenes de Derecho Internacional: Crímenes contra la Paz, Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Humanidad”.

⁸ Cabe mencionar que Slobodan Milosevic, señalado como responsable de gravísimas violaciones a los derechos humanos, fue entregado por el gobierno yugoslavo a dicho tribunal debido a fuertes presiones de Estados Unidos y de la OTAN. Un ejemplo más de justicia transicional *ad hoc* establecida por los vencedores.

A pesar de que un amplio sector se pronunció favorablemente respecto a estos órganos jurisdiccionales *ad hoc*, afirmando que eran instituciones internacionales que contribuían a la construcción y mantenimiento de la paz en sociedades en conflicto, ambos tribunales fueron objeto de fuertes críticas al considerarse que al ser establecidos por el CSNU su creación obedecía a un enfoque político-selectivo, y que la regulación de éstos carecía de rigor jurídico. En este sentido, afirmaban que las motivaciones adoptadas por los países vencedores para justificar las jurisdicciones *ad hoc* eran extremadamente débiles debido al carácter selectivo en la aplicación del derecho penal, y que la finalidad de este proceso no había sido la de impartir justicia de transición, sino la de establecer una moral hipócrita que les permitiera ocultar sus propios crímenes. Por tanto, estas características serían violatorias del principio de igualdad formal de las personas frente a la ley, atribuyendo a dichos procesos una función *sacrificial* en la que el castigo de los criminales de guerra era la continuación de las hostilidades, pero en formas aparentemente judiciales. Bajo estos argumentos se sostuvo que sería peligroso adjudicarle el valor de antecedente judicial al proceso y sentencia de Núremberg, ya que si los principios aplicados se convirtieran en un precedente, al finalizar cada guerra los gobiernos de los Estados vencedores someterían a proceso a los miembros de los gobiernos de los vencidos bajo reglas definidas parcialmente por los primeros (Kelsen, 2008).

Partiendo de estas críticas, es posible trazar un arquetipo (que Danilo Zolo llama *modelo Núremberg*) que se impone claramente a la justicia internacional posterior a la Segunda Guerra Mundial —incluyendo a la CPI—, donde el principal elemento de dicho modelo es la ausencia de autonomía e imparcialidad. Por tanto, si la CPI es una reconstrucción plausible de Núremberg como la reencarnación de la justicia de los vencedores, vuelve el interrogante básico que en su momento se planteaba Kelsen: ¿debe considerarse al proceso de Núremberg como un ejemplo a seguir o se trata de un precedente negativo, de un *pecado original* de la justicia internacional?

Las cortes internacionales *ad hoc*, presupuestas en los que se basa la actual CPI, fueron establecidas, bien por los vencedores de una guerra, pues los *Aliados* impusieron condiciones sobre los vencidos garantizando condenas para sus adversarios y justificaciones para los crímenes cometidos por ellos (como la aniquilación de cientos de miles de civiles con la bomba atómica); o bien por una autoridad internacional discutida, como es el caso de los Tribunales

para Yugoslavia y Ruanda, pues ambos fueron creados por el CSNU, cuya legitimidad es duramente cuestionada al no tener un funcionamiento interno democrático y no expresar con ello los anhelos y opiniones de todos los Estados en condiciones de igualdad, independencia y libertad. Por tanto, siendo estos los antecedentes y las bases fundadoras de la CPI, parece lógico deducir que la actual Corte Penal haya sido diseñada de igual forma que las anteriores, es decir, para juzgar a los *vencidos* y no para juzgar a cualquiera que cometa crímenes graves contra los derechos humanos. En este sentido, debe resaltarse la relación existente entre el CSNU y la CPI, la cual evidencia una grave distorsión que vulnera la legitimidad de este Tribunal Internacional, pues el Estatuto de Roma permite que el CSNU tenga la potestad de ordenarle a la CPI el inicio o la suspensión de cualquier procedimiento, vulnerando con esto el principio de independencia judicial que, en inicio, es una condición básica que todo órgano judicial debe ostentar.

Por otro lado, la justificación generalizada para aplicar una justicia penal internacional es que ésta es una herramienta eficaz en la lucha contra la impunidad. Se considera —con toda razón— que los crímenes más graves contra los derechos humanos tienden a permanecer impunes a causa de la complicidad o la ineptitud de uno o varios Estados, originando con ello la premisa fundamental de que el castigo a los responsables de acciones de esta magnitud es indispensable para comenzar un proceso de transición hacia un nuevo régimen político y, en consecuencia, hacia la paz. Sin embargo, en el caso de la CPI la represión penal ha sido ejercitada respecto a un número muy limitado de sujetos. Por ejemplo, en los primeros seis años de actividad de la Corte se habían imputado a no más de noventa personas, arrestado a unas veinte y otras tantas habían sido procesadas, dejando así a la impunidad prácticamente en la misma situación. Con esto, podríamos preguntarnos qué tan eficaz resulta la función disuasoria de las penas cuando éstas se infligen de manera selectiva a un grupo restringido de individuos. Ya la historia se ha encargado de responder este cuestionamiento si reparamos en la nula eficacia que tuvieron los procesos penales posteriores a la Segunda Guerra Mundial, pues durante los años posteriores las atrocidades, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y los genocidios no sólo no disminuyeron, sino que aumentaron operados principalmente por algunos de los Estados que habían generado el antecedente Núremberg, sabedores de que la justicia

internacional se aplicaría —si es que se aplicaba— bajo sus propios designios.

En este sentido, resulta necesario subrayar que la escasa actividad que la CPI ha tenido se ha limitado a una serie de investigaciones y de órdenes de arresto dirigidas a individuos de Uganda, la República Democrática del Congo, la República Centroafricana, Sudán, Kenia, Libia, Costa de Marfil y Mali, todas ellas áreas lejanas del epicentro geopolítico de los conflictos mundiales en los que se encuentran implicados varios países occidentales⁹. En consecuencia, es evidente, a la vista de los países sobre los que la Corte ha proyectado sus investigaciones, que la CPI parece tener poco de *internacional*, puesto que se ha convertido en un tribunal encargado de juzgar los crímenes africanos contra la humanidad.

Lo anterior refleja a una Corte con un alto nivel de parcialidad que se encuentra gravemente condicionada por la lógica del poder internacional, y no del Derecho Internacional, y, al menos en teoría, esta lógica no debería tener que decidir sobre la protección y el respeto de los derechos humanos y la justicia transicional.

No se puede pasar por alto el hecho de que a Omar Al-Bashir, actual presidente de Sudán denunciado ante la CPI por crímenes de guerra y contra la humanidad, se le gire orden de arresto frente a la inactividad de la misma Corte por las responsabilidades de Bush en la invasión de Estados Unidos a Irak con todas las violaciones al Derecho Internacional que esto causó¹⁰. ¿Que haya diligencias contra Thomas Lubanga Dyilo de la República Democrática del Congo y no contra Ehud Ólmert de Israel por las masacres realizadas en Palestina? ¿Contra

⁹ Cabe mencionar que en noviembre de 2010 el fiscal de la CPI anunció la realización de investigaciones preliminares en Honduras por las violaciones a derechos humanos sucedidas durante el golpe de Estado orquestado por Micheletti y en el periodo posterior al golpe. Esto abre la posibilidad de que por primera vez la CPI ejerza su competencia contra individuos de un país latinoamericano (sobre este tema, véase Mejía, 2010).

¹⁰ Cabe mencionar que la acusación contra el Presidente de Sudán es una imputación que juristas respetados como Antonio Cassese consideran un ejemplo de lo que se ha denominado justicia-espectáculo, ya que la CPI emite una orden de arresto que tiene un peso jurídico nulo o casi nulo porque solamente podría ser ejecutado en Sudán si el mismo Bashir autorizara a sus guardias a detenerlo. Asimismo, Danilo Zolo señala oportunamente que la situación actual de Al-Bashir con la CPI responde más al hecho de que Sudán sea un importante proveedor de petróleo para China, siendo que con esta justicia-espectáculo se busca presionar a la clase poderosa de Sudán para impedir que esta alianza continúe y así reducir fuerza a China, que se afianza como el principal competidor de Estados Unidos (Zolo, 7 de marzo de 2009).

Jean-Pierre Bemba Gombo de la República Centroafricana por torturas sistemáticas, pero no contra Álvaro Uribe por el exterminio sistemático de defensores de Derechos Humanos en Colombia? ¿Contra Joseph Kony de Uganda por crímenes contra la humanidad pero no contra José María Aznar por apoyar la ocupación ilegal de Irak por fuerzas estadounidenses? ¿Por qué se guarda silencio ante una España posfranquista que prefiere la amnesia a la verdad mientras se publica a gritos la impartición de justicia universal otorgada a las víctimas en Chile o Argentina? Todo esto es el resultado de una justicia politizada que pone en entredicho la legitimidad del sistema de justicia internacional de transición.

Éste es el nuevo orden internacional de protección a la democracia y a los derechos humanos heredado de Núremberg, el cual se limita a intervenir en los Estados calificados como *peligrosos o fallidos*. Frente a los castigos aplicados a los alemanes y japoneses, a los yugoslavos y ruandeses, frente a la intervención ilegal realizada en Irak, nada ocurrió a los responsables de las catástrofes atómicas de Hiroshima y Nagasaki. Nada sucedió a las autoridades militares de la OTAN por los actos de agresión *humanitaria* realizados contra la República de Yugoslavia ni por los bombardeos realizados contra Serbia y Kosovo durante setenta y ocho días seguidos. Por el contrario, Carla de Ponte, fiscal del TPIY (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia), archivó todas las denuncias presentadas contra la OTAN, poniendo de esta manera a la justicia internacional, creada para establecer sociedades democráticas y acabar con los autoritarismos y las violaciones sistemáticas de los derechos humanos, al servicio de las potencias occidentales que sostenían y financiaban al propio TPIY.

Empero, esta visión sesgada del mundo no es algo nuevo. Ya en los siglos XVIII y XIX las grandes potencias occidentales —como Gran Bretaña, Francia o Rusia— esgrimían la protección de los “grupos vulnerables” cuando los países en cuestión se convertían —o se podían convertir— en potencias rivales. Se resaltaban entonces las atrocidades locales mientras juraban proteger a las víctimas de sus opresores. De esta historia nació el régimen de protección internacional ejercido —inicialmente— bajo el auspicio de la Sociedad de las Naciones, colocando bajo su protección a países localizados principalmente en África y Oriente Medio. Esta situación, heredada hasta el día de hoy, parece dejar claro que en el Derecho Penal Internacional nos movemos entre la espada de la política y la balanza de la justicia, pues por un lado se encuentra la política a la medida para las

grandes potencias y sus amigos, que otorga libertad para realizar crímenes de guerra o de lesa humanidad y actos de agresión, enmascarando sus actuaciones de *guerras justas* a favor de la democracia y los derechos humanos; y por otro la aplicación de los parámetros de justicia internacional para los pueblos débiles y para los dictadores sanguinarios, que los vencedores colocaron en el poder y que ahora les conviene más perseguir para sus fines geopolíticos. Todo esto con la complicidad de las instituciones internacionales creadas para transitar a una comunidad internacional más democrática y respetuosa de los derechos humanos. La justicia de los vencedores.

Así las cosas, ¿se debe seguir ignorando la lógica de la *realpolitik*? La espada de la política frente a la balanza de la justicia. Un sistema bicéfalo que se convierte en contradictorio al establecer transformaciones estructurales de las cuales se esperan determinados efectos respecto a las transiciones democráticas, pero que luego genera resultados disfuncionales al obedecer a la lógica del poder una vez que estas estructuras se consolidan. A primera vista, estos dos sistemas parecen más contradictorios que complementarios. Sin embargo, en la práctica constituyen las dos partes de un sistema internacional dual que se reproduce como una versión contemporánea del antiguo sistema colonial de protección. La explicación reside, al menos en parte, en la forma en que el poder ha conseguido subvertir el lenguaje de los derechos humanos y de las libertades para ponerlo al servicio de sus propios objetivos.

Conclusiones

Cuando el tema de la impunidad se convierte en un factor político indubitable desde el cual se puede explicar la permanencia en el poder de autoridades que han violado los derechos humanos y que han cometido delitos de lesa humanidad, entonces debe pensarse en esta tercera fase transicional abordada por Ruti Teitel de violencia estable. Debemos imponer la paradoja transicional en nuestras democracias conflictivas pensando en nuevas rutas que hagan justicia ante un entorno institucional, nacional e internacional que claramente se aleja de los derechos humanos y de la construcción de un verdadero Estado de Derecho (Aolaín, 2005).

La justicia transicional plantea el asunto de la verdad y la justicia. Una sociedad no puede continuar adelante con su proyecto nacional si no es capaz de remover las conciencias analizando seriamente las conductas de civiles

y autoridades. La verdad acompañada de una tutela judicial efectiva brinda la posibilidad de avanzar, de desarrollarnos, de independizarnos. Esta es la idea que debe subyacer en instituciones como la CPI o las OMP, ser órganos que se conviertan en un paso evolutivo de la humanidad y que supongan la materialización del compromiso de los Estados con su mandato. En las medidas transicionales descansan las esperanzas de una verdadera salvaguardia a los derechos humanos, pero no es su simple existencia lo que garantizará esta protección ni el establecimiento de sociedades democráticas. Primero se deben subsanar las incongruencias de la doble moral, que continúa imponiéndose al acceso a la verdad, a la justicia internacional y a los procesos de transición.

Los análisis expuestos aquí muestran todo un panorama de expectativas en el que se busca la cimentación de una sociedad más justa y el comportamiento digno de las autoridades y unidades de gobierno que conforman el Estado. En esta búsqueda también apelamos por nuevas rutas para construir modelos de bienestar, de progreso, prosperidad y dignidad humana.

En palabras de Gerardo Ballesteros, los que desarrollamos el proyecto del cual se deriva este artículo¹¹ somos parte de una generación que ha visto pasar el fin de la Guerra Fría, que testificó la consumación de la denominada revolución liberal, el agotamiento del neoliberalismo y de los principales consensos culturales, económicos y políticos que forjaron el siglo XX. Muchas corrientes de cambio están transformando de manera radical la forma de hacer política y gobierno. Y si somos fieles al espíritu de la época, lo mejor que podemos hacer es luchar por la consecución y eficacia de ciertos valores dentro de un mundo que se caracteriza por albergar doctrinas, modos de vida y culturas diferentes. Estos valores son los derechos humanos.

Referencias

- Aolain, F. (2005). *Paradox of Transition in Conflicted Democracies*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- Berlanga, I. (2005). “¿De la ocupación a la tutela neocolonial? Consideraciones sobre la instauración de la democracia

¹¹ Presentado por el autor y Gerardo Ballesteros de León en IDEJUST.

- en Irak”. En Becerra, M. (Coord.), *Aspectos jurídico-políticos de la guerra de Irak*. México: UNAM.
- Chomsky, N. y Dieterich, H. (2003). *Los vencedores: una ironía de la historia*. México: Contrapuntos.
- Foucault, M. (1998). *Genealogía del racismo*. Buenos Aires: Altamira.
- Foucault, M. (2001). *Vigilar y castigar*. México: Siglo XXI.
- Foucault, M. (2008). *Defender la sociedad*. Buenos Aires: FCE-Argentina.
- Foucault, M. (2011). *Seguridad, territorio, población*. México: FCE.
- García, S. (2002). “La jurisdicción penal internacional. Antecedentes y características”. En CDHEM, *La Soberanía de los Estados y la Corte Penal Internacional*. Toluca, México: CDHEM.
- Kelsen, H. (2008). “Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?”. En Guénaël, M. (Coord.), *Perspectives On The Nuremberg Trial*. Nueva York: Oxford University Press.
- Mejía, J. (2010). *El golpe de Estado en Honduras desde una perspectiva de los derechos humanos*. Honduras: ERIC-San Ignacio.
- Nesiah, V. (2004). “From Berlin to Bonn to Baghdad: A Space for Infinite Justice”. *The Harvard Human Rights Journal*, 17.
- Pardo, J. (2003). “Una guerra para cambiar el mundo”. *Política Exterior*, XVII(93).
- Pei, M. (2003). “Lessons from the Past: The American Record on National Building”, *Carnegie Endowment for International Peace*, 24.
- Rosas, M. (2008). *Las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas: Lecciones desde el mundo*. México: UNAM.
- Teitel, R. (2000). *Transitional Justice*. Nueva York: Oxford University Press.
- Zinn, H. (2001). *A People’s History of the United States: 1492-Present*. Nueva York: Perennial Classics.
- Zolo, D. (2007). *La justicia de los vencedores. De Núremberg a Bagda*. Madrid: Trotta.
- Zolo, D. (2009, 7 de marzo). “La orden de arresto contra el presidente de Sudán revela el doble rasero de la Corte Penal Internacional”. *Mundo Árabe*. Recuperado de <http://www.mundoarabe.org/SUDANAN_BASHIR.htm> (consultado el 19 de junio de 2013).

Sobre la indeterminación conceptual de la ciudadanía multicultural

Pedro Garzón López*

El propósito del presente trabajo consiste en mostrar la indeterminación conceptual que arrastra la fórmula “ciudadanía multicultural” al analizarla desde la dimensión social, cultural y política que informan las demandas centrales de grupos sociales, minorías étnicas y nacionales en el proceso de construcción de la ciudadanía. Con esto se pretende afirmar que no existe un modelo homogéneo de la ciudadanía multicultural, sino más bien una modulación conceptual según la naturaleza, demandas y derechos de los distintos sujetos colectivos alistados en torno a la identidad y la cultura.

Aproximarnos al estudio de la ciudadanía multicultural, sin duda obliga repensar un término tan antiguo como el concepto mismo de ciudadanía¹, que durante mucho tiempo fue una semántica de consenso y de contornos conceptuales incuestiona-

bles, pero que en las últimas décadas, con la emergencia de nuevos fenómenos intra y supraestatales, plantea la necesidad de ampliar los contenidos y redefinir el concepto de ciudadanía a partir de nuevas teorías que ponen en duda el monopolio conceptual de la ciudadanía sintetizada en la ecuación Estado-nación/individuo/derecho.

Basta una mirada panorámica para darnos cuenta que el tema de la ciudadanía acapara gran parte de la teoría política tanto en el ámbito estatal como supraestatal, cuya proyección tiende a ensancharse en distintos contextos que superan la esfera propiamente de

la ciudadanía clásica. Este es el caso, por ejemplo, de la ciudadanía transnacional producida en el proceso de formación de la Unión Europea mediante pactos o tratados acordados entre los Estados miembros². En este marco se constituye la ciudadanía europea o comunitaria como una extensión más de la ciudadanía nacional, aunque debido al interés esencialmente económico que subyace a la construcción de la Europa unida, ésta puede ser vista

* Investigador indígena chinanteco (Oaxaca, México); doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, España; miembro del Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia (GIDY): <<http://www.derechoyjusticia.net/es/>>. Correo electrónico: <garzonpedro27@hotmail.com>.

¹ Siguiendo una definición convencional/estipulativa, Pietro Costa entiende por ciudadanía “a la relación entre la *pertenencia* de una persona a una comunidad política y los *derechos* y obligaciones de los que ella disfruta en esa comunidad”. Esta concepción, según el historiador italiano, puede aplicarse a cualquier sociedad de épocas diferentes. Sin embargo, “es menester evitar una posible equivocación: al hablar de comunidad política no hay que identificarla con el Estado. El Estado no es un fenómeno eterno.

Es tan sólo una forma moderna de la comunidad política. El Estado es soberanía, burocracia, pueblo, unidad de mando en el territorio: es una síntesis de elementos que difícilmente se pueden encontrar en las formas políticas de las sociedades pre-modernas” (2008: 20 y 21).

² La ciudadanía europea se constituye básicamente con el Tratado de Maastricht de 1992 –posteriormente ampliada por los tratados de Ámsterdam (1997), Niza (2000) y Lisboa (2007)– que establece la base político-legal de “ciudadanía europea” entendida únicamente como un complemento de la nacionalidad; esto es, solamente son “ciudadanos europeos” los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea. Al efecto, (Borja, 2001); (Rodríguez, 2002); (Fraile, 2003).

como desprovista de una verdadera identidad compartida en el plano cultural y político³.

Por otro lado, en la dimensión global se hace cada vez vigente el ideal kantiano de la ciudadanía cosmopolita, concebida a partir de la existencia de una humanidad común, y cuyo lenguaje predominante se ciñe en el discurso de los derechos humanos. De acuerdo con Martha Nussbaum —una de sus principales exponentes—, el núcleo moral de la ciudadanía cosmopolita se afianza en “la persona cuyo compromiso abarca toda la humanidad de los seres humanos”. De ellos se extraen “valores que compartimos en tanto seres humanos, más allá de las fronteras nacionales, el patriotismo o la etnicidad que no son más que accidentes históricos y moralmente irrelevantes” (Nussbaum, 1999: 13-29).

De igual manera, en la órbita estatal podemos observar distintos modelos alternativos de ciudadanía que también ponen en tela de juicio postulados de la ciudadanía nacional. Así, una de las primeras reacciones contra la ciudadanía formal será cuestionada desde el paradigma de la justicia distributiva, al enfatizar la exigencia de derechos sociales, económicos y culturales como medios para afianzar una ciudadanía social plena⁴.

Finalmente, seguida de una larga tradición de lucha por la ciudadanía social, se sumarán concepciones emergentes de ciudadanía a partir del paradigma de la justicia de reconocimiento, impulsado por minorías culturales que afirman su identidad y pertenencia en grupos o colectivos específicos más próximos a sus intereses, lo que algunos autores llamarán ciudadanía *multicultural* (Kymlicka, 1996) o *diferenciada* (Young, 2000). Se trata, por tanto, de una reformulación del concepto de ciudadanía en sede identitaria que pone de relieve derechos en función de grupos.

En definitiva, el desbordamiento jurídico-político de la ciudadanía estatal en términos de “supraestatalidad” e “in-

³ Como señala Eusebio Fernández: “Por el momento no existe esa Europa vista como identidad cultural y política, como forma de convivencia de ciudadanos y pueblos distintos. Estoy aludiendo a una “existencia” realmente sentida y vivida por los hombres y mujeres que pueblan Europa. Evidentemente sí existe en instituciones, programas, normas jurídicas e ideas creadas por las burocracias de las instituciones de la Unión Europea, pero con un preocupante divorcio entre instancias administrativas y la vida cotidiana de los administrados” (2001: 49).

⁴ Uno de los trabajos pioneros acerca de ciudadanía social remite a la conocida obra de T. H. Marshall. Para ello, véase (Marshall y Bottomore, 1998). Del mismo modo, para una aproximación general sobre las implicaciones de la ciudadanía en términos de justicia social, reconocimiento y participación, véase (García y Lukes, 1999).

fraestatalidad” ha llevado el planteamiento de la *ciudadanía multilateral*, expresada en el reconocimiento de las distintas formas de ciudadanía arriba señaladas, practicables de manera simultánea en los planos universal, regional, estatal o local. Como afirma Pérez Luño: “El modelo de ciudadanía multilateral no sólo debería entenderse como la posibilidad de ser titular simultáneamente de varias ciudadanía, sino la posibilidad de ejercerla con mayor o menor intensidad según los sentimientos de cada ciudadano hacia cada una de estas comunidades políticas” (2004: 54)⁵.

Teniendo en cuenta los distintos enfoques y dimensiones susceptibles de análisis sobre las ciudadanía contemporáneas, en lo concerniente a este trabajo, nos ocuparemos específicamente de la ciudadanía multicultural que afecta directamente a la identidad y la política de reconocimiento, pues consideramos que a pesar de ser un concepto posicionado en el léxico de las ciudadanía actuales, arrastra un problema de indeterminación conceptual a la luz de los distintos sujetos identitarios que por su heterogeneidad, naturaleza, intereses y fines perseguidos, ponen en duda un discurso homogéneo de la ciudadanía multicultural. En definitiva, la premisa que asumiremos es que no existe un modelo homogéneo de la ciudadanía multicultural, sino más bien, una modulación conceptual según se trate de grupos sociales, minorías étnicas, minorías nacionales o pueblos indígenas.

Hacia la indeterminación conceptual de la ciudadanía multicultural

Pretender circunscribir al conjunto heterogéneo de actores identitarios que se desenvuelven dentro del rótulo “multiculturalismo” en las siguientes categorías adscriptivas: grupos sociales, minorías étnicas, minorías nacionales y pueblos indígenas, ya de por sí es una empresa difícil, pues otros grupos oprimidos podrían quedar fuera de esta clasificación; y si a esto le añadimos —como pretendemos hacer en este trabajo—, en desagregarlos en tipos específicos de ciudadanía atendiendo a la lógica colectiva de sus identidades y reivindicaciones particulares, sin duda complicamos más las cosas. Después de todo, ¿no bastaría simplemente en identificar las categorías de *grupos sociales*, *minorías étnicas*, *minorías nacionales* y *pueblos indígenas* con la ciudadanía multicultural o ciudadanía diferenciada?

⁵ Del mismo modo, (Santiago, 2007).

Se suma el hecho de que todos los grupos sociales y minorías culturales emparentados bajo el léxico del multiculturalismo resultan *sujetos colectivos transversales*, pues lo mismo exigen la inclusión, la redistribución o el reconocimiento, o precisan de derechos individuales y colectivos; por tanto, configuran distintas exigencias de ciudadanía en función del grupo o en atención a la autonomía individual. Pongamos por ejemplo el caso de los inmigrantes. Las demandas exigidas dentro de la sociedad de acogida se traducen en civiles y políticos (libre circulación, no discriminación, participación política, etc.); derechos de inclusión social (trabajo, salud, educación, asistencia social, etc.); y derechos en función del grupo (reconocimiento a ciertas expresiones culturales, lengua, creencias religiosas, etc.)⁶. Como se advierte, entran en juego los tradicionales derechos de ciudadanía liberal, los relativos a la ciudadanía social y los referentes a la ciudadanía multicultural.

No obstante, la fórmula de la ciudadanía multicultural se ha caracterizado por identificarse con una amplia gama de entidades colectivas alistadas alrededor de la identidad y cultura (Sauca, 2007: 111-142), cuyas demandas principales atienden a cuestiones de orden político, étnico, cultural, lingüístico, ecológico, religioso, preferencia sexual, de género, económico, etc. Por tanto, una impronta del multiculturalismo consiste en la heterogeneidad de entidades que apelan a demandas concretas, y a partir de éstas, reclaman la satisfacción de necesidades específicas. Esta aparente elasticidad del multiculturalismo lo convierte al mismo tiempo en su talón de Aquiles, ya que hace pensar que tiene todas las recetas para dar respuesta a cualquier problema planteado por los grupos oprimidos, cayendo en el error de asimilar la naturaleza de las distintas entidades colectivas bajo las pautas del reconocimiento a la identidad y diferencia. Todo ello refuerza la idea según la cual, el multiculturalismo no es más que un *cajón de sastre*⁷ en el que cabe todo tipo de entidades colectivas.

⁶ Al efecto (Pérez de la Fuente, 2006: 239-270). Como señala Miguel Carbonell, uno de los efectos de la inmigración en sociedades receptoras es acentuar el componente del multicultural, contexto en el cual derivan distintas exigencias normativas, a saber: "La primera de esas exigencias es el reconocimiento de la igual dignidad que deben tener todos los habitantes de un Estado, sean o no ciudadanos y tengan o no en regla "los papeles". La segunda exigencia es el reconocimiento de la ciudadanía, es decir, la posibilidad de participar en la vida política del Estado en el que viven y en el que, en consecuencia, pagan impuestos. La tercera es el respecto por sus tradiciones culturales y la creación de una serie de dispositivos jurídicos y de políticas destinados a tutelarlas" (2001: 19 y 20).

⁷ Como señala Álvaro Bello, el multiculturalismo "está convirtiéndose en una panacea, es decir, en uno de aquellos conceptos donde cabe todo

Lo anterior puede ser interpelado si tenemos en cuenta que no es la misma naturaleza de las demandas, derechos y bienes que acreditan los pueblos indígenas, los inmigrantes, las minorías nacionales, el movimiento gay, el movimiento sin tierra, el grupo ecologista, los consumidores, etc.⁸. Se suma el hecho de que muchos de estos colectivos mantienen marcadores sociales susceptibles a la movilidad y cambio, como aquellos definidos por la ideología, edad, sexo, preferencia sexual, necesidades económicas o defensas ecológicas; y por el otro, aquellos que mantienen componentes culturales más estables en el tiempo como el territorio, la lengua, las instituciones jurídico-políticas. En otras palabras, podemos decir que existen sujetos colectivos transitorios y sujetos colectivos más estables en el tiempo. En el caso de los primeros se relacionan con una protesta para el cierre de una empresa contaminante; la satisfacción de necesidades materiales urgentes; la eliminación de cualquier forma de discriminación y trato diferenciado; la promoción de acciones afirmativas en la representación política de grupo, etc. Mientras que los segundos son moldeados sobre la base de estructuras culturales relevantes y plantean derechos colectivos como el territorio, el autogobierno, la lengua, la historia e instituciones compartidas.

Para decirlo brevemente, bajo la categoría de sujetos *transitorios* y *estables* pretendemos distinguir entre grupos sociales y minorías culturales, en donde el sustrato identidad y cultura se desenvuelve de manera distinta en un caso como en otro, y todo ello influye en el proceso de construcción de la ciudadanía a la hora de individualizar su lógica de lucha, intereses y demandas específicas. Además, muchas de las demandas y derechos reivindicados, bien pueden compatibilizarse con los derechos y libertades individuales que defiende la ciudadanía liberal; sumarse a los

y nada, en una palabra mágica que con sólo nombrarla supuestamente se puede dar respuesta a los grandes problemas de los estados posnacionales" (2004: 189).

⁸ De acuerdo con Habermas: "El feminismo, el multiculturalismo, el nacionalismo y la lucha contra la herencia eurocéntrica del colonialismo son fenómenos que, aunque se encuentran emparentados, no deben ser confundidos. Su parentesco estriba en que tanto las mujeres, las minorías étnicas y culturales, así como las naciones y las culturas, ofrecen resistencia contra la opresión, la marginación y el desprecio, y de este modo luchan por el reconocimiento de las entidades colectivas, sea en el contexto de una cultura mayoritaria o en el de la comunidad de los pueblos. Se trata de movimientos de emancipación cuyos objetivos políticos colectivos se definen en primera instancia en clave cultural, aun cuando siempre esté[n] en juego también desigualdades de carácter económico así como dependencias de naturaleza política" (1999: 198).

referidos a la igualdad en el caso de la ciudadanía social; o bien, los relativos a la *identidad* o la *solidaridad* que algunos autores identifican los derechos de tercera generación⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, en adelante analizaremos tres categorías de entidades colectivas identificadas alrededor de la identidad colectiva y diferencia cultural, con el propósito de subrayar algunas variantes derivadas de la indeterminación conceptual de la ciudadanía multicultural. En este sentido, veremos que muchos de los *grupos sociales* asociados a la ciudadanía diferenciada, siguen una lógica reivindicativa más próxima a la ciudadanía social en la medida que el lenguaje dominante es el de los derechos sociales. Éstos, a su vez, se diferenciarían de las entidades incardinadas en supuestos culturales más estables en el tiempo como en el caso de las minorías étnicas, nacionales o pueblos indígenas.

Grupos desaventajados y la lucha por los derechos: presupuestos para la ciudadanía social

Teniendo en cuenta el espectro variado de demandas y derechos que precisan los nuevos actores sociales, existe entre ellas una tendencia hacia la individualización de los derechos y bienes reivindicados, sobre todo aquellos relacionados fundamentalmente con procesos que revisten una temporalidad transitoria como en el caso de la mayoría de los movimientos sociales que apelan a la distribución de bienes, necesidades y derechos que responden al canon de exigencias individualizables, aun cuando las demandas proceden de individuos pertenecientes a determinados colectivos específicos.

Por lo anterior, consideramos que buena parte de las reivindicaciones de los nuevos movimientos sociales a los que Young inscribe dentro de la ciudadanía diferenciada (negros, mujeres, homosexuales, lesbianas, pueblos indígenas, minorías étnicas, discapacitados, religiosas, etc.), bien pueden individualizar sus derechos y demandas en el contexto de la ciudadanía social. Como bien señala María José Añón:

⁹ Según afirma García Inda: "Si el siglo XVIII puso el acento en la búsqueda de la *libertad*, el siglo XIX lo hizo en la consecución de la *igualdad*, a finales del siglo XX la preocupación fundamental parece haber sido la de la *identidad*" (2008: 80). Por su parte, Pérez Luño afirma: "Si la *libertad* fue el valor guía de los derechos de la primera generación, como lo fue la *igualdad* para los derechos de signo económico, social y cultural, los derechos de la tercera generación tiene como principal valor de referencia a la *solidaridad*" (2006: 34).

Buena parte de los problemas que plantea Young en relación a la desventaja y marginación pueden encontrar respuestas muy adecuadas en el marco de los derechos sociales, pero esto requiere una atención a esos mismos derechos a su alcance y posibilidades que la autora no tiene en cuenta y, en segundo lugar a través de programas adecuados hacia la igualdad de oportunidades (1999: 91).

En efecto, asociar a los nuevos grupos sociales con la constitución de la ciudadanía social implica invocar un viejo paradigma de justicia ante la emergencia de nuevas perspectivas que cuestionan la relatividad de los derechos individuales si está desprovista del desarrollo de las capacidades humanas (Nussbaum, 2012). En este sentido, podemos inscribir el planteamiento omnicomprehenso de la ciudadanía social tal como fue acuñada por Marshall, al objetar la suficiencia de los derechos civiles y políticos para la consecución de una ciudadanía plena, puesto que una ciudadanía formal sin los presupuestos materiales no era más que nominal (Marshall y Bottomore, 1998: 15-82). Como sentencia Victoria Camps: "Sin educación, sin salud, sin trabajo, sin todo aquello que hace de una persona una persona normal, la libertad es un adorno casi inútil" (1994: 17).

Por tal razón, una de las contribuciones de la ciudadanía social supuso desvelar las contradicciones que encierra la "ciudadanía moderna" construida sobre la base de unos derechos abstractos, formales y universales, pretendiendo resumir en ellos los valores de libertad, igualdad y dignidad del ser humano; no obstante, el tiempo dirá en la voz de los movimientos sociales que la concepción liberal de la ciudadanía resultaba vacía si no se tomaba en cuenta la igualdad material entre los seres humanos como condición indispensable al disfrute de la libertad individual. Como describe María José Añón:

Podríamos afirmar que los derechos sociales encuentran su justificación en el principio según el cual todos tienen derecho a satisfacer sus necesidades básicas, por tanto el titular de estos derechos no es el hombre abstracto, sino el hombre situado, contextual o necesitado, por ello son derechos fundamentales de carácter prestacional que generan obligaciones en los poderes públicos, a partir de los principios que articulan el estado social, como derechos fundamentales tiene mayor peso la dimensión objetiva, esto es la función que desempeñan en el orden jurídico, los límites y vínculos que generan en los poderes

públicos y en todos los terceros, que la dimensión o el estatus subjetivo, son derechos que están orientados a la realización de la libertad real o fáctica y del principio de igualdad material (1999: 62).

Como se advierte, son varios los aspectos destacados en la definición anterior; no obstante, parece evidente que el núcleo central de la ciudadanía social y, por tanto, de los derechos sociales, está relacionado con la satisfacción de un mínimo de bienestar material o de “necesidades básicas” que requiere el ser humano para tener una vida digna (Añón, 1994). En este sentido, los derechos sociales resultan instrumentos jurídicos con los cuales se busca contrarrestar el problema de la falta de distribución que muchas veces, conlleva la exigencia de acciones afirmativas y de discriminación positiva para igualar a los seres humanos en una sociedad regida por valores liberales cada vez más desigual.

Con todo, la cuestión de los derechos sociales no está libre de discusión teórica, sobre todo cuando se esbozan argumentos que poco ayudan a su implementación práctica. Así tenemos que pese al reconocimiento de los derechos sociales como derechos humanos, es decir, con todos los atributos de universalidad, su observancia en la práctica está sujeta a la contingencia material y a la capacidad de respuesta de los Estados; siendo por lo general, el argumento de la escasez la justificación más socorrida para excusar su cumplimiento, al tratarse de derechos que resultan *caros* para el Estado¹⁰. Esto es así porque los derechos sociales —a diferencia de los derechos civiles y políticos, conocidos también como derechos de primera generación o de *abstención*—, han sido reconocidos habitualmente como *derechos prestacionales* que hacen referencia a “aquellos derechos

¹⁰ Siguiendo una concepción trialista de los derechos fundamentales, Peces-Barba señala que la justicia y la validez necesitan de la eficacia, es decir, entiende los derechos fundamentales como pretensión moral justificada, la incorporación de ésta a una norma positiva y su aplicación a una realidad social. Sin embargo, la realización de esta última está condicionada a una contingencia extrajurídica de carácter social, económico o cultural. Así, la escasez de bienes condiciona la existencia de una pretensión moral justificada como de una norma jurídica por su imposible garantía judicial. “Es principalmente el tema de la escasez, que repercute en la posibilidad de un contenido igualitario de los derechos y consiguientemente, más en su justicia que en su validez. La escasez afecta a la posibilidad de considerar a la pretensión moral de que se trate como generalizable, es decir, como convertible en ley general. Cuando hablamos aquí de escasez lo hacemos en sentido fuerte, es decir, como bienes que no pueden en ningún caso repartirse, porque ese reparto nunca alcanza a todos” (1999: 108). Para un estudio más detallado sobre la escasez en relación a los derechos fundamentales, véase (Peces-Barba, 1994: 193 ss.).

que, en lugar de satisfacerse mediante una abstención del sujeto obligado (el Estado principalmente), requieren de una acción positiva que se traduce normalmente en la prestación de algún bien o servicio” (Cruz, 2000: 90-91).

Si bien la distinción entre *abstención* y *prestación* ha dominado la discusión teórica para justificar por un lado, unos derechos humanos de realización negativa, dado que basta la abstención del Estado para su plena realización como el caso de las libertades civiles y políticas; por otro lado, están los derechos que comportan una prestación de los poderes públicos en cuanto exigen una actuación positiva para lograr una igualdad real entre los miembros de la comunidad política. En el fondo, esta dialéctica de los derechos negativos/positivos, después de todo, privilegia los derechos civiles y políticos en detrimento de los sociales y económicos, ya que suelen considerarse primero en tiempo, más importante en términos axiológicos, teóricamente mejor estructurados, lo que permite su mejor protección, a diferencia de los derechos sociales tildados de eficacia menor o nula. A partir de estos polos mutuamente excluyentes, no resulta difícil simplificar que los derechos sociales no son derechos fundamentales ni judicialmente exigibles, sino simples normas programáticas o directrices cuya operatividad se deja en manos de la administración o el Poder Legislativo (Pisarello, 2007).

No obstante, según defensores de los derechos sociales, la dicotomía anterior resulta errónea, puesto que ni los derechos civiles y políticos pueden caracterizarse sólo como derechos negativos, ni los derechos sociales como derechos positivos o prestacionales; por el contrario, se afirma que ambas categorías generan obligaciones negativas y positivas para el Estado. En esta línea escribe Gerardo Pisarello al señalar que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales entrañan “una cierta dimensión distributiva”.

Su satisfacción exige la asignación de subvenciones, ayudas, espacios públicos y recursos financieros, humanos y técnicos que permitan a las personas expresarse, asociarse o practicar sus creencias religiosas. Lo que está en juego, por tanto, no es cómo garantizar los derechos más caros, sino decidir cómo y con qué prioridades se asignan los recursos que la satisfacción de todos los derechos exige (Pisarello, 2007: 60-61)¹¹.

¹¹ En el mismo sentido, abogando por la exigibilidad y justicialidad de los derechos sociales al igual que cualquier otro derecho fundamental, véase (Abramovich y Curtis, 2004).

Más allá de justificaciones sesgadas, una posición coherente de los derechos sociales en cuanto derechos fundamentales debería pugnar por garantizarse sin ningún *regateo* de por medio, teniendo en cuenta que desde el punto de vista de la ciudadanía social constituyen una condición imprescindible para el goce del resto de los derechos fundamentales y requisito indispensable para la libertad moral¹². No obstante, aun cuando teóricamente debiera ser así, en la práctica se tienen otros indicadores que privilegian aquellos derechos humanos anclados en la ideología liberal¹³, tales como la libertad de mercado, libertad de inversión, libertad de empresa, libertad de propiedad, etc. Estos son los derechos que dominan actualmente en la era global, donde los actores económicos prácticamente han suplantado la capacidad de intervención de los Estados. Así, en nombre de la libertad y la autonomía individual, se han justificado derechos en detrimento de otros, subordinando aquellos que apelan a la igualdad a los intereses hegemónicos que privilegian los derechos de libertad en franca disparidad social que, en última instancia, ha redundado en mayor opresión y dominación¹⁴.

Por tanto, una consecuencia inmediata del escenario moderno marcado por la instauración de la lógica capitalista y la imposición del modelo neoliberal, ha sido la creciente desigualdad, la pobreza, la exclusión social, la privación de bienes básicos, el desequilibrio ecológico, la crisis del Estado social, etcétera¹⁵. En este contexto tiene lugar una cre-

¹² A juicio de Peces-Barba, “existen razones morales superiores para satisfacer las necesidades básicas, obstáculo para la libertad, mientras que la intangibilidad de las reglas del mercado, basada en última instancia en la filosofía del “Banquete de Malthus”, condena a una mayoría a no desplegar todas sus potencialidades, a no usar en plenitud la libertad social, política y jurídica, y a no alcanzar la autonomía o la libertad moral, o a hacerlo con un esfuerzo heroico que no es exigible a un hombre normal. A estos derechos sí que podríamos aplicar la expresión literal de que no cabe *regateo* sobre ellos y de que nos referimos no sólo *regateo* político sino también económico” (1999: 292-293).

¹³ Entre los aspectos que se globalizan, según Fariñas, figuran “el respeto universal y formal de los derechos humanos, en cuanto concepto propio de la cultura occidental, y especialmente de los derechos humanos de carácter individual y liberal, que no representa ninguna limitación en contra del principio básico de la libertad del mercado, y que son compatibles, por tanto, con la ideología neoliberal del mercado global, y que en la práctica representa la explotación más despiadada de los seres humanos y de la naturaleza” (2000: 15).

¹⁴ A tales efectos tiene vigencia el espíritu distributivo de la riqueza que propugnaba Rousseau cuando señala “[...] que ningún ciudadano sea lo bastante opulento como para poder comprar a otro, y ninguno tan pobre como para verse obligado a venderse [...]” (Rousseau: 83).

¹⁵ A efecto, (Pogge, 2005). Para un estudio conceptual de la pobreza y sus aproximaciones éticas, véase (Dieterlen, 2003).

ciente indignación por parte de nuevos actores colectivos contra la “dictadura de los mercados” (Hessel, 2010), pues han denunciado los efectos devastadores que provoca la dominación capitalista en las esferas de la vida social, particularmente, aquella que afecta a la justicia distributiva.

Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte el efecto adverso que ha comportado la prioridad del principio de libertad en detrimento de la igualdad en la configuración de sociedades cada vez desiguales. Por esta razón, en un contexto marcado por la injusticia social, tiene origen la legitimidad de demandas de grupos sociales que conjugan sus luchas mediante derechos sociales, justicia distributiva y ciudadanía social, y cuyos presupuestos normativos comparten plenamente con los principios de los derechos individuales. Es más, una característica que rodea a los grupos sociales es que sus demandas no contravienen ni principios liberales ni los derechos individuales. Por el contrario, compelen a su aplicación efectiva a fin de estrechar o eliminar desigualdades de hecho y el trato discriminatorio que experimentan por razón de sexo, género, clase, raza, preferencia sexual, etc. Para decirlo con Ferrán Requejo, los grupos sociales transitorios serían “aquellos cuyas reivindicaciones apelan a la paridad de condiciones materiales en relación a un supuesto deficitario hasta que los miembros del colectivo se equiparen al resto de la sociedad” (1996: 95).

A la vista de todo lo expuesto, podemos decir que los atributos de la ciudadanía social presentan ciertos rasgos que difieren con respecto a la ciudadanía multicultural, que como veremos, sigue otra lógica de los derechos, de justicia y en la constitución de los sujetos. Por esta razón, la ciudadanía social parece perder sus contornos a la luz de nuevos sujetos sociales constituidos por la diferencia cultural, como las minorías étnicas, nacionales y pueblos indígenas, cuyas demandas más apremiantes van más allá de la cuestión socioeconómica y ponen el acento en el reconocimiento a la identidad, la diferencia cultural y la redistribución política.

¿Ciudadanía étnica? o ¿ciudadanía multicultural?

Hemos visto que el concepto de multiculturalismo envuelve diferentes fenómenos socioculturales en el contexto de la diversidad cultural, los cuales no deben confundirse arbitrariamente, pues no es lo mismo la etnicidad, el feminismo, el nacionalismo o el socialismo, aun cuando son ideologías que han sido relacionadas de algún modo con

el multiculturalismo en tanto refieren a grupos oprimidos por razón de género, etnia, nacionalidad, clase, etc. Como bien señala De Yturbe:

No todas las luchas por el reconocimiento tienen las mismas formas y los mismos objetivos: feminismo, multiculturalismo, nacionalismo, luchas contra la herencia colonial, son fenómenos relacionados que, sin embargo, no deben confundirse entre sí. Se presentan todos como movimientos de emancipación y todos luchan contra la opresión, la marginalización y la falta de respeto, y exigen el reconocimiento de sus identidades colectivas. Pero es distinto el problema sociocultural de la paridad entre los sexos al de la aceptación de la identidad histórica de una minoría étnica, y distinto de esos dos es el caso de un pueblo con lengua y tradiciones comunes que aspira a convertirse en una nación políticamente autónoma (1998: 40-41)¹⁶.

Esta misma indeterminación conceptual del multiculturalismo se reproduce en la ciudadanía multicultural que engloba grupos sociales, minorías étnicas, nacionales, pueblos indígenas, etc. De ahí que un estudio específico sobre cada una de las entidades que invocan sendas ideologías, puede modular la concepción de la ciudadanía diferenciada, tal como se ha pretendido demostrar con los grupos desventajados socialmente.

Por tanto, al lado del catálogo de los “derechos sociales” emerge la cuestión de la identidad colectiva y diferencia cultural, cuya protección remite a reivindicaciones que van más allá de la visión clásica de la distribución y el discurso de la igualdad. Entre las distintas propuestas relacionadas con la justicia de reconocimiento, básicamente son tres las medidas más recurrentes: a) derechos de representación política de los grupos identitarios; b) derecho al respeto y promoción de los rasgos culturales dentro de la sociedad dominante, y c) derecho a la autonomía y autogobierno en clave jurídico-político¹⁷. A partir de este universo de derechos y del conjunto de los sujetos colectivos multicitados, es donde algunos autores derivan diferentes formulaciones de ciudadanía colectiva por razón a la identidad. Así, Young

¹⁶ Para una explicación específica de la lógica distintiva que siguen cada una de las entidades mencionadas, véase (Habermas, 1999).

¹⁷ En este caso seguimos básicamente la distinción formulada por Kymlicka, pues consideramos que sigue vigente su enunciación, debido a que muchas de las propuestas sobre el reconocimiento a la diversidad cultural que se han planteado, giran en torno a esta clasificación.

y Kymlicka convienen en la idea de ciudadanía diferenciada o ciudadanía multicultural; en cambio, Guillermo de la Peña y Álvaro Bello prefieren la nominación *ciudadanía étnica*¹⁸. Por su parte, de acuerdo con Miguel Alberto Bartolomé, se trata de *ciudadanía comunitaria*¹⁹, o simplemente *ciudadanía cultural* según Renato Rosaldo²⁰.

De acuerdo con tales formulaciones se concibe la ciudadanía desde diferentes ángulos epistémicos, siguiendo métodos diferentes y sobre la base de determinados sujetos y derechos colectivos. En el caso de la propuesta de Young consiste en una demasiado abarcadora que comprende el universo de grupos oprimidos a la categoría de la ciudadanía diferenciada: negros, mujeres, homosexuales, lesbianas, pueblos indígenas, minorías étnicas, discapacitados, religiosas, etc. Mientras que Kymlicka, siguiendo una distinción bipartita (minorías étnicas y nacionales) abarca tres aspectos importantes de derechos específicos: representación, poliétnicos y autogobierno, aunque a la postre, también termina excluyendo y asimilando otros sujetos colectivos dentro de su modelo. Si para Kymlicka, las “minorías étnicas” se reducen a los inmigrantes, excluye por definición otras etnias oprimidas tales como los gitanos, los negros, los pueblos indígenas, etc.; y en cuanto a las “minorías nacionales”, llega a abstraer demasiado que termina asimilando a los pueblos indígenas y otras etnias bajo la etiqueta de “minorías nacionales occidentales”. De modo que ambas categorías (minorías étnicas y nacionales) resultan problemáticas a los efectos de la precisión semántica.

Ahora bien, en el caso de De la Peña y Álvaro Bello, la noción de ciudadanía étnica se sustenta en una visión sociopolítica de la etnicidad, que se ocupa de la lucha de los pueblos indígenas en cuanto actores colectivos que

¹⁸ Véase (De la Peña, 1995). Véase también (De la Peña, 1999). Del mismo modo, en la obra de (Bello, 2004). Estos autores básicamente conciben la ciudadanía étnica a partir de las luchas sociales y políticas de los pueblos indígenas en pos de su reconocimiento público, teniendo en cuenta su diferencia cultural, la representación política y el cumplimiento de los derechos sociales.

¹⁹ De acuerdo con Miguel Alberto Bartolomé, la *ciudadanía comunitaria* se relaciona con una identidad residencial en un ámbito primario de identificación colectiva. “Se da una filiación primordial, aunque no sustancial, que refleja la socialización primaria de las personas en el marco de sus comunidades de nacimiento. Esta adscripción es tan perentoria que se trata incluso de ser reproducida en los distintos ámbitos a los que migran los miembros de los grupos etnolingüísticos en los que se registra una gran expulsión laboral” (2006).

²⁰ (Rosaldo, 2000). Para este autor, la ciudadanía formal es un “derecho cínico” si no es para materializar las necesidades y elecciones reales de las personas.

replantean una nueva relación con el Estado, a partir de demandas relacionadas básicamente con el reconocimiento, la distribución y los derechos individuales²¹. Desde esta concepción, las luchas indígenas comportan un amplio repertorio de demandas que van desde el ejercicio de los tradicionales derechos civiles, políticos y sociales hasta reclamos relacionados con la participación y representación política, la preservación y visibilización de las diferencias culturales, así como la autodeterminación política. El rasgo más destacable en este proceso es el papel que juega la “etnicidad” como principio de organización política de los pueblos indígenas²². En este sentido, la ciudadanía étnica se constituye en un sincretismo basado en la etnicidad, la identidad y la acción colectiva de los pueblos indígenas en su lucha por erradicar las injustas relaciones de poder en aras de una sociedad más democrática, participativa y equitativa.

A diferencia de las propuestas de Kymlicka y Young, en el caso de los autores citados, el sujeto colectivo reside en una entidad concreta: los pueblos indígenas; pero extensiva en cuanto a derechos y formas de justicia se refiere, lo cual hace difícil identificar el núcleo de la propuesta teórica de la “ciudadanía étnica”, dado su carácter expansivo al abarcar todos los derechos—individuales y colectivos—y formas de justicia—políticas, sociales, culturales, etc.—. Aunque cabe subrayar que el sentido de la ciudadanía étnica en la voz de Álvaro Bello consiste en que los pueblos indígenas de América Latina “no se basan exclusivamente en la “diferencia”, sino más bien en “la transformación de las relaciones de poder, y de las formas excluyentes de organización del Estado y la sociedad nacional” (2004: 42).

En cualquier caso, lo que se deduce de los autores mencionados es que existen distintas concepciones en relación con el binomio ciudadanía/etnia, y que no necesariamente se limita a una concepción de ciudadanía multicultural. De ahí

²¹ Según Álvaro Bello: “Tal vez lo más importante de esto es que los movimientos indígenas demandan no sólo la restitución de sus bienes materiales, como la propiedad y el goce real de la tierra y los recursos naturales, sino también autonomía territorial y autodeterminación, derecho a expresar y mantener sus identidades colectivas, educación bilingüe intercultural, reconocimiento constitucional como pueblos indígenas, participación política, y derechos preferenciales sobre las aguas y el subsuelo, entre otras demandas” (2004: 201).

²² Álvaro Bello entiende la etnicidad como expresión política de la identidad étnica a partir del cual se constituye la acción colectiva de los pueblos indígenas de América Latina en su lucha por la justicia de reconocimiento y de recursos materiales (2004). En términos similares véase (De la Peña, 1995).

que Álvaro Bello encuentre una distinción importante entre ciudadanía multicultural y ciudadanía étnica. En su opinión, la “ciudadanía multicultural sería una forma de ciudadanía ampliada, tal como está planteada por Kymlicka”, en tanto la ciudadanía étnica es

una forma de ciudadanía restrictiva que reconoce a los grupos étnicos, les restituye bienes simbólicos y materiales, les otorga canales de participación, pero no se hace cargo del resto de la sociedad. En el fondo, amplía los derechos y deberes ciudadanos a los grupos étnicos, dejando intactas las estructuras de convivencia con los otros grupos²³.

Como se advierte, el término “ciudadanía étnica” presenta algunas dificultades en cuanto que es un concepto demasiado amplio y el abanico de cuestiones que afecta, aunque su principal destinatario sea un sujeto específico. ¿Por qué no llamar *ciudadanía indígena*, quizá sería más plausible? El inconveniente radica—a mi modo de ver— en que no se explica de qué manera se incluyen o se excluyen otros grupos étnicos tales como los afro-descendientes, gitanos, inmigrantes, entre otros, dentro de una concepción cuyo núcleo normativo lo constituyen los pueblos indígenas; o dicho de otro modo, cómo se justifica un término de alcance general para un sujeto específico que encarna todo tipo de demandas culturales, políticas, sociales, etc. En este sentido, el término “ciudadanía étnica” puede resultar extensivo e indeterminado como la propia noción de ciudadanía multicultural o diferenciada, especialmente si atendemos que la descripción del término *etnia* normalmente se refiere a una población humana cuyos miembros comparten lazos históricos, culturales, lingüísticos, religiosos, raciales, etcétera²⁴.

²³ (Bello, 2004: 201). En cambio, Luis Villoro considera que desde los tradicionales derechos liberales de ciudadanía se puede dar respuesta a la demanda de la autonomía de los pueblos indígenas sin poner en riesgo la unidad estatal, por eso no se requiere “de la relativización del concepto de ciudadanía a grupos distintos, sino de su restricción a términos compatibles con todos los grupos. Una ciudadanía restringida constituye un marco común para la unión de pueblos diferentes” (1998: 104).

²⁴ Aunque el término *etnia* evoca a una acepción compleja y polisémica en el contexto de la antropología; sin embargo es posible extraer algunos rasgos generales de los apuntes de Miguel A. Bartolomé en el sentido de que “las etnias son comunidades culturales eventualmente lingüísticas, cuya existencia fáctica ha desafiado tradicionalmente a las perspectivas reduccionistas que pretendían definir las en términos exclusivos, ya sea raciales, lingüísticos, económicos o culturales. Sus distintos sistemas organizativos y culturales son históricamente generados y por lo tanto contingentes y mutables” (2006: 60).

Siendo así, la categoría étnica bien puede aplicarse no sólo a los sujetos oprimidos, sino a sujetos colectivos opresores o, incluso, a la sociedad dominante que también se define en términos étnicos. En definitiva, puede atribuirse a la *ciudadanía étnica* cierta imprecisión semántica, del mismo modo como ha sido objetada la concepción *minoría étnica* que defiende Kymlicka, al significar una categoría amplia, aunque pensada para un sujeto específico: los inmigrantes²⁵.

Por esta razón, consideramos más apropiada definir la ciudadanía colectiva atendiendo a la estructura y naturaleza identitaria específica de los sujetos, de los derechos y de las demandas concretas en juego, con el fin de delimitar la esfera de aplicación de la ciudadanía respectiva. En este sentido, una concepción coherente de la ciudadanía étnica o multicultural sería aquella que se limita exclusivamente al reconocimiento de las *especificidades culturales*, más que demandas de autodeterminación política o la secesión, como en el caso de las minorías nacionales, lo que implicaría también una distinción entre etnicidad y nacionalidad²⁶.

De modo que si las demandas más importantes para una etnia son el reconocimiento de las especificidades culturales dentro la sociedad mayor, así como el reconocimiento y promoción de la lengua, la religión, las tradiciones, la historia, etc., o incluso la representación política en cuanto grupo subrepresentado en el espacio público; estaríamos en este caso, en el supuesto de la ciudadanía étnica o multicultural propiamente dicha. Como señala Adela Cortina, los auténticos planteamientos multiculturales serían los que presentan las minorías étnicas, mientras que las diferencias nacionales tiene que ver más con la distribución del poder político, pues defender una lengua o una cultura no es lo mismo que una nación. En sus palabras:

²⁵ Véanse algunas críticas al planteamiento de Kymlicka en (Benhabib, 2006). Del mismo modo, (Young, 1997).

²⁶ Según David Miller, las fronteras étnicas y nacionales no siempre coinciden, aunque guardan cierta similitud, ya que "[...] Tanto las naciones como los grupos étnicos son cuerpos de personas unidas por características culturales comunes y por el mutuo reconocimiento [...]. Al mismo tiempo, hay aquí dos cuestiones. La primera es que, para entender las identidades nacionales de los distintos pueblos presentes en el mundo, necesitamos examinar sus orígenes étnicos. Habitualmente, *aunque no siempre*, una nación surge de una comunidad étnica que le proporciona una identidad diferenciada. La segunda es que la etnicidad continúa siendo una fuente posible de nuevas identidades nacionales. De hecho, esto se puede formular de forma más fuerte: cuando un grupo étnico siente que su identidad está amenazada o que son rechazadas sus aspiraciones políticas legítimas, sería muy sorprendente que no empezara a verse a sí mismo como una nación y a expresar sus aspiraciones en términos nacionalistas" (1997: 36).

[...] los problemas de los estados multinacionales son claramente políticos y han de resolverse llegando a una distribución justa del poder, sea en forma de autonomías, de estados federales o confederados, o cualquier otra forma que se considere adecuada. Los auténticos problemas multiculturales se producen, por el contrario, en sociedades poliétnicas, en las que conviven diferentes cosmovisiones, distintos modos de concebir el sentido de la vida, de la felicidad, de la justicia y la organización social (1998: 191-192).

En definitiva, la ciudadanía étnica o pluriétnica es compatible con aquellas entidades cuyas demandas colectivas se asientan en la etnia y la diferencia cultural, y a partir de este bagaje cultural derivan planteamientos de reconocimiento público a sus manifestaciones culturales, sin plantear desde luego, demandas de autodeterminación política o la secesión, pues en este supuesto estaríamos en el caso de las minorías nacionales²⁷.

De la ciudadanía multinacional a la ciudadanía indígena

En el epígrafe anterior básicamente se ha señalado que en el contexto de los Estados multiétnicos, la reivindicación colectiva de las distintas entidades culturales en el seno de los mismos, promueve la configuración de la ciudadanía étnica o multicultural al exigir el reconocimiento de sus rasgos etnoculturales cuando la sobrevivencia está en riesgo, sea debido a la influencia de la etnia dominante o bien, para promover el florecimiento de la identidad del grupo. Sin embargo, lo normal es que los Estados sean a la vez multiétnicos y multinacionales, en virtud de que muchas

²⁷ Como señala Michael Keating: "La etnicidad es una fuerza poderosa en la política contemporánea. Sin embargo, no es lo mismo que el nacionalismo. La mayoría de los grupos étnicos no se identifican a sí mismos como naciones ni reclaman el autogobierno territorial. La mayoría de las naciones, a su vez, comprenden varios grupos étnicos diferentes que pueden dar lugar a tres formas de política étnica: a) El modo *integrante* significa que los grupos étnicos que han sido excluidos formulan reivindicaciones basándose en la ciudadanía común y piden que se les permita participar plenamente en la vida de la nación. El ejemplo de esto sería el movimiento pro derechos civiles de los negros norteamericanos de la década de los sesenta. b) El modo *particularista* es cuando los grupos piden que se les dé un trato distinto, basándose en sus características compartidas; y c) El modo *disgregativo* es cuando los grupos reivindican la autodeterminación y posiblemente piden también su Estado propio. En estos casos, el grupo étnico suele constituirse en nación" (1996: 14-15). Sobre las exigencias de las minorías nacionales en el contexto español, véase (Saucá, 2010).

minorías étnicas persiguen un proyecto de convertirse en nación y organizarse políticamente del mismo modo que la nación afianzada en el poder estatal²⁸. Este fenómeno tiene lugar a partir del proceso de construcción nacional proyectada para fomentar una identidad nacional común, privilegiando una determinada nación que conforma el sustrato básico del Estado-nación, con la consecuencia inevitable de desfavorecer a otras naciones coexistentes, y muchas veces preexistentes a la fijación de las fronteras estatales²⁹. Por tanto, esta forma de exclusión abre la puerta hacia la reivindicación política de las minorías nacionales, quienes consideran que su identidad nacional se encuentra amenazada por la implementación de políticas de afirmación del nacionalismo estatal³⁰ y la oficialización de una cultura específica.

En tal sentido, podemos señalar a grandes rasgos, que ha habido básicamente dos líneas de atención al desafío etnonacional. Por un lado, aquellas políticas nacionalistas que tienden a eliminar de raíz el problema de las diferencias nacionales, a fin de homogeneizar la sociedad política y cristalizar de esta forma una sola identidad nacional. Algunas de tales medidas van desde las más sutiles como la *asimilación* e *integración* que persiguen forjar una identidad colectiva común, a costa de suprimir las diferencias etnonacionales mediante el incentivo al abandono progresivo de la propia cultura para integrarse a la cultura mayoritaria; hasta políticas más agresivas como la *limpieza étnica* y el *genocidio* que buscan eliminar directamente la diferencia interna para construir una nación única y homogénea (Máiz, 2006: 94-100). Por otro lado —y es acá donde fijamos nuestra atención—, están aquellas estrategias institucionales que plantean una salida pacífica a la solución de los conflictos étnicos, entre las cuales destacan tres de las respuestas ins-

²⁸ En este sentido, Albert Calsamiglia distingue: “La comunidad nacional es una comunidad cultural que tiene una aspiración política global de reconocimiento mientras que una etnia no tiene esta aspiración aunque está constituida por un proyecto cultural unificado” (2000: 97).

²⁹ “En la realidad, la localización de las fronteras casi siempre ha venido determinada por factores que ahora reconocemos como ilegítimos —por ejemplo, conquistas, colonización, la cesión de territorios de una potencia a otra sin el consentimiento de la población local, etc.— En suma, sabemos que las fronteras existentes son en su mayoría el producto de injusticias históricas” (Kymlicka, 2006:38).

³⁰ Como señala Kymlicka: “Con frecuencia, tales nacionalismos de las minorías entran en conflicto directamente con el nacionalismo de Estado, dado que este último pretende promover una identidad nacional común en todo el Estado. De hecho, los nacionalismos de las minorías son a menudo el blanco principal del nacionalismo de Estado y de las políticas de construcción nacional” (63).

titucionales más comunes, según Requejo: 1) El federalismo, entendido en un sentido amplio que incluiría las federaciones, los estados asociados, las *federacies*, las confederaciones y los estados regionales, 2) Las instituciones y procesos de carácter consociacional entre las mayorías y las minorías nacionales; y, 3) La secesión (2010).

En líneas generales podemos decir que las reivindicaciones de las minorías nacionales encajan en el esquema descrito, siendo su propósito principal la afirmación política de la identidad cultural y el deseo de autogobernarse como nación, bien dentro de las fronteras estatales, sea mediante la formación de Estados independientes. Esta es la premisa que —a nuestro modo de ver— subyace al planteamiento de la ciudadanía multinacional. Sin embargo, existen posturas que contrastan con esta afirmación como en el caso de la *ciudadanía multinacional* que defienden Harty y Murphy (2008), quienes ven la cultura y la secesión como elementos ajenos a la prioridad política que entrañan la acomodación de las minorías nacionales, centrada fundamentalmente en la distribución democrática del poder dentro de las fronteras estatales. Aunque reconocen que es poco improbable que la autonomía política desemboque necesariamente en la secesión, el modelo que defienden atiende más bien a la distribución democrática de la soberanía estatal, a fin de contener las pasiones nacionalistas y los desafíos separatistas de la secesión. Por esta razón privilegian la dimensión política, siendo la cuestión cultural un asunto secundario cuyo respeto deriva como consecuencia al tener mayores márgenes de poder político, cuya afirmación se reproduce enseguida:

[...] nos distinguimos de la mayor parte de los nacionalistas liberales en que nosotros depositamos mucha más atención en las dimensiones democráticas y políticas de la ciudadanía y la autodeterminación, en contraposición a las culturales. Es decir, nosotros no consideramos que la autodeterminación sea un derecho que descansa sobre un argumento vinculado a la diferencia cultural de una comunidad [...] sino un derecho democrático que justifica por sí solo la autoridad de una comunidad nacional sobre asuntos culturales y sobre un amplio abanico de otros asuntos y competencias (Harty y Murphy, 2008: 49).

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta improbable que las minorías subnacionales soslayen la importancia de la cultura y descarten la secesión. Desde luego que el componente político es un rasgo fundamental que caracteriza a las minorías nacionales con respecto a las minorías

étnicas, pero eludir el elemento cultural implica neutralizar la relevancia cultural que subyace en el nacionalismo estatal al poner énfasis en un “nacionalismo cívico” incluyente, basado en principios universales de igualdad y libertad frente a un “nacionalismo étnico” separatista y anclado en el pasado. Esta distinción dominante ha sido objetada por Kymlicka, quien considera que ambas formas de nacionalismos tienen un trasfondo cultural, y el desafío de las minorías nacionales es más bien resultado de la asimilación coercitiva que imponen las mayorías nacionales dominantes. De hecho, gran parte de los conflictos existentes en el mundo se debe a la incorporación forzosa de las minorías nacionales a las fronteras estatales, con lo cual se impone la identidad y la ciudadanía de la nación dominante, aunque para justificar esta política asimilacionista, a menudo dicha agresión se “racionalice precisamente sobre la base de que la nación mayoritaria no es de carácter étnico” (Kymlicka, 2003: 281).

En consecuencia, los Estados necesariamente privilegian a las culturas particulares, la afirmación de la identidad de la mayoría nacional refleja las decisiones sobre las festividades, el control sobre los derechos lingüísticos, la inmigración, la educación y las medidas políticas para el desarrollo, etc.; ello induce que las minorías nacionales se vean obligadas a reivindicar lo propio también; de modo que es, en esta lucha por la identidad, donde emergen los conflictos nacionalistas. Por consiguiente, “si las minorías nacionales no desean asimilarse, deben luchar para obtener esos derechos y esas competencias, bien a través de la secesión, bien a través de la autonomía regional” (Kymlicka, 2003: 287).

Por otro lado, tampoco cabe excluir la posibilidad de la secesión, pues aun cuando ésta pudiera comprenderse dentro de las medidas de supresión del problema de la plurinacionalidad, de acuerdo con Ramón Máiz, bien puede considerarse como una modalidad de acomodación en su forma no violenta y mediante procedimientos democráticos cuando fracasan fórmulas como el federalismo y la consociación; pero también como estrategia de renegociación continua concebido así como un medio y no un fin (Máiz, 2006). En cualquier caso, la secesión es de las fórmulas menos socorridas entre las señaladas, siendo el federalismo quizá el modelo más recurrente por su grado de flexibilidad en la acomodación de las minorías nacionales, y en menor grado concita la consociación (Lijphart, 2000, 1999).

Con todo, no existe ningún modelo político-institucional que pueda garantizar el alcance normativo de la ciudadanía multinacional dentro de los marcos estatales, ni

siquiera el federalismo ofrece una respuesta unívoca para la acomodación de las minorías nacionales en sus distintos planteamientos, que algunos autores denominan federalismo multinacional (Gagnon, 2009), federalismo plurinacional (Requejo, 2007) o simplemente federalismo asimétrico (Fosas y Requejo, 1999). Por tanto, la acomodación etnonacional en el marco del federalismo más asequible deberá atenderse en función a contextos y circunstancias específicas en que se manifiesta cada una de las demandas de autogobierno o autodeterminación, según Ferrán Requejo³¹.

En definitiva, de acuerdo con el esbozo de la ciudadanía multinacional expuesta, se advierte un viraje de lo cultural a lo político en la ciudadanía multinacional, puesto que existe un valor añadido que sobreviene con el autogobierno o la autodeterminación política, demanda ausente en el caso de las minorías étnicas tal como vimos en el apartado anterior. Con todo este recorrido hemos pretendido poner de relieve las diferentes modulaciones conceptuales que observan la “ciudadanía multicultural” atendiendo dimensión social, cultural y política en que descansan las demandas básicas de los grupos sociales, minorías étnicas y nacionales en el proceso de construcción de la ciudadanía.

Llegado a este punto y habiendo esbozado de manera general las implicaciones de la ciudadanía social, multicultural y multinacional, quizá queda pendiente una pregunta obvia: ¿y los pueblos indígenas en qué modelo de ciudadanía encajan? En principio, podemos decir que difícilmente en cualquiera de ellas, al menos no de forma absoluta, teniendo en cuenta que dentro de los tipos analizados, los pueblos indígenas se identifican con las demandas de justicia social de los grupos desaventajados; en cuanto grupos étnicos comparten también determinados marcadores culturales que conforman su identidad colectiva como la lengua, religión, historia y valores, los cuales son dignos de reconocimiento público según las pautas de la ciudadanía étnica o multicultural; además, se encuentran asentados, por lo general, en un territorio determinado, se autogobiernan mediante instituciones propias y mantienen entre sus demandas principales la autodeterminación política en los términos de la ciudadanía multinacional.

Como se advierte, hay una proximidad con las diversas formulaciones de ciudadanía, aunque es con las minorías

³¹ “Obviamente, una buena acomodación liberal-democrática de la plurinacionalidad no puede consistir, simplemente, en la mera adaptación de un “modelo formal”, sino que se precisa siempre una concreción del reconocimiento y de la acomodación política de dicho pluralismo de acuerdo a las circunstancias específicas de cada sociedad” (Requejo, 2007: 106).

nacionales donde parece haber mayor afinidad. De hecho, muchos teóricos multiculturales y multinacionales dan por descontado que los problemas de los pueblos indígenas reflejan las mismas demandas de las naciones sin Estado; sobre todo, en la voz más autorizada de Will Kymlicka al hacer una equiparación entre los pueblos indígenas y las minorías nacionales, minimizando cualquier diferenciación sustancial entre ellos, en virtud de que se trata de dos entidades que guardan ciertas similitudes en términos estructurales, institucionales, y mantienen patrones culturales parecidos; es más, comparten el mismo propósito de la autodeterminación colectiva, aun cuando las vías seguidas difieran entre sí³².

Sin embargo, muchos académicos, dirigentes y portavoces indígenas han señalado con frecuencia que lo que difiere a los pueblos indígenas de las naciones nacionales es que existen elementos añadidos que legitiman y confieren a sus reivindicaciones un *plus* de derechos, puesto que: a) no siempre constituyen una población minoritaria al interior del Estado, como el caso de Bolivia y Guatemala; b) una característica clave es que no se conciben sin una vinculación real o imaginaria con un territorio ancestral; c) son pueblos originarios cuya soberanía fue violentada por un proceso de conquista y colonización, y han sido incorporados contra su voluntad al dominio de los estados modernos; d) tienen una larga historia de exclusión y discriminación sistemática; y, e) sus luchas y reivindicaciones se articulan con otros pueblos indígenas del mundo, lo que los afianza en un movimiento indígena transnacional³³.

³² Nos referimos sobre todo, al proceso normativo e institucional desarrollado en el ámbito internacional de reconocimiento de derechos específicos de los pueblos indígenas, el cual no parece coincidir con el proceso seguido por las minorías nacionales. En este sentido se han reconocido diferentes instituciones e instrumentos normativos, tales como el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas en 1982; Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo en 1989; Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas establecido en el año 2000; Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2001; Decenios Internacionales de las Poblaciones Indígenas del Mundo desde 2004; Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2007, y Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2007. Del mismo modo, se han adoptado diferentes planes, programas y resoluciones por organismos internacionales y regionales como en la propia Naciones Unidas, el Banco Mundial, la Unión Europea, la Organización de los Estados Americanos, etcétera.

³³ Véase al efecto (Oliva, 2012); (Stavenhagen, 2002); (Aparicio, 2002); (Clavero, 1994).

Todos los rasgos señalados han sido esgrimidos de algún modo para justificar demandas de reconocimiento de derechos específicos para los pueblos indígenas; sin embargo, sospecho que estos argumentos no son suficientes para una distinción relevante entre pueblos indígenas y minorías nacionales. Nada garantiza que no haya minorías nacionales “mayoritarias” con un fuerte arraigo a su territorio, cultura y naturaleza; que ya ocupaban un territorio antes de ser conquistados y colonizados; que han sufrido sistemáticamente discriminación y exclusión por parte de la sociedad dominante; y que, por todas estas experiencias, pretendan asimismo articular sus luchas más allá del ámbito nacional.

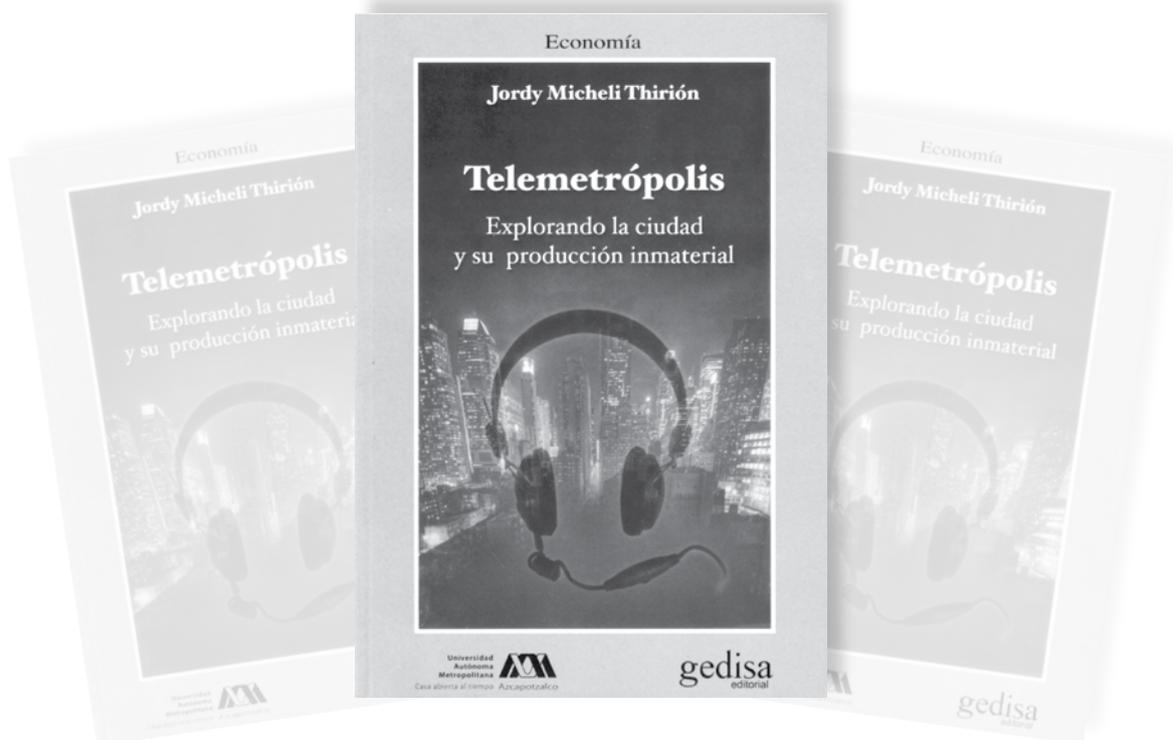
Dado que considero existen otros elementos de distinción, quizá más consistentes que los arriba señalados, analizaremos en otro lugar los argumentos que pretenden exhibir una distinción relevante entre pueblos indígenas y minorías nacionales en el proceso de construcción de la ciudadanía indígena. Con todo, intentar alistar la ciudadanía indígena como un proceso de desarrollo distinto de las premisas invocadas a la ciudadanía multinacional o multicultural, no deja de ser un cuestionamiento más sobre la indeterminación conceptual de la ciudadanía multicultural según hemos intentado esbozar a lo largo de este recorrido.

Referencias

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles* (2a. ed.). Madrid: Trotta.
- Añón, M. (1994). *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Añón, M. (1999). “Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías”. En Lucas, J. (Dir.), *Derecho de las minorías en una sociedad multicultural* (pp. 43-118). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Aparicio, M. (2002). *Los Pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina*. Barcelona: Cedecs.
- Bartolomé, M. (2006). *Procesos interculturales. Antropología política del pluralismo cultural en América Latina*. México: Siglo XXI Editores.
- Bello, Á. (2004). *Etnicidad y ciudadanía en América Latina*. Santiago de Chile: CEPAL.
- Benhabib, S. (2006). *Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global*. Buenos Aires: Katz.

- Borja, J.; Dourthe, G. y Peugeot, V. (2001). *La ciudadanía europea*. Barcelona: Península.
- Calsamiglia, A. (2000). *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*. Barcelona: Paidós.
- Camps, V. (1994). "La igualdad y la libertad". En Valcárcel, A. (Comp.), *El concepto de igualdad* (pp. 17-27). Madrid: Editorial Pablo Iglesias.
- Carbonell, M. (2001). "Estudio introductorio". En Kymlicka, W. y Straehle, Ch. *Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo minoritario*. México: UNAM.
- Clavero, B. (1994). *Derecho Indígena y Derecho Constitucional en América*. México: Siglo XXI Editores.
- Cortina, A. (1998). *Ciudadanos del Mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía* (2a. ed.). Madrid: Alianza.
- Costa, P. (2008). "Ciudadanía y patrones de pertenencia a la comunidad política". En Costa, P. y Aláez, B., *Nacionalidad y ciudadanía*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Cruz, J. (2000). "Los derechos sociales como técnica de protección". En Carbonell, M., Cruz, J. y Vásquez, R. (Comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías* (pp. 87-110). México: UNAM-IIIJ.
- De la Peña, G. (1995). "La ciudadanía étnica y la construcción de los "indios" en el México contemporáneo". *Revista Internacional de Filosofía Política*, UAM-Iztapalapa/UNED, Madrid, 116-140.
- De la Peña, G. (1999). "Territorio y ciudadanía étnica en la nación globalizada". *Desacatos. Revista de Antropología Social*, CIESAS, (1), 13-27.
- Dieterlen, P. (2003). *La pobreza. Un estudio filosófico*. México: UNAM/FCE.
- De Sousa, B. (1998). *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia/ILSA.
- De Yturbe, C. (1998). *Multiculturalismo y derechos*. México: Instituto Federal Electoral.
- Fariñas, M. (2000). "Globalización, ciudadanía y derechos humanos". *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, (16).
- Fernández, E. (2001). *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*. Madrid: Dykynson/UC3M.
- Fosas, E. y Requejo, F. (1999). *Asimetría federal y Estado plurinacional. El debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España*. Barcelona: Trotta.
- Fraile, M. (2003). *El significado de la ciudadanía europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gagnon, A. (2009). *Más allá de la nación unificadora: alegato en favor del federalismo multinacional*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms Vitoria, Instituto Vasco de Administración Pública.
- García, A. (2008). "Identidades y derechos colectivos". En Susín, R. y San Martín, D. (Coords.), *Identidades. Reconocimiento y diferencia en la modernidad líquida* (pp. 75-100). Valencia: Universidad de la Rioja/Tirant lo Blanch.
- García, S. y Lukes, S. (Comps.) (1999). *Ciudadanía: justicia social, identidad y participación*. Madrid: Siglo XXI.
- Habermas, J. (1999). *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Barcelona: Paidós.
- Harty, S. y Murphy, M. (2008). *Por una ciudadanía multinacional*. Madrid: 451 Editores.
- Hessel, S. (2010). *Indignez-vous!* Montpellier: Indigène Éditions.
- Keating, M. (1996). *Naciones contra Estado. Nacionalismo de Cataluña, Quebec y Escocia*. Barcelona: Ariel.
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós.
- Kymlicka, W. (2003). *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Barcelona: Paidós.
- Kymlicka, W. (2006). *Fronteras territoriales*. Madrid: Minima Trotta.
- Kymlicka, W. y Straehle, C. (2001). *Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo minoritario*. México: UNAM.
- Lijphart, A. (1999). *Las democracias contemporáneas: un estudio comparativo* (4a. ed.). Barcelona: Ariel.
- Lijphart, A. (2000). *Modelos de democracia: formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*. Barcelona: Ariel.
- Máiz, R. (2006). "Los nacionalismos antes de las naciones". *Política y cultura*, (25), 94-100.
- Marshall, T. y Bottomore, T. (1998). *Ciudadanía y clase social*, versión de Pepa Linares. Madrid: Alianza Editorial.
- Miller, D. (1997). *Sobre la nacionalidad. Autodeterminación y pluralismo cultural*. Barcelona: Paidós.
- Nussbaum, M. (1999). "Patriotismo y cosmopolitismo". En Nussbaum, M. *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y "ciudadanía mundial"*. Barcelona: Paidós.
- Nussbaum, M. (2012). *Crear capacidades: propuesta para el desarrollo humano*. Barcelona: Paidós.
- Oliva, D. (2012). *Los Pueblos indígenas a la conquista de sus derechos. Fundamentos, contextos formativos y normas de derecho internacional*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid/Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Peces-Barba, G. (1994). "Escasez y derechos humanos". En Saucá, J. (Ed.), *Problemas actuales de los derechos funda-*

- mentales (pp. 193-213). Madrid: Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado.
- Peces-Barba, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado.
- Pérez de la Fuente, O. (2006). "Inclusión, redistribución y reconocimiento: Algunas paradojas sobre los inmigrantes". En Campoy, I. (Ed.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos e inmigración* (pp. 239-270). Madrid: Dykinson.
- Pérez, A. (2004). *¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?* Barcelona: Gedisa.
- Pérez, A. (2006). *La tercera generación de los derechos humanos*. Navarra: Aranzadi.
- Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta.
- Pogge, T. (2005). *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Requejo, F. (1996, mayo). "Pluralismo, democracia y federalismo. Una revisión de la ciudadanía". *Revista Internacional de Filosofía Política*, UAM/UNED, (7), 93-120.
- Requejo, F. (2007). *Federalismo plurinacional y pluralismo de valores. El caso español*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Requejo, F. (2010). "El fuste de la democracia liberal sigue siendo demasiado recto". *Foro Interno*, (10), 51-70.
- Rodríguez, J. (2002). *La ciudadanía de la Unión Europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rosaldo, R. (2000). "La pertenencia no es un lujo: procesos de ciudadanía cultural dentro de una sociedad multicultural". *Desacatos. Revista de Antropología Social*, CIESAS, (3).
- Santiago, R. (2007). *Lealtades compartidas. Hacia una ciudadanía multilateral*. Madrid: tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid.
- Stavenhagen, R. (2002). "Derecho internacional y derechos humanos". En Krotz, E. (Ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. Barcelona: Anthropos/UAM.
- Sauca, J. (2007). "Multiculturalismo y sociedad civil". En Sauca, J. y Wences, M., *Lecturas de la sociedad civil. Un mapa contemporáneo de sus teorías* (pp. 111-142). Madrid: Trotta.
- Sauca, J. (2010). *Identidad y derecho. Nuevas perspectivas para viejos debates*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Villoro, L. (1998). *Estado plural, pluralidad de culturas*. México: Paidós.
- Young, I. (1997). "A multicultural continuum: A critique of Will Kymlicka's Ethnic-Nations Dichotomy". *Constellations*, 4(1), 48-53.
- Young, I. (2000). *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Cátedra.



El Convenio 189 sobre los derechos de las personas trabajadoras del hogar

José Antonio Guevara Bermúdez*

Las condiciones adversas en las que se desarrolla el trabajo doméstico en México hacen apremiante e insoslayable que nuestro país ratifique el Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo. Este instrumento internacional tiene la ventaja de concentrar en un documento las obligaciones del Estado y detallar las especificidades de este tipo de trabajo desde la perspectiva de los derechos humanos. Además, permite confrontar al actual marco jurídico restrictivo en la materia, el cual mantiene en estado de desprotección y vulnerabilidad a las personas trabajadoras del hogar.

Qué es el trabajo del hogar y cómo se reconoce por el orden jurídico mexicano

El trabajo del hogar se refiere a las tareas que se desarrollan en las casas para el cuidado de las/los hijas/os y otros cuidados personales, como por ejemplo la limpieza del hogar. Dicho trabajo puede ser remunerado o no (Conapred, 2011: 2). El trabajo remun-

nerado del hogar, según la Ley Federal del Trabajo, se refiere a los “servicios de aseo, asistencia y demás propios o inherentes al hogar de una persona o familia” (2012: 22).

Si bien la legislación laboral mexicana reconoce al trabajo del hogar remunerado incluso desde la misma Constitución¹, en realidad se trata de un marco jurídico limitado que incluso ha sido interpretado restrictivamente por los jueces federales, principalmente en contravención a las obligaciones

internacionales del Estado mexicano. Algunos ejemplos que evidencian lo anterior los encontramos en la forma en la que los tribunales federales mexicanos han interpretado las normas y prácticas que discriminan a las trabajadoras del hogar respecto de otros tipos de trabajo. Con el objeto de provocar la reflexión en torno a la necesidad de contar con un instrumento que permita a los operadores de justicia visualizar los derechos de un sector de la sociedad discriminado y por consiguiente vulnerable a violaciones de derechos humanos, a continuación mencionaremos históricas decisiones de dichos altos tribunales nacionales.

El primer ejemplo al que nos referiremos es el relacionado con el

* Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid; Tercer Visitador General de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. El autor agradece a Greta Ríos Téllez Sill y a Claudia Viviana Vázquez Ortuño por su invaluable apoyo en la elaboración de este artículo.

¹ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala: Artículo 123. “Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil [...] A. Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo [...]” (Carbonell, 2013: 200).

pago de salarios. Después de la Revolución mexicana, por la historia de abusos en contra de los trabajadores, la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estableció que el pago de los salarios tendría que hacerse en dinero y no en especie. Dicho ordenamiento señala que el pago del salario debe hacerse

[...] en moneda de curso legal, no siendo permitido hacerlo efectivo con mercancías, ni con vales, fichas o cualquier otro signo representativo que se pretenda sustituir la moneda (Carbonell, 2013: 200).

A pesar de lo anterior, inexplicablemente la justicia mexicana ha señalado que los alimentos y el hospedaje que obtienen las trabajadoras del hogar equivalen a 50% del salario que reciben en efectivo. En palabras de un tribunal federal al interpretar la disposición de Ley Federal del Trabajo que contiene dicha posibilidad, inconstitucional en nuestra opinión, señaló lo siguiente:

Trabajadores domésticos. Salarios devengados y no cubiertos, pacto de los. El Artículo 334 de la Ley Federal del Trabajo dispone que: "Salvo lo expresamente pactado, la retribución del doméstico comprende, además del pago en efectivo, los alimentos y la habitación. Para los efectos de esta ley los alimentos y habitación se estimarán equivalentes al 50% del salario que se pague en efectivo". Lo cual permite concluir que tratándose de los trabajadores domésticos, el monto de los salarios devengados y no cubiertos, debe ser equivalente al numerario que recibía, sin que pueda incluirse lo relativo a habitación y alimentos que constituye el cincuenta por ciento restante de su salario, porque al haber disfrutado estos últimos, quedaron cubiertos (TCC, Amp. Dir. 5016/1989).

Asimismo, el Poder Judicial Federal al interpretar la legislación ha establecido distinciones a las personas que se dedican al trabajo del hogar para acceder a la seguridad social, incluso de seguro de ahorro para el retiro. México es parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales² que reconoce como derecho irrenunciable para todas las personas sin distinción a la seguridad social. Tradicionalmente el gremio jurídico había

² El Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social" (CDHDF, 2008: 40).

interpretado que los tratados internacionales tenían una jerarquía inferior a la Constitución pero superior a las leyes federales y, por supuesto, locales. Sin embargo, un tribunal federal señaló que los patrones de las personas trabajadoras del hogar, a diferencia del resto de los empleadores en el país, no tienen obligación de inscribir a sus trabajadores del hogar en el seguro social ni tampoco al seguro para el retiro. Es importante conocer el criterio aludido en palabras del tribunal:

Trabajadores domésticos. No existe obligación del patrón de inscribirlos al Instituto Mexicano del Seguro Social ni al sistema de ahorro para el retiro. De conformidad con los numerales 13, fracción II y 222 a 233 de la Ley del Seguro Social, se colige que no existe obligación del patrón para inscribir a un trabajador doméstico al régimen obligatorio del seguro social, ni al seguro de ahorro para el retiro, porque dicha inscripción sólo puede realizarse voluntariamente y de conformidad a lo pactado por las partes (TCC, Amp. Dir. 160/2009).

De la misma manera, los tribunales federales han limitado los derechos laborales de jornadas máximas de 8 horas diarias y 6 días semanales, reconocidos en la Constitución (Artículo 123, Apartado A, Inciso IV). Pero no sólo eso, sino también han generado un trato diferenciado inexplicable, innecesario y desproporcional para las personas trabajadoras del hogar, al revertir la carga de la prueba para reclamar ciertos derechos, lo cual no sucede con otros sectores del mundo laboral (para probar, por ejemplo, que trabajó en cierto día). En palabras del tribunal:

Trabajadores domésticos. Cuando reclaman el pago de la prima dominical y el patrón lo niega, a ellos les corresponde probar que laboraron en domingo. La jornada de los trabajadores domésticos se rige por la regla especial prevista por el Artículo 333 de la Ley Federal del Trabajo, que no establece límites al horario para encuadrarlo en un máximo legal semanal, sino que determina que el empleado deberá gozar de periodos de reposo durante el día para tomar alimentos y de descanso durante la noche, precisamente por la vinculación *sui generis* de convivencia familiar que guarda con el empleador y su familia; consecuentemente, no les es aplicable la regla general contenida en el Artículo 58 de la citada legislación, que define la jornada de trabajo como el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del patrón. Por tanto, la ausencia de una jornada específica conduce a

establecer que cuando un trabajador doméstico reclama el pago de la prima dominical, a él corresponde probar que laboró los domingos si el empleador lo niega (TCC, Amp. Dir. 5753/2005).

No satisfechos con lo anterior, los tribunales federales también han limitado los derechos laborales sobre la forma en la que se deberán pagar horas extras y el número de días que se permiten por la Constitución, la cual señala lo siguiente:

[...] cuando por circunstancias extraordinarias deban aumentarse las horas de jornada, se abonará como salario por el tiempo excedente de un 100% más de lo fijado por las horas normales. En ningún caso el trabajo extraordinario podrá exceder de tres horas diarias ni de tres veces consecutivas (Carbonell, 2013: 200).

Los tribunales federales, en contravención a dicha disposición, han restringido el derecho al pago de horas extras de las trabajadoras del hogar en los siguientes términos:

Trabajadores domésticos. Dada la naturaleza de su trabajo no existe fundamento legal para reclamar el pago de tiempo extra. La jornada de trabajo y la distribución del horario de los trabajadores domésticos no se rige por el factor tiempo como si se tratara de empleados de una empresa productora o distribuidora de bienes o servicios, pues las actividades que desempeñan no son de carácter material con vista a la obtención de un lucro a favor del patrón, sino que están vinculadas con el aseo y atención del hogar de una persona o familia en particular, predominando la convivencia con el núcleo familiar para el que laboran; por tanto, a este tipo de trabajadores no les es aplicable la regla general que establece el Artículo 58 de la ley laboral que define la jornada como el tiempo durante el cual una persona está a disposición del patrón para desempeñar un servicio personal y subordinado mediante el pago de un salario, sino que basta que a cambio de la prestación de sus servicios el patrón les confiera el tiempo suficiente para reposar y tomar alimentos y de descanso durante la noche, según lo prescribe el Artículo 333 de la Ley Federal del Trabajo; consecuentemente, en la remuneración salarial de estos trabajadores no interviene el factor tiempo, ya que su retribución comprende, además del pago en efectivo, los alimentos y la habitación, por lo que no les asiste fundamento legal para reclamar el pago de tiempo extra (TCC, Amp. Dir. 5753/2005).

Recientemente se reformó la Ley Federal del Trabajo (30 de noviembre de 2012) con el propósito, entre otros, de enfrentar los obstáculos que impiden que en el trabajo se respeten los principios de equidad, igualdad y no discriminación. En la iniciativa presidencial de dicha reforma se incluía como objetivo mejorar las condiciones laborales de las trabajadoras del hogar, mediante la regulación de las horas de descanso diurno y nocturno (en lugar de reiterar el máximo de horas y el pago de horas extras). El nuevo Artículo 333 de dicha ley a la letra señala que

Los trabajadores domésticos que habitan en el hogar donde prestan sus servicios deberán disfrutar de un descanso mínimo diario nocturno de nueve horas consecutivas, además de un descanso mínimo diario de tres horas entre las actividades matutinas y vespertinas.

Antes dicho artículo se refería a “reposos suficientes para tomar sus alimentos y descanso durante la noche”, por lo que se encubre una práctica contraria a la Constitución, es decir, el derecho a trabajar máximo ocho horas diarias.

Por otro lado, también se reformó la ley para incluir el derecho a un descanso semanal de día y medio sin interrupciones y que sea de preferencia sábado y domingo (LFT, 2012: 72). Se establece que las trabajadoras del hogar con sus empleadores podrán acordar que los medios se acumulen para gozar de dos días de descanso cada dos semanas, en el entendido de que cada semana tendrán por lo menos un día de descanso.

En la Ley modificada también se reconoce el derecho de los trabajadores, con la correlativa obligación de los patrones, de contar con habitación cómoda e higiénica a diferencia de como estaba indicado anteriormente, donde se exigía que contara con un “local cómodo e higiénico para dormir”. También se reconoce el derecho a recibir alimentación no sólo sana, como anteriormente se contemplaba, sino también suficiente (LFT, 2012: 72).

Parte del problema que impide que se visibilice la profunda discriminación en la que viven millones de empleados domésticos, mujeres principalmente, descansa en el hecho de que culturalmente el trabajo doméstico no se valora como un asunto laboral, como vimos en algunas de las consideraciones de los jueces federales en los criterios arriba citados. Probablemente lo anterior se debe a que físicamente dicho trabajo se desempeña en lugares distintos a los centros tradicionales de trabajo (oficinas, fábricas, campo), es decir en el hogar. Además, el trabajo doméstico tampoco se valora en países como México por

tratarse de funciones asociadas por tradición a las mujeres, quienes cotidianamente son víctimas de estereotipos y hábitos discriminatorios por la sociedad. Algunos señalan que el trabajo del hogar no es considerado como digno de ser remunerado por la supuesta naturaleza del servicio (Pierrette, 2011: 36).

El resultado de dicha conceptualización y tratamiento legal es que en la realidad mexicana las trabajadoras del hogar son profundamente discriminadas, como veremos a continuación.

Contexto de la discriminación de las personas trabajadoras del hogar en México

De acuerdo con información de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (2005-2010), el total de la población empleada en México es de 43,809,329 personas, de las cuales profesionalmente se desempeñan como trabajadores o trabajadoras del hogar 2,019,310 (representando 4.6% del total de la población empleada). De dicho universo 1,824,028 son mujeres (aproximadamente 90% del total), mientras que 195,212 son hombres (9.6% del total). Del total de los trabajadores del hogar, 147,027 personas tienen entre 14 y 19 años de edad (representando 7.3%).

En cuanto a la distribución geográfica del trabajo del hogar, 54% se concentra en siete estados de la República, que son: el Estado de México con 296,462 personas (14.7%); el Distrito Federal con 204,549 (10.1%); Veracruz con 166,812 (8%); Jalisco con 129,756 (6.4%); Puebla con 109,363 (5.4%); Guanajuato con 94,635 (4.7%) y Nuevo León con 83,435 (4.1%). Los estados con la menor concentración de trabajadores domésticos son Campeche (15,266), Baja California Sur (12,276) y Nayarit (12,094).

La Encuesta Nacional de Discriminación (Conapred, 2011) identificó que las personas trabajadoras del hogar “de planta” (residentes en el hogar en el que trabajan) representan 11.8% del total, mientras que la modalidad de “entrada por salida” (trabajadora que reside en otro domicilio) representó 88.2% del total.

El Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (2011) ha señalado que 14% del total de mujeres empleadas en México se desempeñan como trabajadoras del hogar y una quinta parte de ellas tiene menos de 20 años de edad. Además, alrededor de 30% de las personas que se desempeñan profesionalmente en este sector solamente cuenta con estudios de primaria.

Según datos del Conapred, 95% de las trabajadoras del hogar no cuenta con servicios de salud; 80% carece de prestaciones laborales; 61% no goza de periodos vacacionales; 46.5% no recibe aguinaldo, y los salarios que reciben son de los más bajos en la escala de sueldos, algunas reciben menos de un salario mínimo mensualmente. La gran mayoría de las trabajadoras del hogar en México carece de un contrato escrito y los acuerdos con los empleadores son de palabra (2011).

Por todo lo anterior, se hace indispensable contar con un instrumento internacional ratificado por México que permita a los operadores jurídicos identificar con facilidad las obligaciones en materia de derechos de las trabajadoras del hogar. Con ello también será más sencillo para las autoridades instrumentar políticas públicas encaminadas a garantizar todos los derechos de las trabajadoras del hogar.

Las obligaciones contenidas en el Convenio 189 y su interpretación por la Recomendación 201 de la OIT

En junio de 2011 se aprobó el Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, en el que se establecen los derechos de las personas que realizan trabajos domésticos y las obligaciones correlativas de las autoridades de los Estados.

En el mismo periodo de sesiones de dicha organización también adoptó su Recomendación 201 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, en la que se establecen disposiciones que explican a mayor profundidad las obligaciones del Convenio –y auxilia a los gobiernos en una mejor implementación– por lo que ambos documentos deben ser considerados en su conjunto (OIT, 2011: 9).

A continuación haremos una breve exposición de las obligaciones que le produciría a México la ratificación del Convenio 189, las cuales son reiteraciones de las contenidas en la Constitución, así como en otros tratados previamente ratificados por el país. Vale la pena hacer hincapié en que el Convenio 189 no crea obligaciones adicionales a México a las ya existentes en la misma Constitución Política y otros instrumentos internacionales, como por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, así como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios

y de sus familiares³. Por ello no debería ser un problema ratificar un tratado con normas similares establecidas en tratados ratificados por el país.

El Convenio define al trabajo doméstico como aquel que se realiza en o para un hogar (u hogares). De la misma forma, describe al trabajador doméstico como aquella persona que realiza trabajo doméstico bajo una relación laboral (OIT, 2011: 2), lo que implica que tiene un lugar de trabajo, horario, salario, responsabilidades, y recibe y ejecuta órdenes de un superior jerárquico. El Convenio no califica como trabajo doméstico el que no es realizado como ocupación profesional (OIT, 2011: 2). Es decir, no está cubierto el trabajo doméstico no remunerado.

Con la ratificación del Convenio los países se obligan a tomar las medidas necesarias para garantizar la promoción y protección de los derechos humanos de todos los trabajadores domésticos que desempeñen sus funciones dentro de sus territorios (OIT, 2011: 3). El Convenio establece que los principios y derechos fundamentales en el trabajo doméstico son:

- a) La libertad de asociación, la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva, lo que incluye la libertad de constituir las organizaciones que sean necesarias para este fin y de formar parte de ellas.
- b) La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio.
- c) La abolición del trabajo infantil.
- d) La eliminación de discriminación en materia de empleo (OIT, 2011: 3).

La Recomendación –con respecto a la adopción de medidas para garantizar a los trabajadores domésticos el derecho de negociación colectiva y la libertad sindical– establece que los Estados deben identificar y eliminar todas las leyes internas que impidan a los trabajadores domésticos y sus patrones constituirse o afiliarse en organizaciones y que éstas a su vez tengan acceso a confederaciones de organizaciones de trabajadores en general⁴. Asimismo, exhorta a

³ Como anexo de este artículo se podrá observar un cuadro comparativo entre el Convenio 189 y los tratados internacionales de derechos humanos mencionados en los que se contienen obligaciones equiparables.

⁴ El derecho de asociación sindical se reconoce en la Constitución en el Artículo 123 de la siguiente manera: “XVI. Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etc.” (Carbonell, 2013: 200).

los Estados a tomar las medidas necesarias para asegurar la autonomía e independencia de dichas organizaciones, así como apoyarlas en el fortalecimiento de sus capacidades (OIT, 2011: 9).

Los Estados se obligan a través del Convenio a fijar una edad mínima para poder ejercer como trabajador doméstico, la cual no podrá ser menor a la mínima que ya existe en cada país para realizar cualquier otro trabajo; en el caso mexicano se prohíbe el trabajo a menores de 14 años (Carbonell, 2013: 200). Además, los gobiernos deberán asegurarse de que las personas menores de edad que trabajen en hogares reciban la educación que es obligatoria y que su carácter como trabajadores domésticos no les impida tener acceso a los niveles superiores de educación (OIT, 2011: 3).

En relación con el trabajo infantil, los Estados tendrán que identificar, prohibir y erradicar las modalidades de trabajo doméstico que pudieran dañar la salud, seguridad o la moralidad de los niños. En el caso de los trabajadores domésticos que sean menores de edad pero mayores que la edad mínima para el empleo, los Estados deberían adoptar medidas especiales para protegerlos: limitando estrictamente sus horarios laborales⁵, asegurando que dispongan de tiempo para educación, descanso y esparcimiento; prohibiendo que laboren de noche, limitando el trabajo excesivamente agotador (tanto físico como mental), e implementando mecanismos que regulen y monitoreen sus condiciones de trabajo y de vida (OIT, 2011: 10).

La Recomendación reitera que los Estados miembros del Convenio deberán tomar medidas para eliminar la discriminación en materia de empleo y al hacerlo deberán poner especial atención respecto al sistema de reconocimientos médicos relativos al trabajo, para que éstos respeten el principio de confidencialidad de los datos personales y la privacidad de los trabajadores domésticos, se realicen en un marco de no-discriminación, y los trabajadores no estén obligados a someterse a pruebas de embarazo o de detección de VIH/sida (OIT, 2011: 10). Los trabajadores domésticos deberán estar protegidos por la ley contra todo tipo de abuso, acoso y violencia relacionados con su trabajo (OIT, 2011: 4). Respecto a la protección de los trabajadores domésticos en contra de abusos, los Estados podrán crear mecanismos de queja que sean accesibles, en donde los

⁵ La Constitución en su Apartado A, Fracción III señala que: “Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de catorce años. Los mayores de esta edad y menores de dieciséis tendrán como jornada máxima la de seis horas” (Carbonell, 2013: 200).

trabajadores puedan denunciar casos de abuso, acoso y violencia laboral. Dichos mecanismos deberán asegurar que todas las quejas presentadas serán investigadas y que tomarán acciones judiciales en caso de que las quejas lo ameriten. Asimismo, los mecanismos podrán contar con programas de reubicación y readaptación de trabajadores domésticos que hayan sido víctimas de abuso, acoso y violencia laboral, pudiendo incluso proporcionarles alojamiento temporal y atención de salud (OIT, 2011: 11).

También deberán tener condiciones laborales equitativas y de trabajo decente. En caso de que residan en sus lugares de trabajo, se les deben garantizar condiciones de vida decentes, que respeten su privacidad (OIT, 2011: 4).

Los países deberán asegurarse de que los trabajadores domésticos conozcan los términos de trabajo a los que están sujetos, en una forma accesible, de fácil comprensión y de ser posible en un contrato escrito, que contenga el nombre del empleador y del trabajador, la dirección del trabajo, la fecha de inicio y término del contrato, el tipo de trabajo a realizar, la remuneración y periodicidad de los pagos, el horario de trabajo, las vacaciones anuales y los periodos de descanso diarios y semanales, así como las condiciones de término del contrato para ambas partes (OIT, 2011: 4). En este contexto, la Recomendación alienta a los Estados a ofrecer su apoyo a los trabajadores domésticos, a efecto de que éstos comprendan cuáles son sus condiciones de empleo. Al describir las condiciones de empleo de los trabajadores domésticos deberá incluirse: la descripción del puesto de trabajo; las licencias por enfermedad y todo tipo de permisos temporales; la tasa de remuneración de las horas extra y las horas de disponibilidad laboral inmediata⁶; todo otro pago al que el trabajador tenga derecho; los pagos en especie (y el valor monetario de éstos); los detalles sobre el alojamiento del trabajador; y los descuentos autorizados aplicables a sus salarios, además de cumplir con los requisitos básicos que establece el Convenio referentes a las condiciones de empleo⁷. Al respecto, los Estados podrán

⁶ Las horas de disponibilidad laboral inmediata son aquellas que los trabajadores domésticos pasan en sus lugares de trabajo, sin poder disponer libremente de su tiempo y en espera de instrucciones para llevar a cabo tareas (OIT, 2011: 2).

⁷ De acuerdo con el Convenio, los países deberán asegurarse de que los trabajadores domésticos conozcan los términos de trabajo a los que están sujetos, en una forma accesible, de fácil comprensión y, de ser posible, en un contrato escrito que contenga el nombre del empleador y del trabajador, la dirección de trabajo, la fecha de inicio y término del contrato, el tipo de trabajo a realizar, la remuneración y periodicidad de los pagos, el horario de trabajo, las vacaciones anuales y los periodos de descanso diarios y semanales, así como las condiciones de término del contrato para ambas partes (OIT, 2011: 4).

diseñar un modelo de contrato de empleo para trabajadores domésticos, en conjunto con las organizaciones de trabajadores y empleadores domésticos. Dicho modelo de contrato deberá estar disponible de manera gratuita para organizaciones, trabajadores, empleadores y el público en general (OIT, 2011: 11).

Los empleadores deberán de contar con un registro de las horas de trabajo realizadas, así como las horas extra y los periodos de disponibilidad inmediata, para lo cual los Estados podrán darles capacitación a través de las organizaciones de trabajadores y empleadores. Los trabajadores deberán tener fácil acceso a dicho registro (OIT, 2011: 11).

Sobre la cuestión de los periodos de disponibilidad inmediata, al igual que el trabajo doméstico realizado durante la noche, los Estados deberían reglamentar el número máximo de horas (a la semana, al mes o al año) que pueden sumar dichos periodos, la manera para calcular su duración, la tasa de remuneración para los mismos, así como las compensaciones a las que se harán acreedores cuando un periodo de disponibilidad inmediata interrumpa sus periodos normales de descanso (OIT, 2011: 12).

A este respecto, los Estados miembros deberían asegurarse de que los trabajadores domésticos cuenten con pausas adecuadas durante sus jornadas laborales que les permitan tomar sus comidas y descansar (OIT, 2011: 12). Cada semana el descanso obligatorio será de 24 horas consecutivas como mínimo, para lo cual se deberá fijar un día de descanso de común acuerdo entre el empleador y el trabajador doméstico. Dicho día será pactado tomando en cuenta los requerimientos del trabajo, así como las necesidades culturales, religiosas y sociales del trabajador (OIT, 2011: 12).

Las razones por las cuales a los trabajadores domésticos se les podría exigir laborar durante tiempos de descanso deberían estar establecidas por ley, junto con la remuneración pertinente y un periodo de descanso compensatorio apropiado (OIT, 2011: 12).

En los casos en los que los trabajadores domésticos acompañen a miembros del hogar durante los periodos vacacionales de estos últimos, dicho servicio no se podrá contabilizar como parte del periodo de vacaciones anuales pagadas del trabajador (OIT, 2011: 12). En el caso de trabajadores domésticos migrantes, deberán recibir una oferta laboral por escrito o un contrato antes de salir de sus países de origen, excepto cuando existan tratados entre varios países sobre libertad de movimiento de personas con fines de empleo (OIT, 2011: 4).

Los países deberán garantizar a los trabajadores domésticos que éstos podrán acordar libremente con sus patrones si residirán o no en su lugar de trabajo, que no estarán obligados a prestar servicios durante sus horas de descanso y vacaciones, así como su derecho a conservar consigo sus documentos de identidad y viaje (OIT, 2011: 5). Los trabajadores domésticos deberán tener igualdad de trato con todos los demás trabajadores respecto a las horas normales de trabajo, la compensación por horas extras, los periodos de descanso y las vacaciones anuales pagadas, teniendo en cuenta que el trabajo doméstico tiene características particulares. El periodo de descanso semanal deberá ser por lo menos de 24 horas consecutivas. Todo el tiempo que los trabajadores domésticos pasen en sus lugares de trabajo sin poder disponer libremente de su tiempo se considerará como horas de trabajo (OIT, 2011: 5).

La Recomendación señala que los trabajadores domésticos recibirán sus salarios directamente en efectivo, a intervalos regulares y como mínimo una vez al mes. Con el consentimiento del trabajador, se le podrá pagar por medio de transferencia bancaria, cheque, giro postal o cualquier otra manera monetaria de pago legal (OIT, 2011: 5).

La Recomendación explicita que las condiciones bajo las cuales se deberá proveer alojamiento y alimentación a los trabajadores domésticos incluyen acceso a una habitación separada, privada, amueblada, con ventilación y una chapa con cerrojo de la que el trabajador posea la llave; instalaciones sanitarias en buenas condiciones; iluminación adecuada, así como calefacción o aire acondicionado en los casos en los que sea necesario; comidas de buena calidad y cantidad suficiente, acordes con las necesidades culturales y religiosas de los trabajadores (OIT, 2011: 13).

Junto con su pago, los trabajadores deberán recibir una boleta de fácil comprensión en donde se incluya su sueldo y los descuentos aplicables que pudieron haberle hecho. Al momento de terminar la relación laboral toda suma pendiente de pago deberá ser liquidada (OIT, 2011: 13). Al término de la relación laboral por motivos de faltas que no sean graves, en los casos en los que los trabajadores reciban alojamiento en su lugar de trabajo, se les deberá dar un plazo razonable y las condiciones necesarias para que busquen un nuevo lugar de alojamiento y empleo (OIT, 2011: 13).

Con respecto a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia o fallecimiento del trabajador, los Estados deberían asegurar a los trabajadores domésticos un trato por lo menos igual a aquél del cual gozan los demás trabajadores en este rubro (OIT, 2011: 13).

El Convenio señala que los gobiernos deberán asegurar que el entorno de trabajo de los trabajadores domésticos sea seguro y saludable. Los trabajadores domésticos deberán gozar de las mismas condiciones que los demás

trabajadores con respecto a su seguridad social, incluso en el tema de maternidad (OIT, 2011: 6).

La Recomendación establece que los Estados deberán adoptar medidas para proteger a los trabajadores domésticos, eliminando o reduciendo al mínimo los riesgos relacionados con el trabajo, promoviendo la seguridad en los hogares en donde laboran; deberán contar con un mecanismo para inspeccionar que existan condiciones de salud y seguridad en sus trabajos y de no ser así aplicar sanciones; publicar estadísticas y estudios relativos a los accidentes laborales en el trabajo doméstico; asesorar a empleadores y trabajadores sobre las medidas de seguridad y protección a tomar durante el desempeño de sus labores (incluyendo las características del equipo de protección adecuado), y crear programas de formación y difusión sobre los requisitos en materia de seguridad específicos del trabajo doméstico (OIT, 2011: 13). Asimismo, los Estados deberán implementar sistemas que faciliten a los trabajadores domésticos pagar sus aportaciones al sistema de seguridad social. Tomando en consideración que algunos de ellos prestan servicios a más de un empleador, se recomienda implementar sistemas de pago simplificado. Además, al valorar la cotización de los trabajadores en el sistema de seguridad social, se deberían considerar también los pagos en especie que éstos reciban (OIT, 2011: 14).

Respecto a la participación de las agencias privadas de contratación, los Estados miembros deberían promover las buenas prácticas de éstas en relación con los trabajadores domésticos y en particular con los migrantes (OIT, 2011: 15).

Todos los Estados deberán asegurar que los trabajadores domésticos tengan acceso a los mecanismos de resolución de conflictos laborales, ya sea en persona o por medio de representantes, en condiciones iguales a las de todos los demás trabajadores en la materia (OIT, 2011: 7).

Con respecto a las leyes de protección a los trabajadores domésticos, los Estados deberán establecer mecanismos de queja y medios eficaces y accesibles para asegurar que éstas se cumplan. Asimismo, deberán establecerse medidas sobre la inspección del trabajo, la aplicación de las normas, así como las sanciones pertinentes, tomando en cuenta las características especiales del trabajo doméstico. Además, se especificarán las condiciones de acceso al domicilio del hogar en donde se realiza el trabajo doméstico, siempre que sea compatible con las leyes nacionales ya existentes, y respetando la privacidad del hogar (OIT, 2011: 7).

Los países miembros del Convenio pondrán en práctica las disposiciones aquí enunciadas, en conjunto con las organizaciones representantes de los trabajadores domésticos y sus empleadores, ya sea adaptando las leyes que ya existan en materia laboral o creando nuevas disposiciones específicamente para los trabajadores domésticos (OIT, 2011: 7).

La posibilidad de que los inspectores del trabajo (y los funcionarios encargados de velar por el cumplimiento de las

leyes laborales aplicables) ingresen a los lugares de trabajo, deberá establecerse teniendo en cuenta las leyes nacionales en la materia, así como las prácticas nacionales sobre el respeto a la privacidad de los hogares (OIT, 2011: 15).

Los países, en conjunto con las organizaciones de trabajadores domésticos y de empleadores, deberán formular políticas y programas para fomentar el desarrollo continuo de competencias de los trabajadores, así como su alfabetización, para mejorar sus condiciones de vida y trabajo; deberán atender sus necesidades para equilibrar su vida personal con su vida laboral, así como lograr que las necesidades particulares de los trabajadores domésticos sean tomadas en cuenta al diseñar estrategias generales para que puedan conciliar sus responsabilidades laborales con su vida familiar. De la misma forma, los gobiernos deberán recopilar la información estadística necesaria para extrapolar las necesidades de los trabajadores domésticos al momento de generar políticas públicas (OIT, 2011: 15).

El Convenio reconoce que si existieran disposiciones en tratados internacionales que fueran más favorables a los trabajadores domésticos que las establecidas por el Convenio, se deberán aplicar las primeras (OIT, 2011: 7).

Conclusiones

Las condiciones actuales en México permiten que los derechos humanos y laborales de las personas trabajadoras del hogar sean vulnerados, al ser la legislación específica que lo regula insuficiente, inconstitucional y contraria a tratados internacionales en derechos humanos. Además, las prácticas violatorias que han llegado a ser conocidas por tribunales federales se han consentido históricamente.

En tal sentido, es importante que nuestro país tome las acciones necesarias para ratificar el Convenio 189 de la OIT, pues así tendrá la oportunidad de corregir las deficiencias del marco legal con miras a redignificar el trabajo del hogar remunerado y adoptar políticas para garantizar a los trabajadores del hogar sus derechos humanos y laborales.

Por lo anterior es muy importante señalar que el valor que tiene el Convenio 189 es que define el trabajo y al trabajador del hogar, aglutina en un solo texto las obligaciones preexistentes de los Estados en la materia y detalla las especificidades del trabajo del hogar con miras a erradicar la discriminación y garantizar los derechos.

Referencias

Carbonell, M. (2013). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Porrúa (Leyes y Códigos de México).

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) (2008). *Compilación de documentos básicos de derechos humanos*. México: CDHDF.

Conapred (2011). "Documento informativo sobre trabajadoras del hogar en México". Recuperado de <http://www.conapred.org.mx/redes/documentos_cedoc/Trabs-Hogar-DI-Accss.pdf>.

Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (2011). "Encuesta Nacional de Discriminación".

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) (2005-2010). "Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, Conjunto de datos: Población ocupada". Recuperado de <http://www.inegi.org.mx/sistemas/olap/proyectos/bd/encuestas/hogares/enoe/2005-2010/po.asp?s=est&c=10826&proy=enoe_po>.

Ley Federal del Trabajo (LFT) (última reforma DOF, 30 de noviembre de 2012). Recuperado de <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125.pdf>>.

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2011). "Convenio 189 y Recomendación 201: un trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos". Recuperado de <http://www.ilo.org/travail/whatwedo/publications/WCMS_168267/lang-es/index.htm>.

Pierrette, H. (2011). *Doméstica. Trabajadoras inmigrantes a cargo de la limpieza y el cuidado a la sombra de la abundancia*. México: Centro de Estudios Migratorios/Instituto Nacional de Migración/Miguel Ángel Porrúa.

Tribunales Colegiados de Circuito (TCC) Novena Época, Registro 166537, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Agosto de 2009, Laboral, SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 160/2009. Isaac Chicurel Levin y otros. 19 de marzo de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Carolina Pichardo Blake. Secretario: Augusto Santiago Lira.

Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Registro 177758, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Julio de 2005, Tesis Aislada, laboral, DÉCIMO TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 5753/2005. Anita Galicia Bautista. 14 de abril de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Landa Razo. Secretaria: Griselda Lupita Reyes Larrauri.

Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, Registro 227544, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, IV, Segunda Parte-I, Julio a Diciembre de 1989, Laboral, SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 5016/1989. María del Carmen Lira Romero. 25 de septiembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: María del Rosario Mota Cienfuegos. Secretaria: Idalia Peña Cristo.

Tabla comparativa de derechos del Convenio 189 de la OIT y otros instrumentos de derechos humanos

	Convenio 189 OIT	PIDCP	PIDESC / Otro instrumento
<p>Derecho reconocido</p> <p>Protección efectiva de derechos humanos</p>	<p>Artículo 3</p> <p>1. Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar la promoción y la protección efectivas de los derechos humanos de todos los trabajadores domésticos, en conformidad con las disposiciones del presente Convenio.</p>	<p>Artículo 2</p> <p>1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.</p>	<p>Artículo 2</p> <p>1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.</p>
<p>Obligación del Estado de adoptar disposiciones para la protección</p>	<p>Artículo 3</p> <p>2. Todo Miembro deberá adoptar, en lo que respecta a los trabajadores domésticos, las medidas previstas en el presente Convenio para respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo.</p>	<p>Artículo 2</p> <p>2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.</p>	<p>Artículo 2</p> <p>1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.</p>
<p>Libertad de asociación sindical</p>	<p>Artículo 3.2</p> <p>a) La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.</p> <p>Artículo 7</p> <p>Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos sean informados sobre sus condiciones de empleo de forma adecuada, verificable y fácilmente comprensible, de preferencia, cuando sea posible, mediante contratos escritos en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos [...]</p>	<p>Artículo 22</p> <p>1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.</p>	<p>Artículo 8</p> <p>1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:</p> <p>a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos.</p> <p>b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas.</p> <p>c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos.</p>
<p>Eliminación del trabajo forzoso</p>	<p>Artículo 3.2</p> <p>b) La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio.</p>	<p>Artículo 8.3</p> <p>a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio.</p>	<p>Artículo 10.3</p> <p>3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.</p>
<p>Abolición del trabajo infantil</p>	<p>Artículo 3.2</p> <p>c) La abolición efectiva del trabajo infantil.</p>	<p>Artículo 10.3</p> <p>3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.</p>	<p>Artículo 10.3</p> <p>3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.</p>

Continúa...

Derecho reconocido	Convenio 189 OIT	PIDCP	PIDESC / Otro instrumento
No-discriminación en materia de empleo	<p>Artículo 3.2. d) La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.</p>	<p>Artículo 26 Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.</p> <p>Artículo 24 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.</p>	<p>Artículo 2 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.</p>
Edad mínima para el trabajo	<p>Artículo 4 1. Todo Miembro deberá fijar una edad mínima para los trabajadores domésticos compatible con las disposiciones del Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138), y el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182), edad que no podrá ser inferior a la edad mínima estipulada en la legislación nacional para los trabajadores en general.</p>	<p>Artículo 10.3 3. [...] Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.</p>	<p>Artículo 10.3 3. [...] Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.</p>
Derecho a la educación	<p>Artículo 4 2. Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que el trabajo efectuado por los trabajadores domésticos menores de 18 años pero mayores de la edad mínima para el empleo no los prive de la escolaridad obligatoria, ni comprometa sus oportunidades para acceder a la enseñanza superior o a una formación profesional.</p>	<p>Artículo 13 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.</p>	<p>Artículo 13 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.</p>
Integridad y seguridad personal	<p>Artículo 5 Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos gocen de una protección efectiva contra toda forma de abuso, acoso y violencia.</p>	<p>Artículo 17 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.</p>	<p>Artículo 17 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.</p>
Condiciones de trabajo equitativas y decentes	<p>Artículo 6 Todo Miembro deberá adoptar medidas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos, como los demás trabajadores en general, disfruten de condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente, así como, si residen en el hogar para el que trabajan, de condiciones de vida decentes que respeten su privacidad.</p>	<p>Artículo 7 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual. ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto. b) La seguridad y la higiene en el trabajo. c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad.</p>	<p>Artículo 7 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual. ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto. b) La seguridad y la higiene en el trabajo. c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad.</p>

Derecho reconocido	Convenio 189 OIT	PIDCP	PIDESC / Otro instrumento
<p>Protección especial a trabajadores domésticos migrantes</p>	<p>Artículo 8 I. En la legislación nacional se deberá disponer que los trabajadores domésticos migrantes que son contratados en un país para prestar servicio doméstico en otro reciban por escrito una oferta de empleo o un contrato de trabajo que sea ejecutorio en el país donde los trabajadores prestarán servicio, que incluyan las condiciones de empleo señaladas en el Artículo 7, antes de cruzar las fronteras nacionales con el fin de incorporarse al empleo doméstico al que se refiere la oferta o el contrato.</p>		<p>d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.</p>
<p>Protección especial a trabajadores domésticos migrantes</p>	<p>Artículo 9 Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos:</p> <p>a) Puedan alcanzar libremente con el empleador o empleador potencial un acuerdo sobre si residirán o no en el hogar para el que trabajan.</p> <p>b) Que residan en el hogar para el que trabajan no estén obligados a permanecer en el hogar o a acompañar a miembros del hogar durante los periodos de descanso diarios y semanales o durante las vacaciones anuales; y</p> <p>c) Tengan derecho a conservar sus documentos de viaje y de identidad.</p>		<p>Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares Artículo 21 Ninguna persona que no sea un funcionario público debidamente autorizado por la ley podrá confiscar, destruir o intentar destruir documentos de identidad, autorizaciones de entrada, estancia, residencia o permanencia en el territorio de un país ni permisos de trabajo. En los casos en que la confiscación de esos documentos esté autorizada, no podrá efectuarse sin la previa entrega de un recibo detallado. En ningún caso estará permitido destruir el pasaporte o documento equivalente de un trabajador migratorio o de un familiar suyo.</p>
<p>Igualdad de trato entre trabajadores; derecho al descanso, derecho a la compensación por horas extraordinarias, salario mínimo</p>	<p>Artículo 10 I. Todo Miembro deberá adoptar medidas con miras a asegurar la igualdad de trato entre los trabajadores domésticos y los trabajadores en general en relación con las horas normales de trabajo, la compensación de las horas extraordinarias, los periodos de descanso diarios y semanales y las vacaciones anuales pagadas, en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos, teniendo en cuenta las características especiales del trabajo doméstico.</p>		<p>Artículo 7 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:</p> <p>a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:</p> <p>i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor; sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual.</p> <p>ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto.</p> <p>b) La seguridad y la higiene en el trabajo.</p> <p>c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad.</p> <p>d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.</p>
<p>Los salarios de los trabajadores domésticos deberán pagarseles directamente en efectivo, a intervalos regulares y como mínimo una vez al mes.</p> <p>A menos que la modalidad de pago esté prevista en la legislación nacional o en convenios colectivos, el pago podrá efectuarse por transferencia bancaria, cheque bancario, cheque postal o giro postal o por otro medio de pago monetario legal, con el consentimiento del trabajador interesado.</p>	<p>Artículo 11 Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos se beneficien de un régimen de salario mínimo, allí donde ese régimen exista, y que la remuneración se establezca sin discriminación por motivo de sexo.</p> <p>Artículo 12 I. Los salarios de los trabajadores domésticos deberán pagarseles directamente en efectivo, a intervalos regulares y como mínimo una vez al mes.</p> <p>A menos que la modalidad de pago esté prevista en la legislación nacional o en convenios colectivos, el pago podrá efectuarse por transferencia bancaria, cheque bancario, cheque postal o giro postal o por otro medio de pago monetario legal, con el consentimiento del trabajador interesado.</p>		

Derecho reconocido	Convenio 189 OIT	PIDCP	PIDESC / Otro instrumento
<p>2. En la legislación nacional, en convenios colectivos o en laudos arbitrales se podrá disponer que el pago de una proporción limitada de la remuneración de los trabajadores domésticos revista la forma de pagos en especie no menos favorables que los que rigen generalmente para otras categorías de trabajadores, siempre y cuando se adopten medidas para asegurar que los pagos en especie se hagan con el acuerdo del trabajador, que se destinen a su uso y beneficio personal, y que el valor monetario que se atribuya a los mismos sea justo y razonable.</p>	<p>Artículo 13 1. Todo trabajador doméstico tiene derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable. Todo Miembro, en conformidad con la legislación y la práctica nacionales, deberá adoptar medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, a fin de garantizar la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores domésticos.</p>	<p>Artículo 9 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.</p> <p>Artículo 10 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto, durante el cual se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.</p>	
<p>Protección efectiva en contra de abusos por parte de agencias de empleo privadas</p>	<p>Artículo 14 1. Todo Miembro, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico y actuando en conformidad con la legislación nacional, deberá adoptar medidas apropiadas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las aplicables a los trabajadores en general, con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad.</p> <p>Artículo 15 1. Para proteger efectivamente contra las prácticas abusivas a los trabajadores domésticos contratados o colocados por agencias de empleo privadas, incluidos los trabajadores domésticos migrantes, todo Miembro deberá:</p> <p>a) Determinar las condiciones que regirán el funcionamiento de las agencias de empleo privadas que contratan o colocan a trabajadores domésticos, en conformidad con la legislación y la práctica nacionales.</p> <p>b) Asegurar la existencia de un mecanismo y procedimientos adecuados para la investigación de las quejas, presuntos abusos y prácticas fraudulentas por lo que se refiere a las actividades de las agencias de empleo privadas en relación con los trabajadores domésticos.</p> <p>c) Adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas, tanto en su jurisdicción como, cuando proceda, en colaboración con otros Miembros, para proporcionar una protección adecuada y prevenir los abusos contra los trabajadores domésticos contratados o colocados en su territorio por agencias de empleo privadas. Se incluirán las leyes o reglamentos en los que se especifiquen las obligaciones respectivas de la agencia de empleo privada y del hogar para con el trabajador doméstico, y se prevén sanciones, incluida la prohibición de aquellas agencias de empleo privadas que incurran en prácticas fraudulentas y abusos.</p>		

Derecho reconocido	Convenio 189 OIT	PIDCP	#DESC / Otro instrumento
	<p>d) Considerar, cuando se contrate a los trabajadores domésticos en un país para prestar servicio en otro, la concertación de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales con el fin de prevenir abusos y prácticas fraudulentas en la contratación, la colocación y el empleo.</p> <p>e) Adoptar medidas para asegurar que los honorarios cobrados por las agencias de empleo privadas no se descuenten de la remuneración de los trabajadores domésticos.</p> <p>2. Al poner en práctica cada una de las disposiciones de este artículo, todo Miembro deberá celebrar consultas con las organizaciones más representativas de los trabajadores domésticos y sus empleadores cuando tales organizaciones existan.</p>		
Acceso a la justicia	<p>Artículo 16</p> <p>Todo Miembro deberá adoptar medidas de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, a fin de asegurar que todos los trabajadores domésticos, ya sea en persona o por medio de un representante, tengan acceso efectivo a los tribunales o a otros mecanismos de resolución de conflictos en condiciones no menos favorables que las previstas para los trabajadores en general.</p> <p>Artículo 17</p> <p>1. Todo Miembro deberá establecer mecanismos de queja y medios eficaces y accesibles para asegurar el cumplimiento de la legislación nacional relativa a la protección de los trabajadores domésticos.</p>		<p>Artículo 2</p> <p>3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:</p> <p>a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.</p>

Antecedentes

Números

Autores

Temas

Colaboradores

Publicaciones

BIENVENIDOS
a nuestra revista

Regístrate con nosotros de forma voluntaria para conocerte mejor; los datos proporcionados son confidenciales y nos permitirán darte un mejor servicio.

Gracias

REGISTRO



Certificado de Licitud de Título 5306.
Certificado de Licitud de Contenido 4086.

Revista No. 179
Mayo - Junio de 2013
Año 28 ISSN 0186-1840
Periodicidad Bimestral



LA HEMEROTECA CIENTÍFICA EN LÍNEA

Buscar

comentarios en línea

- directorio de la revista
- comentarios al editor
- preguntas frecuentes
- opinión de la página web

a nuestros colaboradores 

La inseguridad pública: causas y consecuencias

José Tapia Pérez*

La seguridad pública es un factor de atención que ha establecido procesos de política pública que van desde la implementación de acciones policiales de “cero tolerancia” hasta la utilización de cuerpos de seguridad como los militares, con las consecuencias que ello ha acarreado. Sin duda es necesario establecer puntos de análisis de este complejo fenómeno que no precisa soluciones fáciles ni inmediatas, sino procesos de largo alcance que observen las diferentes aristas del problema.

La inseguridad pública es uno de los temas que más han preocupado a la sociedad mexicana en los últimos años. La ciudadanía no ha podido dejar de convertirlo en el tema privilegiado; se ha convertido en el tema de temas. Es por ello que cada vez son más frecuentes las demandas de ciudadanos y de empresas que piden una acción más efectiva por parte de las autoridades para erradicar una actividad que genera temor e incertidumbre entre la población y cuantiosas pérdidas económicas.

La cobertura que hacen los medios en torno al problema de la inse-

guridad resulta fundamental debido a su gran capacidad de difusión de discursos. Cada día, desde muy temprano, si uno revisa el periódico, sintoniza un noticiero o enciende la televisión, encontrará como constante notas referentes a los hechos delictivos.

Todos estamos conscientes de que el problema de la inseguridad es grave y complejo. La seguridad de las personas y de sus bienes, además de ser una demanda social, es una obligación insoslayable del Estado. El control de la violencia y del crimen constituye una responsabilidad básica e irrenunciable, además de ser necesaria para establecer las posibles bases de una legitimidad tan perdida en la actualidad; por tanto, una utilización ideológica del tema le resulta indispensable como forma al menos incipiente de evitar su propio aniquilamiento. Por ello este

tema se ha convertido en uno de los constantes focos de atención social y gubernamental.

Por tales razones, se manifiestan inconformidades de la política en torno a la seguridad, así como voces de alarma y de preocupación de la ciudadanía, de algunos sectores progresistas, de instancias gubernamentales y, por supuesto, de algunos organismos de defensa y promoción de los derechos humanos tanto nacionales como internacionales. Consecuentemente, se han organizado diversos foros en los que estos temas forman parte de la agenda política actual, y de donde han surgido algunas alternativas que proponen la construcción de modelos de seguridad pública basados en el respeto a la cultura de los derechos humanos, en los que existan las posibilidades de hacer un análisis que

* Sociólogo egresado de la UAM-Azcapotzalco; capacitador de la Dirección de Capacitación del Servicio Público en Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

amplíe el espectro hacia temas como los conceptos de seguridad pública, el tema de las responsabilidades estatales, la rendición de cuentas, etc., permitiendo tener una visión más amplia de la seguridad de las personas.

El problema de la inseguridad ciudadana

Una de las principales fuentes que abrevan a una sociedad, que promueven el temor y el miedo a la inseguridad y que los Estados no han podido manejar, es la legitimidad para enfrentar ese problema. En este sentido, para abordarlo, es necesario establecer la génesis del fenómeno delictivo y las causas y consecuencias que ello ha acarreado.

El fenómeno delictivo siempre ha estado presente en la sociedad. Lo encontramos presente en las más incipientes formas de organización social, e incluso en las más evolucionadas sociedades actuales, con sus dinámicas e interacciones de intercambio social, cultural y tecnológico desarrollado en un mundo globalizado. En este sentido, Appadurai manifiesta que

[...] por siglos, en el mundo ha habido una gran cantidad de interacciones. En el pasado los intercambios culturales y económicos estaban restringidos por las barreras geográficas; dichos intercambios implicaban grandes travesías y esfuerzos, así como largos tiempos de espera. Lo anterior ha cambiado dramáticamente en los últimos siglos debido al progreso extraordinario e incesante de la tecnología. La vida de las ciudades, la intensificación del intercambio de mercados, la creación de bancos y negocios monetarios requiere cada vez más del manejo de informaciones fidedignas de lo que acontece en distintos lugares (2001: 26).

Las nuevas tecnologías de la comunicación, incluyendo la fibra óptica, la comunicación vía satélite, los sistemas de microondas de larga distancia, los teléfonos celulares, y en general toda la industria de las telecomunicaciones, nos permiten ya hablar con el máximo rigor de la existencia de un mundo global, completamente interconectado en tiempo real, en el que ya resulta factible realizar las maravillas que nuestra mente ha imaginado. Los flujos de personas, dinero, tecnología, información, ideologías e imágenes son inmediatos, con lo cual ingresamos en una condición de vecindad. Es decir, estamos cercanos a todo y a todos, y el fenómeno delictivo no se ha quedado atrás: ha evolucionado junto con la tecnología.

La inseguridad ciudadana atenta contra las condiciones básicas que permiten la convivencia pacífica en la sociedad

y pone en peligro o lesiona los derechos fundamentales; así, garantizar la seguridad de los ciudadanos constituye una razón de ser del Estado. Sin embargo, en una sociedad de riesgo y compleja como la nuestra, entre los funcionarios encargados de esta función primordial observamos conductas antisociales que acentúan la incertidumbre y ponen enormes retos de eficacia y legitimidad a las instituciones. Esto refleja en gran medida su falta de competencia para brindar seguridad y la ineficiencia en su labor profesional. En la medida en que la percepción de inseguridad aumenta, la legitimación de las detenciones arbitrarias también crece.

En el actuar cotidiano del Estado Moderno encontramos que su legitimidad se ha desdibujado. Es común que los ciudadanos pierdan espacios frente a la descomposición del monopolio que ejerce el Estado, el cual se ha convertido, en palabras de Lenin: “en una organización especial de la fuerza, es una organización de la violencia para la represión de una clase cualquiera” (1979: 24), y lo más grave es que se ha orientado al ciudadano común y corriente. El Estado controla mediante reglas que define por criterios de contingencia; es decir, por las reglas no escritas de los órdenes dominantes frente a la sociedad, lo cual rompe su legitimidad.

En cuanto a la legitimidad, con lo que nos encontramos en la actualidad es con una ausencia de ella, la cual Luis González Placencia divide en:

1. En el plano de la vida cotidiana, la ausencia de legitimidad se expresa como una imposibilidad literal para garantizar un contenido de validez a los actos de autoridad de quienes dictan (ámbito legislativo), quienes dicen (ámbito jurisdiccional) y quienes aplican el derecho (ámbito administrativo) (2006: 206).

Esto se refleja en la disociación que se da entre la dictaminación de leyes y la falta de análisis por parte de los legisladores, de las posibles consecuencias de dichos procesos legislativos; por ejemplo, la modificación al Código Penal para el Distrito Federal, donde se criminalizan cada vez más actos y se incrementan las penas y la consecuente sobrepoblación de los centros penitenciarios. Por tanto, quienes dictan el derecho y quienes sancionan el derecho (jueces y magistrados) no tomaron en cuenta lo que tenían que decir las autoridades administrativas de la ejecución de las penas, y si existe un incremento de indiciados y procesados sin tener éstas la capacidad instalada para recibirlos en las cárceles de la ciudad. Entonces esto genera otro problema de inseguridad social y se convierte en una bomba de tiempo, sin contar con los procesos aparejados como el

autogobierno y la gran cantidad de mafias que pululan en los centros penitenciarios.

2. La fórmula en mayor o menor medida autoritaria, a la que tradicionalmente se ha recurrido para resolver esa ausencia de legitimidad, ha excluido la posibilidad, primero, de generar, y enseguida de promover, una respuesta racionalmente estructurada, en términos de control democrático de los actos públicos, en el seno de la sociedad (2006: 206).

No obstante, el control que ejerce la policía oscila entre la aparente paradoja consenso-coerción: en la medida en que crecen las condiciones probables de ser víctima de un delito, la necesidad de coerción física directa sobre la libertad personal de los ciudadanos disminuye. El Estado radicaliza la represión desde la creación de leyes de emergencia hasta la expansión de la discrecionalidad policial.

En este sentido, y siguiendo a González Placencia, se apunta que

Para situar el problema de la seguridad desde una perspectiva crítica, será necesario partir del reconocimiento de que ha sido la condición hipertrófica del principio del mercado frente a las demás que constituyen el pilar regulativo de la modernidad, la que ha repercutido de manera indirecta en la transformación de los mecanismos de regulación y control del Estado neoliberal, y la que, en el centro mismo de esa transformación, ha generado la aparición de procedimientos de emergencia jurídico-penales destinados al control duro de la desviación, a través de regulaciones de excepción, entre las cuales la relativa a la seguridad ocupa un lugar central (2006: 206).

El reclamo legítimo de los ciudadanos respecto a un Estado y una institución policial responsable y capaz de cumplir con sus funciones se aprecia en la percepción que las personas tienen sobre el desempeño de quienes tienen la función de brindar la protección.

Cabe destacar que la percepción de inseguridad está influenciada por las creencias, actitudes, valores y experiencias que pueden o no tener correlación. En este sentido, según Henrique Thomé: “La llamada seguridad ciudadana” (2004: 70), con sus dimensiones objetiva, subjetiva y tolerable, se forja a partir de patrones culturales colectivos determinados por una base material y estructural, de valores colectivos y de actuaciones políticas. Se trata de una noción amplia de seguridad que conecta con otras áreas

de la seguridad (medioambiental, alimentaria, del tráfico, etc.) y enlaza con diversos problemas sociales. El análisis parte de la delincuencia común y de las instituciones de seguridad de los distintos países, pero se analizan los datos desde una perspectiva amplia e integradora. Se pone énfasis en las dimensiones objetiva, subjetiva y tolerable de la seguridad. La discusión se extiende a la relación de estas dimensiones con las demandas de seguridad y pautas del uso de las instituciones.

Aun cuando existe una brecha entre la realidad y la percepción pública de inseguridad frente a la delincuencia, es evidente que los ciudadanos no se sienten protegidos por las instituciones públicas en su seguridad física y patrimonial; tienen la sensación de que la criminalidad ha rebasado a las instituciones, que la delincuencia se encuentra fuera de control, y se cuestiona la eficacia de la policía y de las instancias de procuración e impartición de justicia.

De igual manera, los vínculos entre los grupos policíacos y la delincuencia organizada producen un clima de temor y desconfianza hacia las instituciones que son responsables de velar y procurar por la seguridad pública en México.

En este sentido, la policía, al enfrentarse al infractor (haya infringido la ley o no), genera clientes potenciales en un mercado de la seguridad muy fomentado, en primer lugar, porque crea relaciones de producción que cotidianamente no son necesariamente legítimas, sino incluso totalmente ilegítimas, ya que los policías son vistos como agentes de autoridad con los cuales puedes gestionar un atajo contra infracciones en la ley, tanto en asuntos graves (delitos) como leves (infracciones); todo ello por medio de una relación comercial llamada comúnmente “mordida” o “dádiva”. En segundo lugar, el policía genera certezas de lealtad con sus jefes y mandos, limitando los pocos mecanismos de control, y trasladando una visión de disciplina y autoridad a una visión de indisciplina y autoritarismo. Sus jefes son autoritarios y represivos, los policías son en muchos casos serviles frente al que detenta el poder y la disciplina; su función y autoridad definidos por los beneficios económicos y por el poder obtenido como un incentivo de su posición, todo ello forma parte de los efectos de las relaciones dentro de la organización policial, con todas las consecuencias que ello acarrea.

La generación de impunidad, al establecerse como un eslabón entre el que comete una falta o delito y el sistema de justicia penal, llega a condiciones en donde se permiten actos delictivos y se dice: “no hay bronca, se puede cometer un delito y la posibilidad de que me agarren es mínima”; o, por otro lado, se afirma: “si me detienen los policías, y

dependiendo del asunto, pues *le entro con una cantidad de dinero y me sueltan*”, todo lo cual favorece una condición de inseguridad que es cada vez más palpable con las cifras de no denuncia delictiva.

Así, los políticos han sabido comprender que la creciente inseguridad es una forma rápida de ganar adeptos para captar potenciales votantes. Para ello invocan la falta de policía y de autoridad del Estado y proponen “cero tolerancia” para todos los delitos; pero nadie levanta la bandera de alerta temprana para trabajar en lo preventivo porque los partidos políticos saben que las encuestas confirman que el sentimiento de inseguridad es la principal preocupación de la región, e interpretan que la inseguridad es un arma electoral que evidencia falta de autoridad.

El sistema penal está formado por instituciones que, al estar relacionadas con cuestiones de justicia, ley y orden, tienen una carga simbólica que se refleja en la imagen pública, por lo que otro elemento importante a considerar es la confianza de los ciudadanos en las instituciones de seguridad. Así, una forma de conocer el sistema es observando la actitud de la población hacia las instituciones. Este punto es muy importante debido a que cuanto más confianza inspiren, mejor predisposición cabe esperar para su utilización.

En una democracia madura no basta que las instituciones tengan una buena imagen, sino que la población las utilice, las haga suyas, y que esas instituciones respondan a sus problemas y necesidades.

Como podemos observar, denunciar un delito refleja, de alguna manera, cómo son las relaciones entre las instituciones relacionadas con el sistema penal y la sociedad.

La policía en México: ¿prevención o represión?

Como lo hemos venido señalando, proporcionar seguridad dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales es uno de los principales objetivos del Estado, pero para ello es necesario implementar diversas acciones y estrategias. En este sentido, el derecho penal ha jugado un papel fundamental como herramienta de control social.

La planeación de la reacción del Estado contra la delincuencia existente en su territorio y contra los efectos generados por los fenómenos criminógenos recibe el nombre de política criminal, la cual es una sistematización sociopolítica y jurídica de las prioridades, actividades y medios dirigidos al control y eventual erradicación de los fenómenos delictivos suscitados en un territorio determinado.

En el ámbito de la seguridad pública, se puede afirmar que no todas las políticas públicas en esta materia protegen los derechos fundamentales, sino que, por el contrario, la mayoría de ellas basan su supuesta eficacia en aplicar políticas que violentan los derechos humanos. La planeación e implementación de estas medidas dirigidas a enfrentar la delincuencia deberán ser congruentes con nuestra Constitución y con el pleno respeto de los derechos humanos, y existir el férreo compromiso por parte de la autoridad gubernamental.

Sin embargo, en nuestro país las políticas orientadas a la seguridad pública se desplazan de un lado a otro, y no atinan a definir un rumbo y una estrategia integral. En este sentido, en cuanto a la actividad preventiva de la policía, de acuerdo con Julio C. Kala:

[...] siempre actúa *ex-post* de la comisión de una conducta antijurídica, y por su propia naturaleza la intervención de la policía es *a posteriori*; es decir, en *lato sensu*, el término refiere la intervención —manipulación— en el presente, del medio —natural o social— con el propósito de alterar la dinámica futura del evento, por ello, las políticas preventivas son por definición *a priori* (2005: 189).

La intervención del sistema punitivo, específicamente la actuación de la policía, bajo un modelo democrático está supeditada a la actualización de cualquier hipótesis normativa, es decir, a que se realice la conducta antijurídica; si esa conducta se lleva a cabo, el policía preventivo está facultado legalmente para detener al sujeto en el momento en que se realiza el delito o la infracción, o inmediatamente después de que haya ocurrido, o sea, *ex post*. Pero si la conducta antijurídica aún no se ha realizado y el requisito para que el policía intervenga es la realización de la misma, entonces no existe la posibilidad de justificar la actuación del policía porque es arbitraria.

Sólo es posible captar el alcance garantista de la libertad personal cuando se analizan los espacios de legalidad que constitucionalmente tiene facultado el Estado para restringirla, porque constituyen los fundamentos jurídicos indispensables para motivar los alcances materiales de una detención legal.

La realidad policial está plagada de una serie de prácticas difusas, como formas de detención que en la mayoría de los casos irrumpen en la ilegalidad, violentando el derecho a la libertad personal porque no se respetan las garantías de su debido ejercicio.

De acuerdo con la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal:

ARTÍCULO 2o.- La seguridad pública es un servicio cuya prestación, en el marco de respeto a las garantías individuales, corresponde en forma exclusiva al Estado y tiene por objeto:

- I. Mantener el orden público;
- II. Proteger la integridad física de las personas así como sus bienes;
- III. Prevenir la comisión de delitos e Infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía;
- IV. Colaborar en la investigación y persecución de los delitos, y
- V. Auxiliar a la población en caso de siniestros y desastres.

Estas funciones se entienden encomendadas al Departamento y a la Procuraduría, de acuerdo con la competencia que para cada uno de los cuerpos de seguridad pública establece la Constitución.

Como ya lo explicamos, en el pasado el derecho penal actuaba *ex post facto*, o sea, posterior al acto delictivo, y actuaba como un mediador entre dos partes en conflicto; hoy el derecho penal actúa *ex ante* acto, o sea, antes del acto delictivo, lo cual conlleva toda una política criminal que tiene en su seno la idea de “cómo le hacemos para que ubiquemos a los delincuentes antes de que se vuelvan delincuentes”. Además, ataca sentimientos de identificación potencial, no con el delincuente —o de pensar de que todos podemos ser potenciales delincuentes y sufrir todas estas políticas de exclusión—, sino de identificación con las víctimas o con las víctimas potenciales (que aunque nunca lo hayan sido o lo sean se convierten en fantásticos voceros de situaciones atroces que nos pueden suceder), ya que estas últimas legitiman la política pública violadora de derechos humanos, convirtiéndose este país en una “República de las Víctimas” en donde hay que estigmatizar a los que se perciban como probables delincuentes, y donde se legitima la violación a los derechos humanos y la política represiva, por ejemplo: mayor penalidad y menor edad penal.

En una sociedad como la nuestra, en palabras de Parvarini: “el sistema de justicia penal es solamente el instrumento para reforzar un orden artificial en el proceso de monopolización de los recursos represivos por parte del Estado” (2006: 189), donde las conductas “desviadas” hay que criminalizarlas, liquidar y estigmatizar comunidades, junto con la recuperación de mercados y espacios para los potenciales consumistas.

Así, en la práctica los “cacheos”, “redadas”, “puestos de control” —como el “alcoholímetro”—, etc., giran en torno a la figura del sospechoso, prácticas por medio de las cuales

se supone una aproximación a la intervención del policía en la esfera de la libertad personal de los ciudadanos, y que desborda la legalidad en la detención, no obstante que los policías la realizan en el desempeño de sus funciones de seguridad pública del Estado.

Las políticas de seguridad pública basadas en “la ley y el orden” no calculan los efectos colaterales, como, por ejemplo, la vulneración de los derechos fundamentales, ya que estos últimos son tratados como si fueran un catálogo de cosas que cumplir, como si fuera suficiente para una política respetuosa de los derechos humanos la lógica de que “si no respetamos los derechos de los delincuentes o de los que nos ponen en peligro, no se me pone en riesgo de ser víctima”; por ejemplo, la revisión de las mochilas de los estudiantes de secundaria en varias zonas marginadas de la ciudad de México: es suficiente que vivas en esa zona de la ciudad, que seas estudiante de secundaria, para inferir que llevas dentro de tus pertenencias drogas, armas o cualquier cosa que “afecte la tranquilidad del ambiente escolar”, y eres culpable de ello y por tanto hay que revisarte.

Otro ejemplo de todo esto es la detención y revisión de los usuarios de transporte público por parte de las diversas corporaciones de policía. En diversos puntos de la ciudad, y como una “acción preventiva” y al libre albedrío de los policías, detienen a un microbús y solicitan que los usuarios se bajen del transporte, les revisan sus pertenencias y les preguntan hacia dónde se dirigen, y si no cooperan con dicho operativo, pueden ser sujetos de detención y presentación ante las autoridades ministeriales por el delito de resistencia de particulares.

Estas acciones son interesantes de analizar desde el punto de vista de la psicología social, ya que la gran mayoría acepta estos operativos, aunque conlleven una violación a los derechos fundamentales, pues se afirma que “es mejor tener esto para lograr una mayor seguridad, que vivir en la zozobra delictiva”, y volvemos a la condición de víctimas potenciales en lugar de víctimas reales.

Lo anterior conlleva a criminalizar a la gente en situación de calle, a los limpiaparabrisas, *franeleros* y a las trabajadoras sexuales y sus clientes, grafiteros y otros grupos vulnerables, en lugar de solucionar el problema del desempleo y otros derivados de la falta de aplicación de políticas públicas integrales en las cuales se busque mejorar las condiciones de vida.

Lejos de solucionar el problema del desempleo y la carencia de medidas alternativas para ejercer el comercio ambulante y la indigencia, la estrategia de seguridad se dirige en contra de los más pobres, de los marginados que se autoemplean en la calle para subsistir.

Este tipo de medidas es terreno fértil para las detenciones arbitrarias, el abuso de autoridad y la tortura, porque se enfocan en el endurecimiento de las sanciones, haciendo a un lado la prevención y protección de los derechos y las garantías de las personas. La relación garantías-control social como espacio en el cual discurre el contenido material de la libertad personal comprende las dos caras de la misma moneda: la complejidad de las relaciones entre Estado y sociedad. La realidad actual muestra que cuando el Estado implementa una mayor seguridad, existe una mayor restricción de la libertad.

Aunado a lo anterior, los ciudadanos contribuimos al cierre de estos espacios, pues en nuestra sociedad actual, que lleva aparejados procesos de modernidad y premodernidad, la seguridad y su búsqueda se conjugan en acciones que son dispares. Por ejemplo, en ciudades como la nuestra existen espacios físicos en donde sólo es posible circular por medio de auto, no se permite la entrada a algunas unidades si no se cuenta con un permiso, y se forman espacios públicos como calles y avenidas en espacios privados, con la colocación de maceteros y plumas, todo ello conjuntado en un sistema de seguridad interior con cámaras de video que preservan el sitio; así una casa o departamento es más caro si tiene esas ventajas arquitectónicas. Ejemplo de este fenómeno, y tomando en cuenta un concepto planteado por Bauman (2006), son las fortificaciones cada vez más populares o *gated communities*, que son zonas residenciales con acceso restringido, con altos muros, con todos los servicios en el interior —que te permiten relacionarte sólo con tus vecinos y evitar relaciones indeseables con “otras personas”— y con su correspondiente ejército de vigilantes personales y la utilización de la más alta tecnología en materia de seguridad, cámaras de video, cámaras de visión nocturna y monitores de video en la entrada para controlar los accesos.

En este sentido, la prevención situacional es un modelo basado en la aplicación de mecanismos de exclusión no favorables para una cultura de los derechos humanos; por ejemplo, a las zonas doradas de diversas ciudades en donde su exclusividad forma parte de su plusvalía, no se puede acceder si no es en auto, por tanto, los peatones no existen; asimismo, las cámaras de video y el ingreso no son permitidos si no hay un documento o permiso especial. Las bardas altas y las cercas electrificadas para ahuyentar a los curiosos o a los ajenos a dichos sitios, junto con las escuelas y los “sitios públicos” exclusivos del inmueble, le dan un carácter de un castillo medieval con todo y foso.

En este mismo orden de ideas, en la actualidad Garland comenta que

[...] hemos visto la llamativa expansión de la seguridad privada, que originariamente creció a la sombra del Estado pero que es reconocida cada vez más por el gobierno como un socio en la producción de seguridad y el control del delito [...] Hasta hace muy poco, el supuesto aceptado era que el control del delito era responsabilidad del Estado y debía ser llevado adelante por funcionarios estatales en función del interés público. Esta clara línea divisoria entre lo público y lo privado ha comenzado ahora a borrarse. Las agencias del sector público están siendo remodeladas emulando los valores y las prácticas del sector privado (2005: 246).

Aunado a lo anterior, se da un fenómeno que merece nuestra atención: el ámbito de lo global se vuelve local; por ejemplo, el narcotráfico, que es de una índole más internacional, se vuelve un problema local al dejar una parte importante de droga por cuestiones de la oferta y la demanda en el país, y el surgimiento del narcomenudeo y las famosas tienditas; en otro ejemplo, el robo de autos por medio de mafias nacionales vinculadas con grupos delictivos internacionales se traslada a nuestro país a través del robo de autopartes y de un mercado negro de partes automotrices, lo cual incluye a miles de mexicanos dedicados a dicha actividad ilícita.

Este fenómeno sólo es una parte de la compleja red de procesos sociales. En otro sentido, el complejo delictivo global que se vuelve local afecta al mercado; este fenómeno delictivo es poco favorable para el traslado de capitales foráneos y la obtención de mejores rendimientos para el desarrollo de los mercados locales, así como para la amenaza en el transporte de mercancías legales que, al ser robadas, se convierten en mercancías ilegales e inundan nuestros mercados al convertirse en mercancías legales, con la consecuencia de afectar al capital por la pérdida que esto trae consigo.

En esta lógica aparecen delitos con una dimensión de mercado y con un factor de riesgo mercadológico, en los que la política criminal y sus mecanismos convencionales para enfrentarlos son rebasados, todo ello junto con la intervención del efecto mediático que vuelve relevante dicho tema; por tanto, el aparato gubernamental busca, en una prevención general positiva, crear efectos e imágenes positivas para convencer a la gente de que se puede hacer algo, que la delincuencia no está fuera de control, y que no va a cejar en su lucha contra este tipo de amenazas.

En consecuencia, el derecho penal cambia: de ser un regulador de conflictos entre dos contendientes pasa a ser

el regulador entre la sociedad y el aparato estatal, donde el derecho penal actúa en los hechos y no con un discurso de “protector de derechos”, sino, por el contrario, con un discurso de “seguridad y orden”.

Es posible generar condiciones de seguridad y respetar los derechos fundamentales si hacemos como sociedad la convergencia entre el modelo de seguridad y el marco de garantías constitucionales, ya que esta relación justifica la acción policial apegada a la preservación de garantías de forma transversal, por medio de la teoría del garantismo penal propuesto por Ferrajolli, en la que se establece que “La cultura garantista apuesta, en efecto, por una drástica reducción de la esfera del ilícito penal y a favor, precisamente de un derecho penal mínimo. La elección no es, por lo tanto, sólo defensiva, sino fuertemente propositiva por una reforma a la ley penal” (citado en Pavarini, Pérez y Tenorio, 2006: 167), donde se deben de aplicar las políticas de seguridad pública con una interpretación *pro homine*, en la que lo que se busque sea la mejor protección del ser humano y la norma más favorable, incluyendo, por ejemplo, la sustitución de penas por trabajos a la comunidad, etcétera.

En este sentido, el Código Penal para el Distrito Federal señala que

ARTÍCULO 30. Las penas que se pueden imponer por los delitos son:

- I. Prisión
- II. Tratamiento en libertad de inimputables;
- III. Semilibertad;
- IV. Trabajo en beneficio de la víctima del delito o a favor de la comunidad;
- V. Sanciones pecuniarias;
- VI. Decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito;
- VII. Suspensión o privación de derechos; y
- VIII. Destitución inhabilitación de cargos comisiones o empleos públicos.

Como vemos, actualmente el Código Penal para el Distrito Federal establece otras modalidades para los sustitutivos penales, como, por ejemplo, que la multa puede ser sustituida por trabajo en beneficio de la víctima, y la prisión por multa si la pena no excede de tres años.

Sin embargo, los sustitutivos siguen siendo considerados como una alternativa a la prisión, cuya aplicación corresponde al arbitrio del juez. De acuerdo con una política criminal congruente con los postulados del derecho penal mínimo, particularmente del principio *pro libertatis*, los sustitutivos deben ser establecidos por el legislador, es

decir, deben ser el resultado de una política penal legislativa que sale del ámbito de la individualización judicial.

Lo anterior no supone que al momento de establecer la punición el juez no aplique los criterios de individualización de la pena que rigen para todos los delitos. Se trata de que ciertos delitos en ningún caso tengan como respuesta punitiva la prisión, pero aún estamos alejados de la aplicación generalizada de los mismos.

Por otro lado, hay que aplicar lo que Baratta propone. Él menciona que es necesario establecer lo que llama “la seguridad de los derechos”, por medio de atacar los efectos estigmatizantes de las políticas de seguridad, los cotos y lugares cerrados como las políticas de prevención situacional, para abrirlos como espacios públicos, ya que estos espacios destruyen comunidades porque los que viven ahí tienen miedo de otra gente y no se genera vinculación social ni intercambio ni redes ciudadanas.

Por último, cabe destacar que el poder punitivo debe ejercerse de forma racional y organizada bajo los principios de Intervención Mínima y de Intervención Legalizada del poder punitivo estatal. El primero referido a que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques más graves o considerables a los bienes jurídicos tutelados más importantes para el conglomerado humano; el segundo alude directamente al principio de legalidad, donde se establecen los límites a la intervención punitiva estatal tanto al tipificar conductas legalmente consideradas como delictivas, como al aplicar y ejecutar las sanciones previstas, mismas que deberán estar regidas por el imperio de la ley. Su función estriba en el hecho de evitar un ejercicio arbitrario del poder punitivo estatal.

La participación militar en materia de seguridad pública ¿Respuesta adecuada?

Por otro lado, y como elemento necesario para revisar las acciones encaminadas a preservar la seguridad, se ha implementado desde las más altas esferas gubernamentales —y lamentablemente desde hace ya algún tiempo— la incorporación de fuerzas militares en materia de seguridad. Ante ello, podemos afirmar, siguiendo a Barrón Cruz, que

[...] cuando hoy en día se habla insistentemente de una creciente “militarización” de la seguridad, especialmente de la llamada pública. Las razones que han conducido a la misma pueden estar influenciadas por el actual sistema económico que impera en el mundo: el neoliberalismo. El cual ha acentuado las desigualdades sociales, y para controlar los posibles desórdenes que éstas provocan se recurre a controles militares, paramilitares o bien

policiales para contener cualquier posibilidad de “desgobierno” (2003: 4).

Así que no podemos dejar de establecer que este proceso de militarización no debe verse como una acción aislada y con miras a generar condiciones de seguridad para la población, sino que se inserta como una respuesta de los regímenes actuales en razón de Estado para atender respuestas incluso violentas de los procesos de desigualdad económica de las sociedades posindustriales.

Otro elemento a destacar es que la intervención militar en tareas de seguridad pública tiene que ver con el análisis de otros conceptos como el militarismo; este tiene importancia porque, en palabras de Radway, “éste término tiene diversas connotaciones, una lo identifica como el ‘predominio del elemento militar o intrusión de lo militar en lo civil’” (1967: 115). Asimismo, establece que

[...] la doctrina o sistema que valora positivamente la guerra y atribuye a las fuerzas armadas primacía en el Estado y la sociedad. Exalta una función –la aplicación de la violencia– y una estructura institucional: la organización militar. Implica a su vez, una orientación política y una relación de poder [en] una sociedad plenamente militarizada [...] las fuerzas armadas determinan unilateralmente el carácter de las instituciones básicas, la forma de gobierno, los deberes y derechos de los ciudadanos y la parte de los recursos nacionales asignados a funciones militares (1967: 115).

En este sentido, la intervención militar en tareas como la seguridad pública tiene como fin fortalecer su actuación y su presencia frente a la sociedad; es el de ser vistos como salvadores, que ellos pueden enfrentar estos asuntos con profesionalismo; es ponerse al frente de las instituciones en la lógica de fortalecer su posición de poder incluso frente a las instituciones civiles.

Es decir, se plantea una lógica de presencia y se busca la propensión del Ejército y de las instituciones militares para “extender su participación en el gobierno civil de una nación” (Barrón Cruz, 2003: 4), con el objetivo de desplazar al gobierno porque los militares desprecian a los civiles, a quienes consideran ineptos por el atraso económico y la inestabilidad política que generan. Y ellos al asumir el control y poder crean un sistema en donde se privilegia el orden, la obediencia y la autoridad, ponen orden en la sociedad. Es por ello que esta participación activa tiene su origen en lo político desde el punto de vista ideológico, de control social y, por supuesto, de estabilidad económica con fines determinados.

Por otro lado, es necesario realizar un recuento por lo menos de los últimos años para conocer al menos de manera sucinta lo que ha sido la incorporación de las fuerzas

armadas en tareas de seguridad pública. En este sentido, Ernesto López Portillo nos plantea que

[...] en los años setenta y ochenta el Ejército mexicano participó en la llamada Operación Cóndor, lanzada con el fin de investigar y detener a los responsables por el cultivo de estupefacientes en los estados del norte que conforman el “Triángulo Dorado”: Chihuahua, Sinaloa y Durango. El Ejército seguiría en funciones de combate al narcotráfico en crecientes zonas del país en los años por venir. Bajo la administración del Presidente Carlos Salinas de Gortari (1988-1994), las Secretarías de la Defensa Nacional y la Marina fueron incluidas en el nuevo Instituto Nacional para el Combate a las Drogas (INCD), mientras que la del sexenio del Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León (1994-2000) estuvo marcada por la intensificación del uso de las fuerzas armadas en operaciones antidrogas, así como por un aumento en el papel de miembros de las fuerzas castrenses en instituciones civiles y en agencias de seguridad pública. La Administración de Zedillo empezó a sustituir a la Policía Federal Judicial por miembros de las fuerzas armadas en varias zonas del país y colocó a oficiales militares de alto rango dentro de agencias civiles de aplicación de la ley, como el Centro de Planeación para el Control de Drogas de la PGR. A partir del año 1995 los secretarios de la Defensa Nacional y la Marina formarían parte del Consejo Nacional de Seguridad Pública, la instancia superior de coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública (2010: 1).

Así, de forma paulatina y constante, las fuerzas armadas de nuestro país han tenido una constante y ampliada participación política en materia de seguridad, y lo único que ha cambiado es su comandante en jefe y algunos rasgos que ampliaremos más adelante.

Otro elemento que debemos destacar es la incorporación ya expresa de cuerpos militares en materia de seguridad pública. Prueba de ello es que

[...] en 1999 se creó la Policía Federal Preventiva (PFP) y se integraron a sus filas 5,000 elementos militares (un porcentaje importante del personal de dicha institución), mientras que el mando de la nueva institución “policial” fue asumido por un miembro de las Fuerzas Armadas en activo, el vicealmirante Wilfrido Robledo Madrid. De este modo la nueva Policía, encargada de la prevención de delitos federales y el apoyo a las policías locales y estatales, se debe entender como una fuerza militarizada desde sus orígenes. Sería suprimida diez años después para ser reemplazada por la Policía Federal (López Portillo, 2010: 2).

En suma, podemos afirmar que la Policía Federal actual tuvo su génesis y se cimentó en las fuerzas armadas, aunque en un principio se pretendió no hacerlo abierto sino un poco escondido, y que la incorporación de las fuerzas armadas fuera a través de este cambio de uniforme y no por medio de acciones tan abiertas, sin embargo esto fue cambiando con el tiempo.

Diversos aspectos se plantean en razón de la profundización de la actuación de las fuerzas armadas en materia de seguridad pública; no obstante, lo que no se puede dejar de destacar es que

[...] lo que es un hecho es que las fuerzas armadas ahora tienen diversas misiones, el cambio se debe quizá a la tríada del mundo moderno que está conformada por la democracia como sistema político, la economía de mercado como opción de desarrollo vigente y la integración como resultado de la globalización. Las variables, interdependientes entre sí, tienen un efecto multiplicador y es imposible hoy intentar comprenderlas por separado (García, 2002: 66).

En este sentido, no podemos dejar de señalar que la participación militar tiene, como apunta Jaime García, un componente de análisis fundamental: se inserta en un componente político en el cual correspondería revisar la actuación de los cuerpos militares en tres aspectos: la participación en un estado democrático, como componente político, el mercado como componente económico y la globalización como componente social, lo que nos plantean algunos aspectos muy importantes que debemos de profundizar.

Es por ello que las fuerzas armadas tienen otros papales de actuación en materia de seguridad pública; no olvidemos que se llevó a cabo un proceso paulatino que no sucedió de la noche a la mañana.

Por tanto,

[...] en México la idea de “control civil de los militares” está orientada para crear los medios y herramientas necesarias y evitar o disminuir el mínimo de probabilidad de que los militares lleguen al poder, ya sea para influir o intervenir. Sin embargo, para los medios políticos siempre está latente el intervencionismo militar que constituye una amenaza a la estabilidad democrática. Aunque el origen de éste se relacione con las condiciones de inestabilidad política. Y, por otra parte, [...] cuando el gobierno civil no es eficaz [...] resulta imposible mantener bajo control a la institución militar. El colapso del poder ejecutivo es condición previa para el pretorianismo o que las instituciones civiles carezcan de legitimidad, que

el gobierno civil fracase en la búsqueda de objetivos tales como unificación, orden, modernización, la existencia de corrupción o debilidad y desorganización estructural y la [...] no existencia de símbolos significativos de carácter general que aglutinen a la sociedad [...] síndrome típico de un Estado en el que se hayan descompuestos los modelos tradicionales de cohesión social, sin haber sido todavía sustituidos por otros nuevos, y por último que a los dirigentes civiles les falte experiencia política y símbolos de autoridad [...] (Barrón Cruz, 2003: 6).

En el caso de México, las fuerzas armadas participan en el proceso político aprovechando el espacio de oportunidad que se tiene, en primer lugar, como fuente de legitimación del gobierno en turno; en segundo lugar, la debilidad institucional les permite posicionarse; y por último, los pocos elementos cohesionadores que tenemos como sociedad actual les permite a las fuerzas armadas ponerse al frente y decir: “somos un grupo que le da estabilidad al Estado, no sólo frente al exterior sino fundamentalmente al interior; y por ello tenemos un papel determinante y de gran peso en las decisiones actuales, tanto a nivel económico como político y social”. Nunca en la historia reciente de México se ha podido afirmar que el papel preponderante de las fuerzas armadas ha sido tan amplio, pero las manifestaciones de fuerza y de impunidad así lo hacen observar.

A manera de conclusión

Un elemento de análisis que no debemos perder de vista son las constantes intervenciones policiales sobre los grupos sociales más desprotegidos. Así, en este país es más riesgoso “parecer delincuente que serlo”, ya que si te expones a la intervención preventiva de los cuerpos de seguridad pública eres detenido por “sospechoso”. Por ello, para evitar la indebida criminalización de las clases marginales es necesario orientar a nuestro sistema de justicia hacia un derecho penal de acto y no de autor, como actualmente se encuentra diseñado; es decir, que no se castigue a la persona por ser como es, “pobre”, y que se castigue el acto delictivo en sí.

En cuanto a la seguridad pública y políticas de prevención, es necesario que se tome en cuenta un modelo de policía no sólo reactiva sino proactiva que se encuentre totalmente ligada a la sociedad de manera permanente y no sólo cuando se es víctima de algún delito; por tanto, el modelo no se debe basar en acciones de reacción y disuasión, sino de prevención y de proximidad con la ciudadanía, en donde el nivel de participación ciudadana sea dirigido y consolidado en acciones que permitan cambiar el rumbo de la percepción de inseguridad prevaleciente.

Es necesario que el modelo policial sea capaz de crear confianza entre los ciudadanos y promueva la búsqueda de cohesión en torno a la ley, en función del valor que el respeto de los derechos del otro tiene como potenciador de los derechos de todo el conjunto social.

Ante el panorama presentado, muchos son los elementos necesarios que debemos establecer como freno a la escalada de violencia en la que vivimos y de la cual los últimos gobiernos federales han sido partícipes fundamentales, sobre todo cuando planteamos la intervención de los cuerpos militares en tareas de seguridad; sin duda una terrible herencia dejada por la anterior administración, ya que estas últimas deben de estar sujetas a controles civiles, entre otros, un marco jurídico muy preciso que evite la impunidad cuando los cuerpos militares abusen de la ciudadanía en el ejercicio de sus funciones, por medio de mecanismos de supervisión civil que impliquen sanciones, ya que lo que hasta el momento podemos constatar es la inexistencia de marcos reguladores bajo la premisa de una permanencia acotada del ejército en funciones policiales.

Por tanto, y en palabras de Ernesto López Portillo, con esta intervención ponemos en

[...] una situación de riesgo permanente [a] la población civil mexicana, al no existir los mecanismos básicos necesarios para frenar los actos abusivos y violatorios de derechos humanos continuamente denunciados en el país por civiles y en muchos casos documentados por organismos públicos de derechos humanos y organizaciones de la sociedad civil. El Estado mexicano está incurriendo en una violación permanente del Artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al no ajustar su marco normativo y políticas a las obligaciones previstas en esa Convención. Al contrario, el limbo jurídico y [la] falta de controles que caracterizan el actuar del Ejército a la fecha y desde décadas atrás, generan una situación en la cual es difícil que no sucedan abusos de derechos humanos, tales como el uso excesivo de la fuerza, la tortura o tratos inhumanos, detenciones arbitrarias y violaciones a las garantías judiciales. De esta manera, el mero hecho de exponer a los civiles a los operativos de seguridad pública militarizados, actualmente comunes en el territorio mexicano, de por sí implica una falta de respeto, protección y garantía de sus derechos fundamentales (2010: 30).

Siendo lo anterior una de las consecuencias más graves que ha tenido la política criminal de los gobiernos federales de los últimos años, al exponer a la población a una serie de violaciones a sus derechos fundamentales por parte de los cuerpos militares en funciones de seguridad, y por la impunidad con la que cuentan al ser prácticamente imposible llevarlos ante las autoridades para ser sancionados.

Por último, los cuerpos de seguridad pública deben tener encomendadas acciones tanto de prevención como de intervención, pero con una base sólida de legitimidad que respalde el orden de la ley, que haga valer los derechos de los ciudadanos y que funcione subsidiariamente en consonancia con otras estrategias que afiancen el entorno cultural para conseguir sociedades integralmente más seguras.

Referencias

- Appadurai, A. (2001). "Dislocación y diferencia en la economía cultural global". En *La modernidad desbordada: dimensiones culturales de la globalización*. Buenos Aires: Trilce/FCE, 2001.
- Barrón Cruz, M. G. (2003). "Militarización de la seguridad pública en México ¿Actualización o permanencia histórica?". *Project on Reforming the Administration of Justice in Mexico, Center for U.S.-Mexican Studies, UC San Diego*. Recuperado de <<http://www.escholarship.org/uc/item/4mm7c9m8>> (consultado el 13 de mayo de 2013).
- Bauman, Z. (2006). *Vida líquida*. Madrid: Paidós.
- García, J. (2002, verano). "El militar postmoderno en América Latina". *Security and Defense Studies Review* (2).
- Garland, D. (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Madrid: Gedisa.
- González Placencia, L. (2006). *Política criminal y sociología del control penal*. México: INACIPE (Colección Investigación).
- Kala, J. C. (2005). "Perseverancia en los contenidos penales preventivos". En Peñaloza, P. (Coord.), *Seguridad pública: voces diversas en un enfoque multidisciplinario*. México: Porrúa.
- Lenin, V. I. (1979). *El estado y la revolución*. México: Quinto Sol.
- López Portillo Vargas, E. (2010). "Peritaje: Ausencia de controles civiles sobre las fuerzas armadas en su participación en labores de seguridad pública". Realizado para la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Teodoro Cabrera y Rodolfo Montiel Flores vs. Los Estados Unidos Mexicanos". México: INSYDE.
- Pavarini, M., Pérez Carrillo, A. y Tenorio Tagle, F. (2006). *Seguridad pública. Tres puntos de vista convergentes*. México: Ediciones Coyoacán.
- Radway, L. (1967). "Militarismo". En Sills, D. L. *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*. Madrid: Aguilar.
- Thomé, H. I. (2004). "Victimización y cultura de la seguridad ciudadana en Europa". (Tesis doctoral para optar al título de Doctor en Sociología). Departamento de Sociología y Análisis de las Organizaciones-Universidad de Barcelona, España.

Derechos y medios de protección ante la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal

Alejandro Martínez Obregón*

El que cada persona conozca qué derechos y medios de protección posee ante los organismos públicos de derechos humanos y en específico ante la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal es, en sí, un derecho. El conocer el funcionamiento de estas entidades es reconocer los derechos y medios de protección que tiene cualquier persona ante ellos. Es por lo anterior que el propósito de este documento es mostrar la forma en que opera la Comisión de Derechos Humanos en la ciudad de México, mediante un análisis que muestre cabalmente sus atribuciones y funciones, vistas, desde luego, como medios de protección de derechos.

Hay que tener presente que en la genealogía de los derechos humanos hay momentos históricos que no se deben olvidar, como en el siglo XVIII, cuando se gestan las declaraciones más importantes en la materia; a saber, la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, producto de la independencia de las 13 Colonias Británicas en América, y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, documento fundamental de la propia Revolución fran-

cesa, donde se le da reconocimiento al principio de universalidad de algunos derechos y claro, el reconocimiento de éstos sólo a ciertas personas. Con ellas se establecen algunos antecedentes importantes en materia de reconocimiento de derechos humanos a nivel internacional. Lo importante de establecer esta postura es que dicho reconocimiento a nivel normativo fue, primeramente, de carácter nacional, visto desde el Estado constitucional, es decir, desde el constitucionalismo de los siglos XIX y XX.

Es necesario reconocer que en múltiples ocasiones se ha considerado que el fortalecimiento de los derechos humanos se ha llevado a cabo a través de su consolidación desde el sistema internacional de protección de los

mismos; aunque si se tiene un panorama completo del escenario, es posible percatarse de que dicha consolidación se ha generado en mayor medida desde los Estados constitucionales.

Muestra de lo anterior se puede apreciar en el caso mexicano, donde se ubica que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que data de 1917, se da cabida al reconocimiento de derechos tanto individuales como sociales, lo que implicó un nivel mayor de reconocimiento de los mismos.

Algo importante de resaltar de la Constitución es que, además de ser la más antigua de Latinoamérica, es un documento altamente positivista, lo que ha implicado un sinnúmero de actualizaciones, adiciones y modi-

* Maestro en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica, por la Universidad de Alcalá de Henares, España. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

ficaciones, es decir, dependiendo del devenir histórico del país, se fue haciendo necesaria la modificación de dicho ordenamiento jurídico, hasta llegar a lo que actualmente se conoce; para los efectos de este trabajo, la última modificación trascendental a la reforma constitucional en materia de derechos humanos es la del 10 de junio de 2011, la cual busca la homologación de las normas nacionales con estándares internacionales.

El proceso que desarrolló la protección de derechos humanos en el ámbito internacional implicó la generación de un desarrollo convencional de los derechos humanos; en otras palabras, se fue generando un marco normativo de los propios derechos humanos desde los sistemas de protección universal y regional de derechos humanos en el mundo. Finalmente, hoy en día estamos hablando de una constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos.

Por lo anterior, es preciso conocer el funcionamiento de los organismos públicos de derechos humanos, en particular el de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, y generar un manejo adecuado de éste como medio de protección de derechos.

Derechos y medios de protección de la persona ante la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal

Cuando se habla de las formas de protección de derechos, establecidas desde el régimen constitucional, es indudable que se debe abordar, de una manera transversal, lo concerniente a los Organismos Públicos de Derechos Humanos (OPDH). Estos organismos fueron concebidos como elemento imprescindible en la protección de derechos en un Estado constitucional y en la realidad, su papel ha sido trascendental, esto lo reafirma la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), argumentando que

[...] el artículo 102, apartado B, de la Constitución Federal, no sólo establece cuáles son la naturaleza y las funciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, sino que también prevé una garantía en favor de las personas [...] Así como los artículos 14 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevén una “garantía judicial” [...] y un debido proceso legal, el artículo 102, apartado B, del mismo cuerpo jurídico establece una garantía instrumental o adjetiva, con el fin de que los gobernados tengan acceso a medios de defensa de

derechos humanos distintos de los jurisdiccionales (SCJN, 2009: 36 y 39).

El medio de protección de derechos, establecido en el Artículo 102 Apartado B de nuestra Constitución tiene sus antecedentes directos en la figura del *ombudsman*, creada en Suecia en 1809. Dicha figura establecía a un funcionario del propio Estado, en otras palabras, a un funcionario público, designado desde el Parlamento, y quien debía contar con todas las garantías de independencia necesarias para cumplir su función, como por ejemplo, supervisar el cumplimiento de la ley por parte de los integrantes de la administración pública y de los tribunales de justicia.

Durante el siglo XX, diversos países del mundo incorporaron a su régimen estas instituciones, de tal forma que esta figura se consolidó como un medio de protección o garantía fundamental para la protección de las personas frente al ejercicio del poder por parte de la autoridad.

Héctor Fix-Zamudio (2001: 106) lo hace llamar el *ombudsman* clásico, que era designado por el Parlamento para supervisar la actividad administrativa de los poderes Ejecutivo y Judicial por medio de la recepción de quejas y la emisión de recomendaciones. Aunque no contaba con facultades específicas para atender violaciones a los derechos humanos, comúnmente las atendía y se pronunciaba sobre las normas correspondientes.

A manera de ejemplo, se puede mencionar que la instalación en Finlandia de esta figura ocurrió después de la Primera Guerra Mundial; en Dinamarca y Noruega, recién acabada la Segunda Guerra Mundial. A partir de los años sesenta empieza el surgimiento y creación del *ombudsman* en varios países de Europa occidental y del *Commonwealth* inglés. En América Latina, la creación de estas instituciones se da partir de 1985, influidas por el Defensor del Pueblo Español de 1981. En la Tabla I podemos observar el desarrollo de esta figura en el continente americano.

Tabla I
Desarrollo de la figura de ombudsman en el continente americano

Creación legal	País	Nombre de la institución
1985	Guatemala	Procurador de los Derechos Humanos
1986	Costa Rica	Defensoría de los Habitantes
1992	Colombia	Defensor del Pueblo
1992	El Salvador	Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos
1992	México	Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Continúa...

Creación legal	País	Nombre de la institución
1993	Argentina	Defensor del Pueblo
1995	Honduras	Comisionado Nacional de los Derechos Humanos
1995	Paraguay	Defensor del Pueblo
1996	Perú	Defensoría del Pueblo
1997	Bolivia	Defensor del Pueblo
1997	Ecuador	Defensor del Pueblo
1997	Panamá	Defensoría del Pueblo
2001	Venezuela	Defensor del Pueblo

Las posibilidades de actuación frente a los actos de autoridad sobre los que pueden conocer, así como los límites de sus atribuciones, pueden variar, incluso de una manera amplia, dependiendo el país. Lo mismo sucede con las denominaciones que esta institución ha adoptado en diversos países. En el caso de México, se ha generado todo un sistema de protección de derechos humanos desde dicha esfera, dependiendo del estado de la República; en algunos se denominan Procuradurías de Defensa de Derechos Humanos, pero la mayoría adquiere el nombre de Comisiones de Derechos Humanos, sumando así 33 organismos de esta naturaleza.

Con el desarrollo de esta figura en el mundo entero vino su consolidación, en un contexto internacional, a finales del siglo XX. En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó un documento que contenía las bases fundamentales de los Organismos Públicos de Derechos Humanos y lo llamó *Principios Relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos*, mejor conocido como Principios de París (1993); dichos principios postulan “criterios precisos sobre las garantías mínimas, institucionales y de mandato, que deben reunir estas instituciones”. Además, señalan como un elemento sustancial el proceso al que se deben someter los más altos funcionarios de estas instituciones, quienes deberán, de una u otra manera, representar a diversos y amplios sectores de la sociedad.

Con respecto al propio mandato que les es inherente desde los Principios de París, a los OPDH se les dota de manera concreta de dos funciones especiales: la consultiva y la cuasi jurisdiccional (véase Tabla 2).

Al observar el desarrollo y consecuente fortalecimiento de la figura del ombudsman en prácticamente todo el mundo, México no era la excepción; en junio de 1990, el gobierno mexicano emite un decreto presidencial, mediante el cual se crea un órgano desconcentrado, denominado

Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH); como órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, era una instancia subordinada jerárquicamente a la misma dependencia. Se pensaba como un órgano “responsable de proponer y vigilar el cumplimiento de la política nacional en materia de respeto y defensa a los derechos humanos” (Decreto, artículo 2, Diario Oficial de la Federación, 1990.)

Tabla 2
Funciones de los Organismos Públicos de Derechos Humanos

Consultivas	Cuasi jurisdiccional
<p>Esta función implica:</p> <ul style="list-style-type: none"> • emitir informes sobre la situación de derechos humanos, en general o con respecto a algún tema en específico; • impulsar la ratificación de tratados internacionales en la materia, así como la armonización de la legislación local a dichos tratados; • participar en los procesos de elaboración de informes periódicos que deben ser presentados ante organismos internacionales, y • colaborar en la elaboración de programas de educación de derechos humanos para todos los niveles de enseñanza, entre otras. 	<p>Esta función implica:</p> <ul style="list-style-type: none"> • la posibilidad de recibir y examinar denuncias relativas a la situación de particulares, grupos, organizaciones, etc., y • posterior a la investigación de la denuncia, las instituciones habrán de emitir sus recomendaciones dirigidas a la autoridad competente.

En esos momentos, la CNDH no contaba con la facultad de recibir quejas o emitir recomendaciones, únicamente podía proponer el diseño de las políticas públicas en materia de derechos humanos; además, coordinaba cualquier actividad en la materia, sitios de reflexión y análisis, tales como foros, seminarios coloquios, etc., en espacios tanto nacionales como internacionales.

Posteriormente, en 1992 surge una reforma constitucional, en la que es adicionado el Artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1992), dándole a la CNDH un sustento jurídico, facultándola para conocer:

[...] de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

[...] emitir recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas (Constitución Política, 2011: 67).

Este momento fue crucial para dotarle a la CNDH un fundamento que hasta este momento no existía en México; pero igualmente es importante conocer el alcance y contenido de este Artículo con respecto a la propia CNDH hoy en día; por ello se debe de mirar en conjunto con la reforma constitucional de septiembre de 1999, en la que se establecía por mandato de ley la “autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios”, lo que implicaba el reconocimiento de su autonomía formal y absoluta. Además, se fortaleció su independencia ante la administración pública, logrando que la elección de su titular estuviera a cargo del Senado de la República, otorgándole participación a las organizaciones de la sociedad civil.

Los OPDH actúan desde la óptica de recomendar cambios trascendentales para la erradicación de las violaciones a derechos humanos; investigan presuntas violaciones a derechos humanos y alientan la aplicación de sanciones, así como la reparación del daño. Además, coadyuvan con los organismos internacionales en la supervisión del cumplimiento e interiorización, por parte de los Estados, de tratados internacionales sobre derechos humanos.

John M. Ackerman (2006) visibiliza y llama a los OPDH *organismos pro rendición de cuentas independientes*, debido a que se les han dado tareas de fortalecimiento de la rendición de cuentas. En consecuencia, su papel no sólo se limita a la protección y promoción de los derechos humanos, sino a vigilar el desempeño de las autoridades de una manera democrática.

Con el desarrollo de este nuevo contexto, las normas que regulan la actuación de la Comisión hacia su interior, como la propia Ley y su Reglamento Interno, incorporan otros medios de independencia de la instancia, tal como se aprecia en las normas de la propia CDHDF, las cuales señalan:

- a) la inmunidad procesal del presidente y de los visitadores, en relación con sus actos en el ejercicio de sus facultades, de acuerdo con el Artículo 15 de la Ley de la CDHDF, y
- b) la inmovilidad del presidente, excepto en los términos previstos en el Título Cuarto de la Constitución, en función del Artículo 16 de ley de la CDHDF.

Finalmente, un análisis de los derechos y medios de protección de la persona ante la CNDH no podría estar completo si no se hiciera referencia a la integridad del

sistema no jurisdiccional de protección de derechos humanos, es decir, si no se incluyera entre ellos a los organismos públicos estatales de protección de los derechos humanos y en especial a la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF).

A las características de este sistema, establecidas en el Artículo 102-B, se deben de anexar otras normas de carácter constitucional, legal o reglamentario, que nutren al propio sistema. En este sentido destacan:

- a) la facultad de estos organismos para interponer acciones de inconstitucionalidad (Artículo 105 constitucional);
- b) emitir informes especiales;
- c) proponer a autoridades que promuevan cambios legislativos y reglamentarios para la mejor protección de los derechos humanos;
- d) impulsar, diseñar e implementar programas educativos en la materia, y
- e) proponer la suscripción de convenios o tratados.

En el ejercicio de estas facultades constitucionales y legislativas, la CDHDF ha desarrollado prácticas interesantes, como emitir recomendaciones en las que se analizan situaciones estructurales que puedan impactar derechos específicos, pero en contextos más allá de un caso en específico.

De manera más concreta, hay que observar la labor de la Comisión frente a los ámbitos de responsabilidad por violaciones a los derechos humanos de cualquier autoridad o servidor público; en este sentido, es crucial comprender que la actividad del Estado no la vemos más que materializada en acciones u omisiones de los servidores públicos que integran las dependencias. Aunque la ley establece que los funcionarios ejerzan sus funciones conforme a las disposiciones legales, en múltiples ocasiones su actuación no es conforme a lo estipulado en ellas, ni mucho menos considera el bienestar de la sociedad y los fines del propio Estado. En este caso, se origina una responsabilidad objetiva y directa.

La CDHDF, en tanto OPDH, contribuye con los órganos del Estado para garantizar los derechos humanos y establecer las responsabilidades que a derecho haya lugar.

Hay que entender que en un contexto donde rige un Estado constitucional de derecho la CDHDF no es opuesta a él, como suele pensarse o incluso argumentar, sino que representan el mismo espectro de garantía de derechos; se convierten en aliada estratégica para la construcción y reconocimiento de una cultura de respeto a los derechos

humanos. De ahí que lo que se espera de los titulares de las dependencias u organismos vinculados a responsabilidades por violaciones a derechos humanos, es que protejan derechos humanos, investiguen, sancionen y reparen de inmediato el daño causado y se comprometan con la no repetición del hecho violatorio.

En este sentido, se puede afirmar que la jurisdicción de la CDHDF no es subsidiaria respecto de las jurisdicciones administrativa, civil, laboral o penal, sino de hecho, complementaria a cada una de ellas; por tal motivo es que conlleva un tipo de responsabilidad, de observancia obligatoria para todo servidor público.

Por ello, [el marco normativo de la CDHDF es] vinculante para todos los órganos del Estado y de gobierno, y determinan su actuación por encima, incluso, de sus leyes orgánicas y reglamentos, los que en consecuencia quedan sujetos al poder domesticador de los derechos humanos (Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2008: 32).

Cuando la CDHDF está en la posibilidad de determinar una responsabilidad por violaciones a derechos humanos, esto se debe de ver como una posibilidad más de acceso a la justicia. Algo importante a considerar es la finalidad de su actuación: restablecer la condición de los derechos humanos vulnerados al estado en que se encontraban antes de la violación de los mismos; ubicar responsabilidades directas y objetivas por parte de las autoridades señaladas e incidir en el mejoramiento de las condiciones institucionales que impidan la perpetuación de violaciones a derechos humanos.

En el plano internacional, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas reconoció, en su Observación General # 31, la importancia de las instituciones nacionales de derechos humanos (en este caso se les ha llamado OPDH) para coadyuvar en el acceso a la justicia frente a violaciones a los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

En el párrafo 3 del artículo 2º se dispone que, además de proteger eficazmente los derechos reconocidos en el Pacto, los Estados Parte habrán de garantizar que todas las personas dispongan de recursos accesibles y efectivos para reivindicar esos derechos. Esos recursos se deben adaptar adecuadamente para tener en cuenta la vulnerabilidad especial de ciertas clases de personas, en particular los niños. El Comité atribuye importancia a

que los Estados Parte establezcan en el derecho interno mecanismos judiciales y administrativos adecuados para conocer de las quejas sobre violaciones de los derechos [...] Se requieren en especial mecanismos administrativos que den cumplimiento a la obligación general de investigar las denuncias de violación de modo rápido, detallado y efectivo por organismos independientes e imparciales. Las instituciones nacionales de derechos humanos que cuenten con las facultades pertinentes pueden coadyuvar a tal fin (Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2004: 15).

Con estas consideraciones, el Comité sitúa a los OPDH en la posibilidad real de investigar las violaciones a derechos humanos de manera efectiva, rápida y detallada; con ello, se les puede ver como un medio eficaz para acceder a la justicia, es decir, hacer exigibles y, de alguna manera, justiciables los derechos humanos.

En términos generales, su actividad principal se basa en recibir y atender las quejas de presuntas violaciones a derechos humanos cometidas por cualquier autoridad o servidor público. Para cumplir con esta función, a los OPDH, dentro de ellos la CDHDF, se les ha dotado de amplias facultades, dentro de las cuales podemos mencionar:

- realizar investigaciones;
- solicitar información a las autoridades;
- entrevistar testigos, y
- emitir una Recomendación no vinculatoria a las autoridades que considere responsables.

En este sentido, se sigue un procedimiento cuasi jurisdiccional que permite resolver el hecho violatorio a derechos humanos; solicitar la sanción de las violaciones a los derechos humanos, a efecto de impedir su repetición y de alguna manera buscar la reparación del daño.

Tomando en consideración de antemano que las recomendaciones que emiten los OPDH no son obligatorias, esto no es un impedimento para cumplir con el objetivo principal: proteger los derechos humanos. En sí, se puede asumir que gracias a esta característica, en este caso la CDHDF tiene la posibilidad de llevar su protección más allá de lo que podrían hacerlo las autoridades jurisdiccionales. En consecuencia, los criterios utilizados para valorar hechos y pruebas deben de ser no rígidos.

Por otra parte, es sano reconocer que la aceptación o el rechazo de las recomendaciones también muestra el

nivel de compromiso que los gobiernos tienen frente a la protección de los derechos en un marco democrático.

De acuerdo con lo anterior, el que el efecto de las recomendaciones no sea coercitivo no merma en nada la capacidad de asumir el compromiso y proteger los derechos humanos. Asimismo, cuando una autoridad no acepta una recomendación o, aceptándola, no da muestras de su cumplimiento, recibe una sanción política, una condena social que, en muchos casos, puede tener mayor impacto social que la resolución de alguna entidad jurisdiccional, dado el carácter público del procedimiento.

En el caso de una detención arbitraria cometida por un agente del Ministerio Público y de acuerdo con la legislación en México, frente a esta situación procede interponer un juicio de amparo para recuperar la libertad; en ese caso, las formalidades del amparo mexicano vuelven ineficaz el recurso, pues una vez que el agente transfiere la custodia del detenido ante el juez de la causa, el amparo se sobresee, porque se alega que hay un cambio de situación jurídica; de esa manera, la detención cometida de manera arbitraria se convalida sin que la persona detenida pueda recuperar su libertad.

Las recomendaciones, dependiendo de las circunstancias del contexto, pueden llegar a representar un hecho sin precedente, ya que incluso pueden conseguir la remoción de funcionarios de alto nivel, producto de diversos aspectos, tales como la presión que la sociedad civil realiza en conjunto con organizaciones no gubernamentales, legisladores y otros actores para combatir toda práctica violatoria de derechos humanos. De la misma forma, rechazar recomendaciones podría acarrear un desprestigio político.

Además, la CDHDF visibiliza las violaciones a los derechos humanos cometidas por las autoridades de la ciudad; con ello, impide que queden en la impunidad. Si bien esto no puede considerarse como el ejercicio del derecho al acceso a la justicia, es un hecho que el evidenciar, visualizar e identificar a los responsables de las violaciones es un requisito indispensable e ingrediente indisoluble de una sociedad democrática y moderna.

En muchas ocasiones, por la naturaleza de los hechos, es difícil poder llegar a resolver casos con el mismo alcance que podría lograr la CDHDF, vía los órganos jurisdiccionales.

Dentro de la Ley y el Reglamento Interno de la CDHDF se establecen procedimientos que auxilian para generar convicción de que un hecho puede violar derechos humanos. Al presentarse ante la Comisión, la persona que se siente agraviada en sus derechos no tiene mayor res-

ponsabilidad que relatar los hechos de manera clara para que puedan desprenderse datos generales y algunos que faciliten las investigaciones.

Toda investigación de presuntas violaciones a derechos humanos realizada por la CDHDF conlleva un procedimiento establecido en el Reglamento Interno (2009), el cual establece, dentro del Título Tercero, Capítulo IV Del Procedimiento ante la Comisión, que posterior a la recepción de la queja existe una etapa de solicitud de información, es decir, para que el personal de la Comisión que se encarga de investigar los hechos, ya sea el Visitador General o los Visitadores Adjuntos, conozcan la versión de la autoridad señalada, se les debe de girar un oficio para que puedan responder por las imputaciones que se les hacen.

Una vez remitido el informe ante la Comisión, la etapa de investigación se nutre con la posibilidad de entrevistar testigos, solicitar información y realizar cualquier tipo de diligencias que le permitan al visitador llegar a formarse un criterio y generar convicción o no de la posible violación de derechos humanos. Finalmente, la etapa de análisis de la información permite, a la luz de los derechos humanos, crear la convicción de que se violaron derechos humanos y en consecuencia emitir una recomendación, o bien, encontrar elementos suficientes que le den sustento a la actuación de la autoridad o servidor público, permitiéndole emitir una resolución, como puede ser un Documento de No Responsabilidad.

A pesar de que el procedimiento de investigación en la CDHDF es sencillo, ágil y expedito, resulta de gran relevancia para amplios sectores de la población, como personas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad, quienes se ven impedidos, recurrentemente, a acceder a una defensa especializada y desde el ámbito jurisdiccional, como en el caso del juicio de amparo, en especial si se consideran los obstáculos causados por el diseño de ese recurso, que van desde la presentación de tres copias simples de la demanda de amparo, hasta relacionar uno por uno los derechos violados en correlación con los Artículos constitucionales, y establecer con argumentos legales la relación entre hechos y derechos vulnerados, independientemente de que la última reforma de 2011 abre un camino, a través del amparo, de la defensa de derechos colectivos.

Es importante considerar que, a diferencia de los órganos jurisdiccionales, la CDHDF tiene facultades legales para acudir a lugares donde se encuentran, en múltiples ocasiones, sectores de la población desfavorecidos, como es en el caso de personas en situación de vulnerabilidad, a fin de verificar

el nivel de satisfacción y respeto de sus derechos; de modo que, en caso de no estar en una condición de vigencia de derechos, puedan buscar su reparación, así como solicitar el inicio de procedimientos administrativos, incluso penales, a las autoridades responsables.

Además, la Comisión puede ser una vía de acceso a los derechos de los grupos excluidos. Eso quiere decir que no sólo pueden lograr la resolución de un conflicto concreto de violación a los derechos humanos, sino que también pueden incentivar la satisfacción de los derechos más allá de tales casos. La CDHDF puede dar respuesta a este tipo de problemas mediante la emisión de recomendaciones dirigidas a la autoridad responsable; puede pronunciarse sobre la implementación de políticas públicas que no favorezcan el respeto y goce de los derechos humanos.

Puede considerarse que el acceso a la justicia, visto desde la CDHDF, no se limita sólo a resolver conflictos individuales o grupales, sino que, a diferencia de lo que sucede con los órganos jurisdiccionales, la Comisión tiene la capacidad para encontrar, por sí misma, las violaciones a los derechos humanos donde estén ocurriendo, de modo que puede actuar frente a violaciones estructurales que difícilmente podrían atender los órganos judiciales sin una denuncia de por medio.

En razón de lo anterior, se justifican las observaciones realizadas por expertos en la materia que aseguran que las instituciones nacionales de derechos humanos no deben limitar su actuación a la atención de quejas, sino que deben ubicar a los grupos en situación de vulnerabilidad y sus necesidades clave para responder de manera proactiva.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, conocido como Comité DESC, ha mencionado en su Observación General #10 que para que se logre la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, los OPDH deben de desarrollar diferentes actividades, entre las que destacan:

3. [...] f) La vigilancia de la observancia de derechos específicos que se reconocen en el Pacto y la preparación de informes al respecto dirigidos a las autoridades públicas y a la sociedad civil; y g) El examen de las reclamaciones en que se aleguen violaciones de las normas aplicables en materia de derechos económicos, sociales y culturales dentro del Estado (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1998).

En resumen, los Organismos Públicos de Derechos Humanos, entre ellos la CDHDF, representan medios alternativos

para garantizar la protección de los derechos humanos en los Estados mediante la tutela de éstos, frente a violaciones individuales o colectivas, o por medio de la investigación de las violaciones estructurales de derechos humanos y la emisión de recomendaciones para subsanarlas. En este sentido, la responsabilidad que asigna la CDHDF puede ser de naturaleza individual u objetiva. En el primer caso, la Comisión señala, cuando es posible, al servidor público involucrado que directamente cometió una violación a derechos humanos. Aunque no establece por sí mismo una sanción contra la o el servidor público, el señalamiento que formula debe comprenderse como una sanción pública que lleve a las autoridades correspondientes a iniciar los procedimientos a que haya lugar. En cuanto a las violaciones estructurales, la Comisión del Distrito Federal determina responsabilidades de naturaleza objetiva que la o el funcionario responsable ha de subsanar más allá de su implicación directa.

Conclusiones

Un recuento más pormenorizado de la competencia, atribuciones y límites en la actuación de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal escapa por mucho del objetivo de este documento; sin embargo, es importante concluir con una breve reflexión sobre el papel de este organismo en nuestro país. Al respecto, Jorge Carpizo ha concluido que

Hoy en día, la institución del ombudsman [...] en México [es] parte integrante del orden constitucional; socialmente se han legitimado porque han servido a una mejor defensa y protección de los derechos humanos. Su existencia se contempla con naturalidad y no existen voces importantes que soliciten su desaparición, después del gran escepticismo que la institución despertó en [nuestro país] cuando fue creada. No obstante, parece ser que [nuestros] ombudsman [...] requieren, hoy en día, ser fortalecidos en todas las áreas, lo cual redundará en beneficios colectivos [...] Es necesario que [los] ombudsman tengan nuevo aliento, que refuercen su presencia social para que no se vaya a deteriorar su eficacia en la defensa y protección de los derechos humanos (2004: 30).

En línea con estos planteamientos, podemos afirmar que el camino para fortalecer la posición de la Comisión, en el contexto de los derechos y medios de protección de la persona, necesariamente pasa por un ejercicio reflexivo y

creativo que conduzca a la maximización de sus recursos y funciones, aquéllas de naturaleza cuasi jurisdiccional y no jurisdiccional.

En ese orden de ideas, no podemos dejar pasar por alto las nuevas atribuciones que por ley le permiten a la CDHDF investigar presuntas violaciones a derechos humanos en asuntos laborales, hechos que de alguna manera se habían estado trabajando, desde una diferente óptica, sin que ello implicara la transgresión a la norma imperante. Se concluye una vez más que el conocer y reconocer a la CDHDF es, en sí, un derecho humano.

Referencias

- Ackerman, J. M. (2006). "Autoridad descentralizada y desarrollo político: la dinámica institucional de la rendición de cuentas en México". En Isunza, E. y Olvera, A., *Democratización, rendición de cuentas y sociedad civil: participación ciudadana y control social*. México: Porrúa.
- Carbonell, M. (2011). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Porrúa.
- Carpizo, J. (2004). "Principales diferencias entre el ombudsman español y el mexicano". *Cuestiones Constitucionales*, 10.
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (2008). *Investigación de violaciones a derechos humanos. Presupuestos y manual de métodos y procedimientos*. México: CDHDF.
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (s/f). *Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*. Recuperado de <<http://www.cd hdf.org.mx>> (consultado el 23 de mayo de 2013).
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (s/f). *Reglamento Interno de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*. Recuperado de <<http://www.cd hdf.org.mx>> (consultado el 21 de mayo de 2013).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1998). Observación General núm. 10, La función de las instituciones de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, e/c.12/1998/25, aprobada el 14 de diciembre de 1998, Párrafos 1 y 3.
- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2004). Observación General núm. 31. Naturaleza de la Obligación Jurídica General Impuesta a los Estados Partes en el Pacto, documento CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2011). Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917, última reforma, Diario Oficial de la Federación, 11 de junio de 2011.
- Diario Oficial de la Federación (1990). Decreto por el que se crea la Comisión Nacional de Derechos Humanos como un Órgano Desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, 6 de junio de 1990.
- Fix-Zamudio, H. (2011). *Memoria del Quinto Congreso Anual de la Federación Iberoamericana de Ombudsmen*. México: CNDH.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (s/f). *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia*. Recuperado de <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/21.pdf>> (consultado el 23 de mayo de 2013).
- Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (s/f). *Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano*. Recuperado de <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>> (consultado el 23 de mayo de 2013).
- Organización de las Naciones Unidas (1993). Asamblea General. Principios Relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos (Principios de París). Resolución 1992/54 (Comisión de Derechos Humanos) y Resolución A/RES/48/134, 20 de diciembre de 1993 (Asamblea General). Recuperado de <http://ap.ohchr.org/documents/S/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-1994-54.doc>, <<http://daccess-dds-ny-un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/116/27/PDF/N9411627.pdf?OpenElement>> y <<http://daccess-dds-ny-un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/770/92/PDF/N9977092.pdf?OpenElement>> (consultado el 17 de mayo de 2013).
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) (2009). Acción de Inconstitucionalidad 49/2009. Recuperado de <<http://www2.scjn.gob.mx/red2/expedientes>> (consultado el 13 de junio de 2013).