

LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

- Problemas y perspectivas -



Asociación Pro Derechos Humanos

LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

- Problemas y perspectivas -

Coordinador:

Walter Fernando Vargas Díaz

Las reflexiones que contiene la presente obra colectiva han sido elaboradas por sus autores con base en sus aportes y reflexiones al III Congreso Peruano de Derechos Humanos realizado entre el 15 y el 17 de octubre de 2014, ocasión en la que se discutieron diversos problemas y perspectivas de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales; así como los recientes debates jurídicos sobre su protección a nivel nacional e internacional y la actualidad de la lucha por los derechos colectivos de los pueblos.

LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

- Problemas y perspectivas -



Asociación Pro Derechos Humanos

LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Problemas y perspectivas

Reflexiones del III Congreso Peruano de Derechos Humanos
Lima, 2014.

Coordinador: Walter Fernando Vargas Díaz

© Asociación Pro Derechos Humanos
Jr. Pachacútec 980, Jesús María, Lima.
Telf: 424-7057 / 431-0482 / 431-4837 / Fax: 431-0477
www.aprodeh.org.pe
postmaster@aprodeh.org.pe

Diseño e impresión:
Sonimágenes del Perú S.C.R.L
Av. 6 de Agosto 968, Jesús María, LIMA 11 – PERÚ
Teléfonos: 652 3444 / 332 3964

Corrección de estilo: Julio Cesar Valdivieso Alvarado

Tiraje: 1,000 ejemplares.

Descargue libremente esta publicación en: www.aprodeh.org.pe

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-18825

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	7
NOTA INTRODUCTORIA	8
<i>Walter Vargas Díaz</i>	
I. FUNDAMENTACIÓN	11
Derechos sociales: ¿De qué estamos hablando?	12
<i>Eduardo Cáceres Valdivia</i>	
II. ENFOQUES COMPARADOS	25
Los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional de América Latina	26
<i>César Landa Arroyo</i>	
Desigualdad y protesta social: una mirada crítica desde el Derecho	52
<i>Roberto Gargarella</i>	
El caso Sarayaku: una experiencia de litigio en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	65
<i>Mario Melo Cevallos</i>	
III. ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y NACIONALES	77
Una aproximación a los Derechos Económicos Sociales y Culturales desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	78
<i>Víctor Alberto Varillas Borja</i>	
Protección universal de los DESC y perspectivas de un tratado sobre derechos humanos y empresas	91
<i>Marco Antonio Huaco Palomino</i>	
El derecho al agua como derecho humano: estándares y perspectivas para su efectiva protección	104
<i>Elard Ricardo Bolaños Salazar</i>	
La exigibilidad de la dimensión social de los derechos civiles y políticos: A propósito de la doble dimensión del derecho a la libertad de expresión y el Caso 8 Periodistas vs. Grupo El Comercio	119
<i>Adán López Blanco</i>	

IV. DERECHOS LABORALES	133
Apuntes sobre la cuestión laboral en el Perú: una mirada al último cuarto de siglo	134
<i>Enrique Fernández-Maldonado Mujica</i>	
Neoliberalismo y derechos laborales en el Perú de inicios del siglo XXI	153
<i>Augusto Lostaunau Moscol</i>	
Exigibilidad jurídica de derechos laborales colectivos bajo el neoliberalismo	164
<i>Elmer Arce Ortiz</i>	
La imposibilidad de la negociación colectiva por rama de actividad con especial referencia a los trabajadores de las empresas MYPES	173
<i>David Camarena Calero</i>	
V. PUEBLOS INDÍGENAS Y MEDIO AMBIENTE	189
El derecho a la libre determinación de las comunidades o pueblos indígenas y el pluralismo jurídico	190
<i>Antonio Peña Jumpa</i>	
La propiedad comunal. Eficiencia vs. pluralismo jurídico y protección constitucional	211
<i>Abner Francisco Casallo Trauco</i>	
La humanidad del cambio climático	228
<i>Antonio Zambrano Allende</i>	
El sistema de justicia penal y el derecho a la protesta: El caso del proyecto minero Conga (Cajamarca, 2011 - 2012)	238
<i>José Saldaña Cuba</i>	
Los derechos de la naturaleza: un nuevo paradigma de protección frente a la crisis climática	250
<i>Mario Melo Cevallos</i>	
VI. ALGUNAS POLÍTICAS EN DEBATE	257
Derecho a la salud y reforma de sistema público de salud	258
<i>Alexandro Saco Valdivia</i>	
DESC, lesbofobia y Plan Nacional de Derechos Humanos en Perú: El caso de Pilar Fachín	262
<i>Estefanía Pomajambo Figueroa</i>	

PRESENTACIÓN

La presente obra colectiva es resultado de las reflexiones del III Congreso Peruano de Derechos Humanos realizado los días 15, 16 y 17 de octubre de 2014, cuyo objetivo central fue abordar los problemas y perspectivas de la exigibilidad de los derechos sociales; preocupación que si bien no es completamente nueva, ha adquirido una relevancia central en los tiempos actuales de exclusión. La problemática resulta aún más compleja a raíz de las nuevas dinámicas de poder que supone el despojo territorial por parte de proyectos de explotación y explotación de recursos naturales. En este contexto, reivindicaciones sociales emergentes se traducen en una exigencia firme de los derechos.

Una mirada a los derechos sociales o derechos económicos, sociales y culturales –en el lenguaje jurídico de los derechos humanos- supone dar cuenta de una concepción integral de los mismos y evaluar las garantías existentes para su realización. Los artículos que contiene esta publicación han sido preparados por sus autores con base en las conferencias realizadas bajo una doble modalidad: invitación directa y convocatoria pública. Por tanto, la selección temática es resultado de los problemas que concitaron el interés en los participantes, sin duda, dentro de un panorama aún más amplio y complejo.

Agradecemos a las instituciones que hicieron posible, junto a APRODEH, la realización del III Congreso Peruano de Derechos Humanos: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Escuela Académico Profesional de Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Taller de Derechos Humanos Alfredo Torero y Coalición Flamenca para la Cooperación Norte – Sur 11.11.11. Asimismo, ha sido grato haber recibido la colaboración de autores de amplia trayectoria profesional y aportes académicos de jóvenes investigadores que nutrieron el debate con la presentación de sus trabajos.

Nota Introductoria

Walter Vargas Díaz¹

En la teoría de los derechos humanos se han suscitado justificaciones acerca de la protección diferenciada de los derechos sociales, caracterizándolos como una categoría tardía de derechos humanos de difícil realización debido al carácter prestacional y programático de las obligaciones que importa, a diferencia de los derechos civiles y políticos. Incluso se reserva para los “derechos de solidaridad” un estatus de protección aún más débil de “tercera generación” por haber sido “descubiertos” en la segunda mitad del siglo XX². De este modo, la diferenciación de la protección jurídica estaría justificada en términos conceptuales e históricos.

Sin embargo, esta subvaloración de los derechos sociales, tal como ha sostenido Gerardo Pisarello, es arbitraria porque “los bienes que protegen (los derechos sociales) tienen que ver con la supervivencia y con el disfrute de las condiciones materiales que posibilitan el ejercicio real de la libertad o de la autonomía, la reivindicación de derechos sociales interesa potencialmente a todas las personas. Pero incumbe, de manera especial, a los miembros más desaventajados de la sociedad, cuyo acceso a los recursos en juego suele ser residual y, no pocas veces, inexistente”³. Una concepción subvalorada de los derechos sociales debilita las posibilidades de exigibilidad jurídica o acciones políticas orientadas a superar contextos de pobreza, exclusión y opresión.

A propósito del carácter lineal que presenta la división histórica en generaciones de derechos humanos; en países como el nuestro, la historia de los pueblos

1 Responsable del Área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Asociación Pro Derechos Humanos. Coordinador General del III Congreso Peruano de Derechos Humanos.

2 La explicación de la estructura de categorías de derechos humanos en generaciones es atribuida a Karel Vasak. Además, cuando se distingue los fundamentos de cada categoría de derechos de forma separada en valores como libertad, igualdad y solidaridad, se resta potencia a una justificación integral de cada derecho en cuestión.

3 PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Editorial Trotta. Madrid, 2007, pág. 11.

indígenas u originarios reportan luchas por sus derechos frente al despojo colonial mucho antes de la *Declaración de Virginia* o la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, referentes insoslayables de los derechos civiles y políticos. Si bien la especificación de estos derechos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es reciente, lo cierto es que no pueden ser fundamentados como derechos tardíos⁴.

Si bien la *Declaración de Viena* de 1993 ha precisado la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, es evidente que a pesar de la amplia gama de declaraciones y tratados internacionales que reconocen cada vez más derechos de grupos sociales desfavorecidos por el sistema, existe un alto déficit de implementación que dificulta su realización efectiva. En el Perú se dictó una nueva Constitución Política de origen antidemocrático –también en 1993– que, a contrapelo de la *Declaración de Viena*, reducía el reconocimiento de diversos derechos sociales –alimentación, vivienda, derechos laborales, entre otros– a la par que se instauraba un ciclo de políticas neoliberales que continúan hasta la actualidad.

El nivel de insatisfacción de derechos sociales ha desatado diversas tensiones y conflictos. La promesa neoliberal de prosperidad centrada en una política de expansión de industrias extractivas ha tenido serios reveses. No es casual que alrededor del 70% de los conflictos sociales en nuestro país tengan relación con esta problemática y que la protesta social sea practicada como una forma de exigibilidad de derechos que la institucionalidad estatal no ha garantizado. Algunos análisis actuales coinciden en sostener que el impacto de las inversiones en minería ha generado nuevos desbalances de poder que debilitan las garantías de los derechos humanos a favor de la rentabilidad minera y tienden a privatizar los derechos sociales por la vía de la responsabilidad social corporativa⁵.

4 En un prolijo esfuerzo por fundamentar las características de la tradición hispanoamericana de derechos humanos, Alejandro Rosillo ha sistematizado la teoría y praxis de Bartolomé de las Casas, Alonso de Veracruz y Vasco de Quiroga con base en la protección de los indígenas como primeras víctimas de la modernidad, en esta fundamentación la alteridad ocupa un lugar importante. Cfr. ROSILLO MARTINEZ, Alejandro. *"Derechos Humanos desde el pensamiento latinoamericano de la liberación"*. Tesis Doctoral. Doctorado en Estudios Avanzados de Derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid. Junio, 2011.

5 De Echave ha definido el impacto de la minería en la reorganización social como un nuevo modelo de gobierno minero. Cfr. DE ECHAVE, José. *"La Minería en el Sur Andino. Los casos de Cusco y Apurímac"*. CooperAcción, Red Muqui y Broederlijk Denle. Lima, 2014.

La publicación de las conferencias y ponencias del III Congreso Peruano de Derechos Humanos resulta fundamental para este debate, tanto en el ámbito académico como en su conexión con las dinámicas de las luchas sociales. La fundamentación de los derechos como garantías de sociabilidad referida por Eduardo Cáceres, los enfoques constitucionales que nos ofrecen César Landa y Roberto Gargarella⁶, las perspectivas de protección de derechos de los pueblos indígenas que comparten Mario Melo y Antonio Peña, y la agenda emergente de la protección de los DESC en relación a los impactos de las empresas de la que da cuenta Marco Huaco: nos ubican en una serie de aportes ante desafíos actuales en la realización de los derechos humanos. Asimismo, la cuestión de las políticas laborales y ambientales cobraron importancia en las mesas temáticas del III Congreso Peruano de Derechos Humanos, junto con las discusiones en torno a la protesta social, la libertad de expresión, el derecho a la salud y el Plan Nacional de Derechos Humanos. Sin duda, se trata asuntos cruciales que trascienden el mero interés académico, al indagar las posibilidades de una vida digna para nuestros pueblos.

6 El artículo *“Desigualdad y protesta social: una mirada crítica desde el Derecho”*, se basa en la conferencia pronunciada por Roberto Gargarella el 19 de junio de 2014 en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, el texto fue entregado por el autor para la presente edición ante la imposibilidad de participar directamente en el Congreso.

I. FUNDAMENTACIÓN

Derechos sociales: ¿De qué estamos hablando?

Eduardo Cáceres Valdivia¹

Los derechos pueden ser entendidos de diversas maneras: como ley, como valores o como dispositivos estratégicos. El que sean leyes, resultará de los procesos legítimos que llevan a su adopción en cuanto tales. El que sean reconocidos como valores, dependerá del lugar que ocupan al interior de tal o cual argumentación moral. El que operen como dispositivos estratégicos, resultará de la legitimidad social que tengan y de su capacidad de incidir en la modificación de las correlaciones de fuerza en una determinada sociedad.

Tanto al interior de cada una de estas dimensiones como en la interrelación entre ellas existen múltiples debates. Lejos de lesionar la universalidad de los derechos, la proliferación de argumentos y debates es una clara demostración que el asunto trasciende fronteras políticas, culturales y religiosas. De lo que se trata es de identificar y desarrollar aquella argumentación que resulte más plausible, es decir, más creíble en una determinada sociedad y en una determinada coyuntura histórica.

1. Una cuestión previa

En relación con los derechos sociales, hay una tarea previa, que es la de despejar algunos equívocos, particularmente el que los ubica como parte de una supuesta 'segunda generación' de los derechos. Esta caracterización de los derechos por generaciones arrastra un doble equívoco. Primero, es el suponer que los derechos sociales aparecieron después de los civiles y políticos ('primera generación'). Segundo, es el deslizar la idea que se trata de derechos 'segunda-

¹ Estudios de Maestría en Filosofía en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex director ejecutivo de APRODEH (2002 – 2004). Ha realizado investigaciones y publicaciones sobre derechos humanos, pensamiento político peruano, movimientos sociales y DESC.

rios' frente a los 'primarios'. Más aún cuando, a esta clasificación de los derechos por generaciones, se suma el atribuir a unos el ser inmediatamente exigibles (estos serían los de primera generación, es decir, los civiles y políticos) mientras que a otros se les atribuye el ser 'programáticos', es decir inspiracionales, pero no exigibles ya, aquí y ahora.

El asunto de las generaciones apareció en la década de 1970 en algunos organismos de Naciones Unidas vinculadas con el tema de los derechos humanos, al abrirse la discusión sobre derechos que iban más allá de los enunciados en la Declaración Universal.² Ciertamente, la bifurcación del tránsito de la Declaración al Pacto, que debió ser uno, facilitó este malentendido. Décadas después, la Declaración de Viena (1993) trató de revertir la confusión afirmando que los Derechos Humanos son no solo *universales*, sino también *indivisibles e interdependientes*.

La confusión mencionada está vinculada con una versión de la historia de la ciudadanía moderna que identifica tres momentos en su desarrollo.³ Un primer momento es en el que se conquistó la ciudadanía a secas, los derechos civiles. Luego, es una fase caracterizada por la conquista y ejercicio de la ciudadanía política, en particular el derecho al voto. Por último, es la época de los derechos económicos y sociales. Esta versión es contradicha por múltiples ejemplos de la historia europea, más aún por la historia de los derechos en otras regiones del mundo. En Inglaterra, por ejemplo, la lucha y conquista del derecho al voto está íntimamente unida a la lucha por los derechos sociales. Fueron los embrionarios, pero poderosos, sindicatos de los trabajadores de la revolución industrial los que formularon la famosa Carta que dio nombre a su movimiento (los *Cartistas*). En la Alemania de Bismarck, los derechos sociales llegaron antes que los derechos políticos. Más variada aún es la historia de los derechos en los países nórdicos (Noruega y Suecia en particular).

2 Eide, Asbjorn: 'Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights', en: Eide, Asbjorn; Krause, Catarina; Rosas, Allan: *Economic, Social and Cultural Rights*. Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht. 1995, pp. 21-40.

3 Marshall, T H. *Citizenship and Social Class and Other Essays*. Cambridge. University Press, 1950.

2. Hablando de derechos

‘Derechos’ es una palabra que suena en oídos muy diversos, una palabra significativa en diversos contextos. Cuando decimos algo acerca de algún derecho, estamos profiriendo palabras que suenan en los oídos de quienes nos escuchan en la medida que aluden a algo significativo para ellas y nosotros.

En la segunda mitad del siglo XX, desde diversas perspectivas, se insistió en resaltar la condición eminentemente lingüística del ser humano. Esto no es nuevo, ya Aristóteles había afirmado que el ser humano es el animal que tiene el habla.⁴ Los contemporáneos fueron más allá. Se afirmó, por ejemplo, que el pensamiento está estructurado como lenguaje, que es el lenguaje el que estructura la realidad y no al revés, que los problemas más radicales de la existencia y el pensamiento humano son problemas en el terreno del lenguaje, y que muchas veces no son sino usos equivocados del lenguaje. Esto ha sido denominado el ‘giro lingüístico’ y ha marcado numerosas discusiones contemporáneas. A este ‘giro’ se remiten, por ejemplo, diversas corrientes de pensamiento, denominadas ‘posmodernas’, que reducen teorías y doctrinas a relatos en lo fundamental equivalentes entre sí. La conclusión es un radical escepticismo frente a la posibilidad de establecer alguna certeza en relación con la realidad del mundo y en un relativismo extremo en el terreno de la moral.

Otro desarrollo posible del llamado ‘giro lingüístico’ pasa por afirmar que el carácter eminentemente social del lenguaje (no existen lenguajes ‘privados’) no pone en cuestión la existencia de un mundo más allá del lenguaje, sino que simplemente afirma que nuestro acceso a él está siempre mediado por construcciones sociales, y que tales construcciones sociales pueden ser o no verificadas por diversas formas de la práctica humana. Asumir esta perspectiva nos permite esclarecer que el sentido mismo del término ‘derechos’, y sus diversos usos cotidianos, conlleva una dimensión social de los derechos que es previa a la apelación de un conjunto específico de tales como ‘derechos sociales’.

Existe el lenguaje porque existimos en sociedad, porque tenemos que interactuar a diversos niveles y requerimos nombrar el mundo y nombrarnos mutuamente. Y al nombrar, calificar, valorar, etc., lo que hacemos es configurar de de-

4 Aristóteles. *Política*. 1253 a 10. Editorial Gredos. Madrid. 1988, p. 51.

terminada manera el mundo circundante, el mundo intersubjetivo. En el mero uso del lenguaje, ejercemos una forma de 'dominio' sobre el mundo circundante. En diversos relatos protohistóricos, la Biblia, en primer lugar, muestra que el que ' nombra' algo, lo 'posee'. Usar el lenguaje establece una suerte de derecho primigenio. El que habla, por tanto, es de alguna forma un sujeto de derechos. Apuntaba a algo muy profundo y fundamental Aristóteles cuando afirmaba que el hombre es el animal que tiene el habla. La comunicación interpersonal es, por tanto, un evento en el que nos reconocemos mutuamente como sujetos de derechos, en tanto ambos, a través del habla, podemos afirmar nuestro dominio sobre el mundo circundante. Es cierto que puede haber eventos comunicativos extremadamente asimétricos, pero incluso en estos casos 'algo' de igualdad tiene que suponerse. Algo en común tienen el poderoso Faraón y el vocero de los esclavos, algo que permitirá que se abra una dialéctica de conflicto que culminará con un evento liberador.

Hablar, nombrar o apelar son diversas formas de denotar el primer y fundamental derecho. Una vieja definición de lo que es un derecho –'aquello que es atribuido a alguien por el simple hecho de ser alguien'– permite entender mejor esto. En la medida que el ser humano es simplemente el animal hablante, tiene el derecho a hablar como algo inherente. Y hablar no es emitir sonidos sin ton ni son, hablar es nombrar el mundo circundante y apelar de una u otra manera a sus semejantes. Este derecho a nombrar y apelar es, como el lenguaje, eminentemente social. Supone la sociedad, no solo en tanto el lenguaje es un producto social, también en tanto el lenguaje produce sociedad, crea y recrea relaciones sociales. Antes de identificar una sección de 'derechos sociales' al interior de los derechos en general, hay que afirmar el carácter social de cualquier derecho.

De esto eran plenamente conscientes los autores de las primeras formulaciones modernas de la doctrina de los derechos fundamentales. Por ejemplo, John Locke, figura paradigmática del liberalismo clásico.

Al fundamentar y explicar, en su *Segundo Tratado*, el asunto de la propiedad, Locke no solo desarrolló una teoría que vincula propiedad (particularmente de la tierra) al trabajo directo (asunto que es habitualmente olvidado por sus seguidores contemporáneos), sino que estableció un límite o cláusula (*the Lockean proviso*) por la cual el derecho de los individuos a la propiedad privada de

su hacienda, tomada de la naturaleza a través de su trabajo, solo es legítimo '[...] al menos donde hay suficiente, y de igual calidad, dejada en común para los otros'.⁵

En cualquiera de las versiones que se quiera dar de lo que es un derecho está supuesta la idea de sociedad. En 1913, un célebre jurista norteamericano, Wesley Hohfeld, elaboró una tipología de los diversos significados del término 'derecho'.⁶ El núcleo de su análisis es el establecimiento de una matriz que correlaciona los diversos usos del término entre sí y con el término *obligación*. Así, tener un derecho es, en algunos casos, tener un *reclamo* frente a alguien, quien, a su vez, tiene una *obligación*. En otros casos, tener un derecho es tener un *privilegio* sobre algo o una *inmunidad* frente a alguien. No es el caso entrar en el detalle de este análisis. Lo fundamental del mismo es la comprensión de los derechos como un tramado de relaciones sociales. La suma de tales relaciones es la que permite establecer el nivel de libertad que tienen los individuos en dicha sociedad.

Ciertamente hay otras formas de relacionarse en una sociedad. Esta 'forma-de-derechos' es propia de una sociedad que valora, a la vez, la autonomía de sus integrantes y la universalidad de sus relaciones. Es decir, la posibilidad de que cada uno pueda relacionarse con cualquier otro. Otras formas de relación, marcadas por la jerarquía, restringen tanto la autonomía como el ámbito en el cual cada uno puede relacionarse con otros. En una sociedad de castas, por ejemplo, no solo están restringidas las relaciones posibles de acuerdo a la pertenencia a una u otra casta, sino que también al interior de esta las relaciones son asimétricas (particularmente para las mujeres).

5 "Nor was this appropriation of any parcel of land, by improving it, any prejudice to any other man, since there was still enough and as good left, and more than the yet unprovided could use. So that, in effect, there was never the less left for others because of his enclosure for himself. For he that leaves as much as another can make use of does as good as take nothing at all. Nobody could think himself injured by the drinking of another man, though he took a good draught, who had a whole river of the same water left him to quench his thirst. And the case of land and water, where there is enough of both, is perfectly the same." Locke, John: *Second Treatise of Government*, Londres, 1690. Chapter V, paragraph 33. La versión original está disponible en: <https://www.gutenberg.org/files/7370/7370-h/7370-h.htm>

6 Hohfeld, Wesley Newcomb: *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 Yale Law Journal 16 (1913).

3. Los derechos como garantías de la sociabilidad

Entendidos los derechos como relaciones sociales, es fácil deducir que estos, a la vez que garantizan la autonomía de los individuos, deben garantizar las condiciones de existencia de la sociedad misma. Si se analiza cada uno de los derechos civiles primigenios, se llega a la conclusión que los derechos suponen un tipo definido de sociabilidad, un conjunto de arreglos sociales complejos que de ninguna manera son ‘espontáneos’ como suponen algunos liberales simplistas.

El derecho a un juicio justo supone leyes, jueces y fiscales, etc. Es un ‘derecho social’ según James Madison, uno de los ‘padres fundadores’ de los Estados Unidos. En ese sentido, ningún derecho es previo al contrato social. En el ‘estado de naturaleza’, las relaciones entre los individuos se rigen por sentimientos y no por derechos. Solo con el contrato social los derechos se explicitan y reconocen como derechos naturales, es decir, previos al contrato mismo. Aquí, ‘naturales’ hay que entenderlo como propios de la naturaleza humana en las condiciones concretas de la sociedad moderna. La naturaleza, en particular la naturaleza humana, es histórica. Que los derechos humanos son ‘naturales’ significa, en esta interpretación, que corresponden de la naturaleza humana tal cual está configurada al momento de su enunciación. Aquí, *momento* no refiere a coyuntura sino a época. Los derechos son relaciones sociales condensadas, objetivadas y positivadas –como dirían los juristas– que resultan de la historia humana.

Las distintas versiones del *contrato social* buscan responder a la cuestión –fundamental en la política– de cómo reconciliar la libertad humana con las restricciones que significan el vivir en una sociedad compleja, sociedad caracterizada por la división del trabajo y la autonomía –al menos relativa– de sus diversas esferas. La diferenciación de funciones y roles en este tipo de sociedad normalmente deviene en desigualdad, en relación a los retornos que ofrecen las diversas posiciones. Esto lo vio Rousseau en su momento y está en el centro del análisis de Marx de la sociedad moderna. No es casual, por tanto, que las sociedades modernas, sociedades de la división del trabajo y de la propiedad privada, estén permanentemente en riesgo.

¿Cómo evitar la fractura, el retorno a la situación de ‘guerra de todos contra todos’? La *forma-derechos* de sociabilidad ofrece una respuesta, alternativa

a la de tener que constituir un *dios mortal*, el *Leviatán* de Hobbes. La *forma-derechos* interconecta a sujetos autónomos en un equilibrio que nunca es definitivo pero que tiene la posibilidad de reconstituirse permanentemente. Un equilibrio precario que define la condición humana moderna como ‘insociable sociabilidad’, en genial fórmula de Kant.⁷

4. Las lecciones de la historia contemporánea

Cuando comienzan a colapsar los derechos sociales, se pone en riesgo la sociabilidad en su conjunto y por tanto todos los derechos. Con ello, se pone en riesgo la condición humana misma. El siglo XX –y lo que va del XXI– está lleno de ejemplos que corroboran esta tesis. Desde el nazi-fascismo de la primera mitad de dicho siglo hasta las crisis y genocidios en la ex Yugoslavia y en África Central. Tal como lo señaló Franklin D. Roosevelt, en su discurso sobre el estado de la Unión en enero de 1944, “Hemos llegado a la clara convicción de que la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad económica e independencia. Hombres en necesidad no son hombres libres. Gente con hambre y sin trabajo son la materia prima con la que se hacen las dictaduras”.

Argumentos similares se esgrimieron en los trabajos preparatorios de la Declaración Universal. Es de notar la destacada participación de juristas latinoamericanos en este proceso, entre otros, el chileno Hernán Santa Cruz, uno de los 18 miembros de la Comisión de Derechos Humanos, que a partir de inicios de 1947 preparó el texto definitivo. Santa Cruz afirmó: “Para gozar de las libertades fundamentales, las personas tienen que estar protegidas biológica y económicamente de la inseguridad social”.

Testimonio irrefutable de que no se requiere ser socialista para afirmar la centralidad de los derechos económicos y sociales para garantizar el conjunto de las libertades y derechos humanos es esta visión que se plasmó en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), documento en el cual los derechos se enuncian uno tras otro, sin capítulos o divisiones que separen los civiles y políticos de los económicos, sociales y culturales.

7 Kant, Immanuel: *Idea de una historia universal enclave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*. Tecnos. Madrid. 1994, p. 5.

Dentro del liberalismo clásico se suele identificar como ‘liberalismo social’ a la corriente que afirma que el derecho a la libertad de coerción supone un contexto social en el que esa libertad es significativa, es decir, un contexto social en el que existan condiciones equitativas de acceso a determinados bienes básicos. Esto supone la intervención del gobierno en función de una visión de justicia que garantice el acceso de todos a educación, salud, trabajo y seguridad social. La propuesta de un ‘salario mínimo garantizado’ encuentra sus antecedentes en propuestas que se discutieron tanto en la Asamblea como en la Convención de la Revolución Francesa, así como en propuestas de Thomas Paine (1737-1809), otro de los fundadores de los Estados Unidos.

Contra lo que podría pensarse simplistamente, la crítica conservadora frente a las revoluciones modernas no carecía de un discurso de derechos. Edmund Burke (1729-1797), británico y agudo crítico de la Revolución Francesa, afirmaba que: “Si la sociedad civil se ha creado para el avance del hombre, todas los avances que ha efectuado llegan a ser su derecho [...]. Lo que sea que un hombre puede hacer por sí mismo sin causar perjuicio a los demás él tiene derecho a hacer por sí mismo; y tiene derecho a una porción justa de todo lo que la sociedad, con todas sus combinaciones de habilidades y fuerzas, puede hacer en su favor. En esta sociedad todos los hombres tienen iguales derechos.”⁸

5. Del ‘nosotros’ a los ‘otros’

En las principales corrientes de la tradición liberal, la argumentación en torno a los derechos suele ser una argumentación en primera persona. El sujeto de los derechos en torno a los cuales se discute es el ‘yo’ o en todo caso el ‘nosotros’. Esta atribución no es casual. Es compartida por otros campos dentro del horizonte de la modernidad. La célebre frase cartesiana ‘pienso, luego existo’⁹ establece las condiciones en las cuales se desarrollará en los siglos posteriores la reflexión filosófica en diversos campos. ‘Nosotros, el pueblo...’¹⁰ es la fórmula que denota al sujeto de la Constitución de los Estados Unidos (1787). Sucede

8 Burke, Edmund (1790). *Reflections on the Revolution in France, And on the Proceedings in Certain Societies in London Relative to that Event. In a Letter Intended to Have Been Sent to a Gentleman in Paris*. Se encuentra accesible en: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k111218p.r=.langEN>

9 Descartes, René: *Méditations Métaphysiques*. Flammarion. Paris. 1979.

10 El texto completo de la Constitución se encuentra accesible en: <http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>

lo mismo con otras declaraciones, constituciones o textos doctrinales. Si bien los derechos suelen ser considerados como 'naturales' (es decir inherentes a la condición humana), hay un 'nosotros' que los reconoce y los garantiza. Desde sus orígenes, esta fundamentación de los derechos en primera persona (yo/no-sotros) chocó con un desafío. ¿Qué pasa con los 'otros', con los que están fuera del acuerdo originario del contrato social que fundamenta nuestra comunidad política?

Más allá de las discusiones –que fueron escasas, particularmente en el campo anglosajón– la respuesta práctica fue claramente excluyente. Mientras escribía acerca de los derechos, la tolerancia y otras virtudes cívicas, John Locke se ganaba la vida como secretario de los Lores Propietarios de Virginia, promotores de las plantaciones abastecidas de trabajadores esclavos. Posteriormente, fueron los propietarios de esas plantaciones, entre los que destaca Jefferson, los que proclamaron 'su' independencia del Reino de Gran Bretaña en 1776.

No les fue mejor a los 'otros' bajo la Revolución Francesa. La Asamblea Nacional se negó sistemáticamente a abolir la esclavitud en las colonias. Cuando la Convención Nacional, dominada por los jacobinos, lo hizo (1794), no tuvo la menor capacidad de implementar tal decisión. Con la restauración napoleónica (1799 en adelante), el imperio colonial francés –y el esclavismo como su soporte– se expandió como nunca antes.

El 'nosotros' excluyente de los titulares de derechos se mantuvo vivo hasta el siglo XX. La abolición de la esclavitud en Estados Unidos (1863) tuvo como costo una larga y sangrienta guerra civil (1861-1865). A pesar de ello, sus secuelas de exclusiones y segregación llegaron intactas hasta la segunda mitad del siglo XX. Los derechos civiles y políticos de las mujeres comenzaron a ser reconocidos a inicios del siglo pasado y no terminan de extenderse por todo el planeta. Y podría añadirse una larga lista de pueblos y colectividades que carecen de los reconocimientos básicos.

El 'nosotros' excluyente no es resultado de un error o descuido. Resulta de la argumentación liberal que se reseñó en párrafos anteriores. El nosotros que enuncia los derechos está marcado por su origen, por el hecho de denotar a quienes comparten las características propias de la condición humana 'moderna': 'uso de la razón', 'autonomía', 'individuación', etc.

Otra vía de argumentación de los derechos es la que se inaugura en España, en pleno siglo XVI, en el marco de la llamada Escuela de Salamanca. Se trata de pensadores, teólogos la mayoría de ellos, que inauguraron una vía propia de encarar los temas centrales de la modernidad, no solo en el campo de la filosofía, también en el terreno de la ciencia y la economía. Sus aportes han sido sistemáticamente olvidados, por un lado, por su raíz teológica y católica, en tiempos en los que el protestantismo de la Europa del norte marcaba la pauta del pensamiento moderno; y por otro lado, en tanto sus tesis más avanzadas fueron derrotadas al interior de la misma España a manos de las tendencias ideológicas y políticas más conservadoras.

Frente al determinismo de Lutero y sus seguidores, salmantinos como el jesuita Prudencio de Montemayor y el agustino fray Luis de León hablaron a favor de la libertad humana, del libre albedrío humano, como factor concurrente – junto con la gracia divina – en la salvación del individuo. En el terreno político, afirmaron que el poder no reside en el gobernante sino en los gobernados, sentando las bases de la doctrina de la soberanía popular. Francisco Suárez, en su *Defensio fidei*, afirmaba que todo poder viene de Dios y reside en el pueblo, y que este, mediante un acto libre de la voluntad, lo transfiere al soberano. Por encima del soberano, está la ley natural que trasciende a los ordenamientos legales particulares. Esta ley natural está ahí, en la naturaleza misma. Es anterior a la razón e incluso a la revelación.

Los salmantinos no inventaron el Derecho Natural, pero sí lo reformularon de manera significativa. Al ser inherente a la naturaleza, todo aquello que exista según el orden natural se rige por este derecho. Se sigue de esto que, dado que todos los hombres comparten la misma naturaleza, comparten también los mismos derechos. Para ser justo, no se requiere ser cristiano. Esto, que ya lo había afirmado claramente Santo Tomás de Aquino, se convirtió en un poderoso argumento en pro del reconocimiento de la igualdad de los ‘otros’, frente a la visión dominante en Europa que los indios de América eran ‘menores de edad’ o incapaces, necesitados de tutela (es decir, ser tratados como menores o siervos). La visión, que emanaba de la escuela de Salamanca, los consideraba como sujetos de derechos, incluyendo en esto su derecho a la propiedad de sus tierras. En síntesis, el argumento tomista afirmaba que no se podía quitar al hombre sus atributos naturales, de derecho político, de propiedad y de determinación cultural. Ni siquiera el pecado original invalidaba los derechos del hombre.

Estos argumentos no corrieron solos ni con plena coherencia. En sus principales representantes se pueden hallar regresiones y contradicciones, pero ciertamente inspiraron debates y leyes que, contribuyeron en algo a impedir que los pueblos originarios de Iberoamérica fuesen exterminados como sí sucedió en otras latitudes. Al final, la transacción dio origen al régimen colonial de las dos repúblicas: la de españoles y la de indios, cada una con instituciones y reconocimientos específicos de derechos. Hay quien encuentra en las primeras leyes tuitivas de la corona española hacia las poblaciones indígenas el antecedente más remoto de las leyes laborales del siglo XX.

Lo que nos puede quedar como lección de los desarrollos aportados por la escuela de Salamanca, es la posibilidad de construir, a partir de una visión universalista, argumentos a favor del reconocimiento de la diversidad y el pluralismo, cuestión decisiva del presente y de los tiempos por venir.

Bibliografía

ARISTÓTELES. *Política*. Editorial Gredos. Madrid, 1988.

BURKE, Edmund. *Reflections on the Revolution in France, And on the Proceedings in Certain Societies in London Relative to that Event. In a Letter Intended to Have Been Sent to a Gentleman in Paris*. 1790. Accesible en: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k111218p.r=.langEN>

DESCARTES, René. *Méditations Metaphysiques*. Flammarion. Paris. 1979.

EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. *Economic, Social and Cultural Rights*. Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht. 1995.

MARSHALL, T H. *Citizenship and Social Class and Other Essays*. Cambridge. University Press, 1950.

LOCKE, John. *Second Treatise of Government*, Londres, 1690. Accesible: <https://www.gutenberg.org/files/7370/7370-h/7370-h.htm>

HOHFELD, Wesley Newcomb. *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 Yale Law Journal 16. 1913.

KANT, Immanuel. *Idea de una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*. Tecnos. Madrid. 1994.

II. ENFOQUES COMPARADOS

Los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional de América Latina

César Landa¹

Desde finales del siglo XX, la historia política y social en América Latina se ha caracterizado por la despolitización y *desparlamentarización* de los asuntos de interés público y, simultáneamente, por la *economización* del interés general. Este proceso ha conducido a la transferencia de la economía pública a los grupos privados y las cargas públicas a los ciudadanos².

No obstante, el constante crecimiento económico de la región, debido en buena medida al largo período de la subida de los precios de los recursos naturales renovables y no renovables, que es la fuente principal de la riqueza, en algunos países, ha generado un incremento permanente del Producto Bruto Interno, pero también inestabilidad social y económica, dado la falta de redistribución de dicha riqueza.

Por este motivo, desde hace unas décadas, en América Latina, han surgido, por un lado, los nuevos gobiernos de Bolivia, Ecuador y Venezuela, que cuestionan el clásico modelo económico y político internacional, con base en un presidencialismo caudillista y, por otro lado, los gobiernos de Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay, que buscan conciliar sus programas nacionalistas con los estándares internacionales, sin resolver sus históricos problemas de desigualdad social. Mientras que países como México, Colombia, Perú y Chile, se han allanado ideológicamente al nuevo modelo económico, generando convulsiones sociales como el desempleo, a partir de las privatizaciones y la flexibilización laboral, y, en el caso de los tres primeros, con el incremento del narcotráfico, asociado en algunos casos con organizaciones terroristas.

- 1 Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- 2 De Vega, Pedro. "Neoliberalismo y Estado". En: *Pensamiento Constitucional* Año IV, N.º 4. Lima: Fondo Editorial - Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, pp. 31-36.

El afianzamiento y desarrollo de este modelo de Estado Constitucional constituye un desafío común para la región latinoamericana, que ha estado caracterizada por históricos problemas de inestabilidad jurídica y política, y por la necesidad de llevar a cabo reformas estructurales que democratizen el poder y distribuyan equitativamente la riqueza entre todos los ciudadanos³.

1. Constitucionalización de los derechos sociales

La recepción del Estado Social en América Latina data de comienzos del siglo XX, cuando la cuestión social se hace lugar en el Estado liberal y su Constitución nominal, para transformarlos en un Estado de bienestar con su constitucionalismo social. Este proceso se llevó a cabo mediante revoluciones, como la mexicana de 1911 y su Constitución de Querétaro, hasta reformas constitucionales parciales o totales, como la Constitución del Uruguay de 1917, del Perú de 1920 o del Brasil de 1934.

Todo ello fue de la mano del ascenso del caudillismo reformista que canalizó los procesos sociales desde el Estado, mediante gobiernos surgidos de elecciones democráticas, como el de Irigoyen en Argentina en 1928 y, posteriormente, el de Perón en 1946 y 1951; el del Gral. Ibañez en Chile de 1927 a 1931 y 1952 a 1958, o el de los Battle en Uruguay, el primero de 1903 a 1907 y de 1911 a 1915, y, el segundo, de 1947 a 1951. Pero, también el populismo se implementó por gobiernos de facto, como el del Gral. Pérez Jiménez en Venezuela de 1952 a 1958, o insurreccionales, como la llamada revolución del MNR en Bolivia de 1952 a 1964⁴.

En esa línea reformista, desde finales del siglo XX, se han producido reformas constitucionales en México y Argentina, así como, también, se han promulgado nuevas constituciones mediante procesos constituyentes en Brasil, Chile y Perú, o se han aprobado por referéndum popular constituciones con un nuevo modelo político y económico en Venezuela, Ecuador y Bolivia⁵. En casi todas

3 Landa, César. "La vigencia de la Constitución en América Latina". En: Landa, César y Julio Faúndez. *Desafíos constitucionales contemporáneos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 1996, pp. 13-23.

4 Landa, César. *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina*. Lima: PUCP – Fondo Editorial, 1994, pp. 9 ss.

5 Negretto, Gabriel. "Paradojas de la reforma constitucional en América Latina". En:

estas constituciones presidencialistas se han incorporado o profundizado los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), así como también se han creado tribunales, cortes constitucionales o salas constitucionales, o concentrado las competencias constitucionales en las cortes supremas, para tutelar los derechos fundamentales y controlar los excesos del poder.

En ese proceso, ha surgido el denominado neo constitucionalismo andino –básicamente en Venezuela, Ecuador y Bolivia– como una forma distinta de concebir a la justicia constitucional, caracterizada por buscar superar el conflicto entre el principio democrático, del cual emana la legitimidad de las nuevas asambleas o congresos, con el principio de supremacía constitucional. Por cuanto, la legitimidad de los jueces constitucionales no es suficiente para convertirse en árbitros que decidan las cuestiones centrales en estos países que atraviesan procesos políticos de refundación del Estado.

No obstante, se formulan también críticas acerca de que se pueda estar construyendo jurídicamente un modelo de Estado y sociedad andino, pero, a la vez, medrando los valores y principios de la democracia, sin los cuales el constitucionalismo queda reducido a una fórmula vacía⁶.

Por ello, cabe señalar que, en líneas generales, en América Latina, se observan distintas realidades y desafíos a los derechos sociales incorporados en la Constitución y al rol de los jueces en la protección de los DESC en la región. Esto es a raíz de la reformulación autoritaria de instituciones de la democracia representativa (Venezuela, Bolivia y Ecuador); así como en función de la mayor estabilidad institucional, pero con problemas de falta de transparencia gubernamental y corrupción (Brasil, Argentina, Chile); o menor institucionalidad y falta de autonomía frente a los poderes privados (Perú y Colombia).

Estas experiencias están vinculadas con la implementación de modelos políticos y económicos (desde un horizonte neoliberal hasta uno alternativo u otro

<<http://www.journalofdemocracyenespanol.cl/pdf/hegretto.pdf>> (Visitado en enero de 2010); asimismo, Cameron, Maxwell. "Reforma constitucional en América Latina en la actualidad". En: <https://www.arts.ubc.ca/fileadmin/template/main/images/departments/poli_sci/Faculty/cameron/maxwell_a_cameron.pdf> (Visitado en enero de 2010).

6 Andrade, Pedro – Olano, Aldo. *Constitucionalismo autoritario: los regímenes contemporáneos en la región Andina*. Quito: Corporación Editora Nacional – Centro Andino de Estudios Internacionales Universidad Andina Simón Bolívar, 2005, p. 198.

liberal social) con mayores o menores grado de soberanía nacional, que impactan sobre la Constitución y llegan a colocar a los derechos económicos, sociales y culturales en el centro del debate económico, jurídico y político.

No obstante, solo a finales del siglo XX, luego de la caída de las dictaduras militares, y a comienzos del siglo XXI, con el restablecimiento de la democracia, Latinoamérica ha comenzado a dar respuestas a dichos desafíos dentro de procesos constituyentes democráticos, que en particular incorporan a la justicia constitucional para resolver procesos de amparo ante la violación de los derechos fundamentales y declarar si las normas legales son constitucionales, a través de los procesos de inconstitucionalidad.

Estos procesos constitucionales, por su naturaleza en última instancia jurídica y política, se constituyen en uno de los indicadores de la afirmación o debilitamiento de los derechos sociales propios del Estado Social de Derecho en América Latina, sobre todo ante la necesidad de luchar constitucionalmente contra la pobreza y la desigualdad social⁷, antes que las normas legales del Congreso y del Poder Ejecutivo, que ahora pueden ser materia precisamente de control por una sentencia judicial.

Pero debido a la impronta positivista del Derecho, se ha concebido tradicionalmente que los derechos sociales son normas programáticas o intereses legítimos antes que derechos subjetivos, en la medida que la noción de derechos constitucionales se reducía aquellos que el Poder Judicial podía restituir al haber sido violados, como los derechos de libertad, en la medida que, en ese entonces, se negaba que los derechos pudieran ser entendidos como derechos prestacionales, sino solo reparadores o restitutivos. Es decir, que el Estado o un particular no estaban obligados a brindar tutela o una satisfacción concreta de carácter económico y/o social.

Sin embargo, modernamente, se concibe que todos los derechos fundamentales –civiles, políticos y sociales– consagrados en la Constitución constituyan derechos subjetivos, y, por tanto, gozan de la fuerza normativa proveniente

7 Alexy, Robert. "Derechos sociales fundamentales", en Carbonell, Miguel et. al. *Derechos sociales y derechos de las minorías*. México: UNAM – IIJ, 2000, p. 80; asimismo, revisar a Grandez Castro, Pedro (editor). *El Derecho frente a la pobreza. Los desafíos éticos del constitucionalismo de los derechos*. Lima: Palestra, 2011, pp. 307.

de su configuración más general o específica, establecida por el propio poder constituyente en el texto constitucional, lo cual las hace de obligatorio cumplimiento para el Estado⁸.

Ahora bien, la eficacia en el cumplimiento de los mismos plantea dos cuestiones:

La primera, si bien todo derecho subjetivo es exigible de protección por parte del Estado y subsidiariamente, es oponible frente a terceros particulares. En el caso de los derechos fundamentales civiles y políticos, la exigibilidad de su tutela judicial es directa e inmediata, sin mediar norma legal previa, mientras que, en el caso de los derechos fundamentales sociales, su exigibilidad requeriría de una norma legal complementaria o intermedia, que precise los alcances secundarios del mismo.

La segunda, en el caso que la Constitución prevea un derecho social o económico, pero que no ha sido desarrollado por el legislador, se discute si el juez puede llenar esa laguna o vacío de la norma. Al respecto, se ha señalado que la pretensión constitucional de los derechos sociales es tan general que no pueden deducirse pretensiones jurídicas concretas por vía de la interpretación judicial, sino, más bien, se dirigen a la aplicación inmediata del legislador y subsecuentemente de la administración pública⁹.

Sin embargo, cabe señalar, que los derechos fundamentales no pueden ser manipulados. Unos son derechos fundamentales de libertad jurídica y judicialmente exigibles y, otros, son derechos fundamentales sociales reducidos a un deber de las políticas públicas del Estado, de discutible estructura normativa, pero de imposible exigibilidad judicial¹⁰.

En ese sentido, los tribunales constitucionales han empezado a dar un impulso sustantivo y procesal a la tutela de los derechos fundamentales sociales, sobre

8 Abramovich, Víctor y Courtis Christian. "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales". En Roberto Gargarella (coordinador) *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Tomo II. *Derechos*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 2009, p.977.

9 Böckenförde, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 76-78.

10 Pisarello, Gerardo y De cabo, Antonio. «¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces y ciudadanos». En Miguel Ángel Aparicio (coordinador). *Derechos constitucionales y formas políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico*. Barcelona: CEDE- CS Editorial, 2001. pp. 219 y ss.

todo a través de los procesos de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes, a fin de tutelar los clásicos derechos sociales, como el trabajo y la seguridad social, como nuevos derechos sociales a la salud, educación y vivienda.

2. Judicialización de los derechos sociales

Uno de los temas más polémicos en el debate sobre los derechos fundamentales en América Latina es el tema de la exigibilidad de los derechos sociales y el papel del Poder Judicial y/o Tribunal Constitucional en el cumplimiento de estos derechos. Por cuanto, ante el vacío o deficiencia de la norma legal en relación a los mandatos constitucionales, los jueces formados en una tradición jurídica del derecho románico-germánico –*civil law*–, en virtud del cual la ley crea el derecho, se plantean dudas razonables, como las siguientes:

Primero, acerca de la exigibilidad de principios o derechos, que por lo general no contienen una regla de derecho específica, líquida y concreta, sino un mandamiento abierto a ser interpretado, ¿cómo determinar cuál es la regla jurídica a aplicar, si los métodos de interpretación de la ley –gramatical, histórico, sistemático y teleológico– resultan insuficientes, debido a que no hay una mandato jurídico del legislador que revelar?

Segundo, si la tradicional labor judicial es impartir justicia con base en la ley entre particulares sobre derechos privados, ante un vacío o deficiencia de la norma legal, ¿la tarea interpretativa del juez se transforma en una tarea de un juez-legislador, que suple o corrige, con una sentencia, materias reservadas a ser reguladas por la ley, con la finalidad de delimitar y dar eficacia a los derechos sociales demandados de su cumplimiento?

Tercero, si los jueces no pueden dejar de impartir justicia ante el vacío y deficiencia de la ley, ¿deben remontar estos límites, mediante la creación judicial del derecho solo con alcances para las partes en el proceso, o, también, pueden otorgar a la regla jurídica establecida o deducida de la Constitución, mediante los principios de interpretación constitucional –unidad, concordancia práctica, eficacia integradora o fuerza normativa–, una eficacia de carácter general –*erga omnes*–, estableciendo, en consecuencia, un precedente judicial de carácter obligatorio o *stare decisis*, propio del *common law*?

La justicia constitucional latinoamericana ha dado respuestas a estas interrogantes, en distintos grados de intensidad, de manera desigual y combinada, en función de la tutela o no de los siguientes derechos sociales, que, a manera de una muestra, se analizan¹¹.

2.1 Derecho a la salud

En Colombia, a partir de la sentencia T-016 de 2007 de la Corte Constitucional, los jueces y Salas del Poder Judicial que tramitan la tutela del derecho a la salud, han empezado a concebirlo como un derecho autónomo, susceptible de protección directa a través del proceso de tutela –equivalente al proceso de amparo–, sin tener que fundamentarse en derechos conexos, como sucedía anteriormente en los fallos de tutela del derecho a la salud, cuando se asumía tradicionalmente que, dado su carácter prestacional, no era concebido como un derecho fundamental autónomo y, por lo tanto, se tutelaba la salud en conexidad con el derecho a la vida digna, el mínimo vital o la integridad personal.

Ha quedado consolidada la jurisprudencia constitucional, en materia de protección del derecho a la salud con carácter general: a) para las personas que requieran especial protección, como los niños, personas de tercera edad y personas con graves enfermedad como el VIH o el cáncer (T-507, T-433); b) en casos de negativa de suministro de prestaciones excluidas de los planes obligatorios de salud (T-506, T-605 y T-636); c) en casos de negativa de atención de salud por problemas de multifiliación (T-380); d) para elegir libremente la entidad promotora de salud (T-497); e) en casos de negativa de servicios médicos para entidades prestadoras de salud, debido a carencias económicas del solicitante (T-947)¹².

En Chile, en materia de prestaciones médicas exigibles al sistema de salud pública, también se ha presentado la controversia acerca de la exigibilidad de un tratamiento médico de alto costo no cubierto por el sistema público. El recurso de protección resuelto por la Corte de Apelaciones obligó al Estado a proporcionar un tratamiento de alto costo a una señora con cáncer de mamas (Patricia

11 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinador). *Crónica de tribunales constitucionales en Iberoamérica*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

12 Julio Estrada, Alexei. "Corte Constitucional (Colombia)". En E. Ferrer (coordinador). *Crónica de tribunales constitucionales en Iberoamérica...*, op. cit., pp. 125 ss.

Vásquez contra Fondo Nacional de Salud, del 24 de noviembre de 2009). La Corte acogió el recurso invocando los derechos a la vida e integridad física y síquica, salud física y mental en el tratamiento del derecho a la salud, establecido en la Constitución y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Corte Suprema chilena ratificó el fallo (Rol 9317 del 18 de enero de 2008), afirmando la obligación del Estado de avanzar progresivamente en el más pleno reconocimiento de los derechos humanos, en tanto obligaciones jurídicas objetivas¹³. En ese sentido, estableció, en su ratio *decidendi*, un test para el otorgamiento de nuevas prestaciones por el Estado que resuelvan los tribunales y que no afecte la igualdad: a) atender a la gravedad de la amenaza de afectación de los derechos fundamentales en cada caso; b) la irreversibilidad de dicha afectación; c) la existencia de alternativas que garanticen los derechos; d) la urgencia de una solución, y; e) la proporcionalidad y razonabilidad de la prestación solicitada¹⁴.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de Chile, en un asunto referido también al derecho a la salud que regenta la Institución de Salud Previsional –ISAPRE– (Rol N.º 976-07 del 2208), reconoció a la salud como un derecho social que emana de la dignidad humana, y que su exigibilidad no puede depender de las disponibilidades presupuestarias del Estado, en la medida que son derechos y no meras expectativas o declaraciones. Con esto, el derecho a la salud resultaba exigible directamente, más aún, si está vinculado a la vida e integridad, tanto al Estado como a los particulares. Por ello, los derechos sociales, eventualmente, en caso de controversia, gozan de una posición preferente a los derechos civiles y políticos.

Más aún, el TC señaló que los contratos no podían incorporar cláusulas que desconocieran o aminoraran los derechos fundamentales, como la salud. No obstante, rechazó que sea discriminatorio que las ISAPRES incrementen los costos de los planes de salud privados, por razones de edad y de sexo, porque estaba establecido en la ley. Con esto, el TC asumió un rol de garante de la ley

13 Cascajo Castro, José Luis. "Recientes anotaciones conceptuales sobre los derechos sociales." En *Revista Oficial del Poder Judicial* 1/1. Madrid: 2007, pp. 351-369; asimismo, Gonzales Moreno, Beatriz. *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Civitas, 2002. p. 153.

14 Bernal, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2005, pp. 873.

antes que de la Constitución. Esta polémica decisión fue muy criticada y tuvo que ser revertida por el propio TC, quien asumió, en casos posteriores idénticos, que existía una discriminación arbitraria de la ley, al permitir que por el hecho de que una persona cumpla una edad determinada se aumente el precio de su plan de salud (Rol N.º 1287-2008 del 2009)¹⁵.

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional tuteló el derecho a la salud de una persona, a raíz de que una persona interpuso una demanda de amparo contra el Estado peruano, solicitando que se le otorgue atención médica integral, en su condición de paciente con VIH/SIDA, la que debía consistir en la provisión constante de los medicamentos necesarios para el tratamiento del VIH/SIDA y la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD4 y carga viral¹⁶.

El abogado del Estado contestó la demanda y solicitó que sea declarada improcedente, argumentando que no se había constatado la violación o amenaza concreta de ningún derecho. Además, señaló que, si bien los derechos consagrados en el artículo 1º e inciso 1), artículo 2, de la Constitución, referentes al respeto de la dignidad de la persona, así como a la vida e integridad física, constituyen derechos fundamentales de observancia obligatoria, ello no implica una obligación por parte del Estado de prestar atención sanitaria ni facilitar medicamentos en forma gratuita a la demandante ni a otra persona.

El Tribunal Constitucional amparó la demanda, precisando que, si bien los derechos sociales no representan prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado, ello no justifica la inacción estatal, ya que ello devendría en una omisión inconstitucional. En tal sentido, ordenó que se considere a la demandante en el grupo de pacientes que reciben tratamiento integral contra el VIH/SIDA por parte del Ministerio de Salud, lo que debía incluir la provisión de medicamentos y análisis correspondientes gratuitos¹⁷.

15 Nash, Claudio - Irrazabal, Paz. "Justicia constitucional en Chile y protección de los derechos fundamentales". (V. Bazán – C. Nash, editores) *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela*, 2009. Uruguay: KAS, 2009, pp. 65-67.

16 Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 2945-2003-AA/TC (fundamentos jurídicos 8 y ss.).

17 Alvitez, Elena. *La Participación de la Jurisdicción Constitucional en la Defensa del Constitucionalismo Social. A propósito de la Protección Jurisdiccional de los Derechos Sociales por el Tribunal Constitucional Peruano*. Tesis Doctoral, Universidad de Alicante, España, 2004, no publicada.

En otro caso, sobre el derecho social a la salud pública y planificación familiar, el Tribunal Constitucional del Perú, al pronunciarse sobre la anticoncepción oral de emergencia (AOE), realizó una enorme avance al exigir al Estado el acatamiento de las resoluciones ministeriales, que disponían que el Ministerio de Salud entregue a las mujeres necesitadas la píldora del día siguiente de manera gratuita en sus instituciones¹⁸. La sentencia se motivó en el reconocimiento de la dignidad y libertad que le son inherentes a la persona, principio y derecho en función de los cuales el Estado debía garantizar los derechos sociales de la salud pública y la autodeterminación reproductiva.

Cabe mencionar que en varios textos se aludía al Perú como ejemplo latinoamericano en materia de avance en derechos de planificación familiar, dada la primera sentencia del Tribunal Constitucional. Pero en una segunda sentencia¹⁹, cuyo origen fue un recurso de amparo presentado para que el Ministerio de Salud se abstenga de la repartición gratuita de la AOE, el Tribunal aludió, en contraposición a los derechos sociales referidos, a la protección de la vida como derecho fundamental, y se argumentó que el ordenamiento jurídico protege al ser humano desde la concepción.

Resulta de suma importancia la alusión en la segunda sentencia de la AOE a la defensa del principio *pro homini* y *pro debili*, pues el Tribunal Constitucional se apoyó subjetivamente en estos, para pronunciarse en contra del repartimiento gratuito de las píldoras anticonceptivas del día siguiente, pese a la información científica nacional e internacional especializada sobre su carácter no abortivo.

Además, debe observarse que se prohibió la repartición gratuita de la AOE, mas no su venta privada, lo que generó este acto mayor desigualdad, cuando el derecho a la salud pública lo que busca es justamente garantizar a los sectores socioeconómicos más bajos una condición de vida digna. Esta decisión generó una violación del derecho al tratamiento igualitario.

Si el Tribunal Constitucional consideraba que la AOE posiblemente tenía un efecto abortivo y se atuvo al principio de precaución, debió ser consistente en su decisión y no solo afectar a los sectores pobres del país. Esto es de re-

18 Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 07435-2006-AC/TC.

19 Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 025005-2009-AA/TC.

levancia mayor, si tenemos en cuenta que la discusión versa sobre el derecho social de la salud pública, que busca garantizar una condición de vida digna, especialmente a las personas de menores recursos, como ha sido un eje de la jurisprudencia constitucional²⁰.

De otro lado, se puede señalar el amparo constitucional que resolvió el Tribunal Constitucional de Bolivia²¹, con el cual se dispuso que el Estado continuara suministrando el tratamiento de hemodiálisis, a raíz de un trasplante de riñón, a costa del presupuesto del Ministerio de Salud y Previsión Social.

Por su parte, el Supremo Tribunal Federal de Brasil resolvió, entre febrero y mayo de 2007, tres casos sobre el derecho a la salud de manera diferente. Así, en dos primeras resoluciones (SS 307 y STA 91), asumieron una postura restrictiva en relación a la concesión de medicamentos por medio de resoluciones judiciales, pero, posteriormente, resolvieron en el sentido opuesto (SS 3158 y 3205).

Las decisiones judiciales limitativas se fundaban en que, en las políticas públicas sobre salud y medicamentos, no preveían otorgar a los ciudadanos gratuitamente remedios de alto costo. Ello generó un gran rechazo y una fuerte presión social de las organizaciones defensoras de los derechos humanos, de modo que, aun cuando determinado medicamentos costosos no estuviera en la lista oficial de medicamentos a otorgar a los pacientes, en las sentencias posteriores el STF cambió su jurisprudencia.

2.2 Derecho al trabajo y a la seguridad social

En relación a otro derecho social, como el trabajo y la seguridad social, el Tribunal Constitucional peruano ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la exigibilidad de estos derechos sociales²². Sin embargo, este no ha sido un tema

20 Landa, César. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra, 2010, pp. 13-17.

21 Sentencia del Tribunal Constitucional Boliviano. SC 687/2000-R del 14 de julio. Defensora del Pueblo vs. Ministro de Salud y Presidente de la Caja Nacional de Salud.

22 Landa, César. "Rights to social security in constitutional peruvian case-law". En *Study on the Worldwide Constitutional Law. Volumen III* (Mo Jihong editor). China: China Chapter, International Association of Constitutional Law. 2011, pp. 306-319; asimismo, Neves, Javier. *Pensiones. Reforma y jurisprudencia*. El D.L. 20530 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: PUCP – Fondo Editorial, 2009, pp. 25-41.

que el Tribunal haya emprendido con claridad en sus primeras sentencias, en las que tuvo oportunidad de pronunciarse. En efecto, en una de las primeras sentencias en las que se manifiesta sobre la naturaleza de los derechos sociales, el Tribunal afirmó que:

‘ (...) aunque la dignidad de la persona es el presupuesto ontológico común a todos los derechos fundamentales, no menos cierto es que entre ellos es posible establecer diferencias de distinto orden. La heterogeneidad que presentan los derechos fundamentales entre sí, no sólo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas disimilitudes, a su vez, pueden revestir significativas repercusiones prácticas. Tanto el derecho a la seguridad social como el derecho a la protección de la salud forman parte de aquellos derechos fundamentales sociales de preceptividad diferida, prestacionales, o también denominados progresivos o programáticos, (...). La ratio de dichas denominaciones estriba en que no se trata de derechos autoaplicativos; su vigencia y exigibilidad requiere de una participación protagónica del Estado en su desarrollo²³.

Al respecto, cabe caso resaltar cómo el Tribunal aludía, indistintamente, a los derechos sociales, ya sea como derechos progresivos o como derechos programáticos. Y es que sostener que los derechos sociales son derechos progresivos o que constituyen derechos programáticos, no es una mera cuestión de términos, pues existe una diferencia y un trasfondo no solo teórico, sino también político, que no es para nada irrelevante, lo cual se refleja precisamente en el ámbito de su exigibilidad judicial.

En efecto, mientras que lo programático implica que los derechos sociales no constituyen más que simples declaraciones y, por ende, pueden ser respetados o no, el entenderlos como derechos progresivos comporta, ya de por sí, un deber jurídico ineludible para el Estado de proveer las condiciones materiales mínimas para su mayor realización posible.

El Tribunal Constitucional peruano finalmente ha entendido que el reconocimiento de los derechos sociales y económicos implica superar su concepción ‘programática’, perfeccionando los mandatos sociales de la Constitución, así como la obligación del Estado, en la cual se impongan objetivos concretos para garantizar la vigencia de los derechos sociales. Esta nueva visión de los dere-

23 Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 0011-2002-AI/TC (fundamentos jurídicos 9 y ss.).

chos sociales permite reconocer, en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado social de Derecho. En efecto, a juicio del Alto Tribunal:

*"[...] el derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un 'mínimo vital', es decir, aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (...) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana [...]".*²⁴

Así, se hace exigible judicialmente, mediante el amparo, en tanto proceso constitucional de tutela urgente de los derechos fundamentales, demandar la protección del contenido esencial a la pensión, es decir, el libre acceso a un sistema pensionario y a una pensión, a la no privación arbitraria de los mismos y a un monto mínimo vital pensionario de jubilación. Los demás aspectos propios de un contenido no esencial, como la nivelación o el contenido adicional, como la pensión de viudez u orfandad, son materia, en principio, de protección en la vía contenciosa administrativa, que es competencia del Poder Judicial²⁵.

Asimismo, un trabajador despedido arbitrariamente, mediante el proceso de amparo, podrá demandar la reposición en su puesto de trabajo frente al despido arbitrario, es decir, cuando se ha producido un despido nulo, sin causa o fraudulento²⁶, siempre que no existan hechos controvertidos que requieran de

24 Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 1417-2005-AA/TC (fundamento jurídico 37.c.).

25 Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 1417-2005-AA/TC. (fundamento jurídico 37).

26 De acuerdo a esta misma sentencia, el despido nulo se origina cuando el trabajador es despedido por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, y tendrá protección a través del amparo, cuando la trabajadora es despedida con motivo del embarazo o cuando el trabajador tiene la condición de impedido físico mental. De otro lado, el despido fraudulento se configura cuando se le imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente. Finalmente, los despidos incausados son aquellos despidos en los cuales no existe imputación de causa alguna (Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 0206-2005-AA/TC. Fundamentos jurídicos 7, 8 y 15).

la actuación de medios probatorios, porque el proceso de amparo carece de etapa probatoria. De lo contrario, las demandas deberán ser tramitadas en el proceso laboral ordinario, si se trata de controversias sobre materia laboral de carácter privado, o en la vía del proceso contencioso administrativo, si se trata de controversias sobre materia laboral de carácter público²⁷.

En México, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (SCJ), en lo relativo a los derechos de los trabajadores, también ha mantenido una postura garantista, en la medida en que la Constitución de 1917 reformada ha tutelado en su artículo 123 el derecho de los trabajadores a que se les otorgue una plaza equivalente o una indemnización, cuando se produzca una supresión o reducción de su plaza de trabajo. La Ley Federal de los Trabajadores reconoce que no basta con una plaza, sino también un sueldo equivalente, pero la Ley del Servicio Civil del Estado de Sonora reconoció, que ante la supresión de una plaza, solo cabía la indemnización. A juicio de la segunda sala de la SCJ, la ley estatal vulneró la Constitución por desconocer el derecho a la estabilidad en el empleo (2 a./J. 172/2007).

Junto a ello, la segunda sala se pronunció sobre el salario mínimo, en el sentido en que su protección, en los términos del texto constitucional, no permite que se establezcan gravámenes a quien obtenga, como ingreso, el salario mínimo, con el cual apenas se puede cubrir las necesidades familiares básicas. Imponer contribuciones al salario mínimo, señaló la Corte, sería contrario al art. 123, apartado A, fracción VIII, y al art. 25, primer párrafo, de la Constitución, relativos a la libertad y dignidad humana (2 a./J. 172/2007).

En Bolivia, el Tribunal Constitucional estableció como jurisprudencia constitucional los alcances del fuero de estabilidad laboral²⁸, mediante el amparo de una madre trabajadora de una menor con discapacidad que fue destituida como jardinera en una Municipalidad, sin causa o motivo. Ella demandó su reposición, a efecto de gozar del seguro médico de la Caja Nacional de Salud. El TC concedió la tutela, señalando que:

27 Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 0206-2005-AA/TC (fundamento jurídico 36). Arce, Elmer. *La nulidad del despido lesivo de los derechos constitucionales*. Lima: PUCP – Fondo Editorial, 1999, pp. 337.

28 RIVERA, José Antonio. "Tribunal Constitucional (Bolivia)". En E. Mac-Gregor (coordinador). *Crónica de tribunales constitucionales en Iberoamérica...*, op. cit., pp. 72-73.

“[...] el ámbito de protección de los trabajadores o funcionarios que presten servicios en los sectores públicos o privado, no solo se refiere al trabajador en sí mismo sino que, en prevención a que una ruptura de la relación laboral pueda llegar a afectar a un dependiente discapacitado de ese trabajador o funcionario, garantiza su inamovilidad, instituyendo así una tutela reforzada del derecho al trabajo de las personas, en razón de su discapacidad o de la discapacidad de la persona que tenga bajo su dependencia, excepto que su despido se opere por las causales señaladas por ley previo proceso que determine haberse incurrido en dichas causales”²⁹.

En Panamá, la Corte Suprema de Justicia declaró, el 28 de setiembre de 2007, la inconstitucionalidad de la norma del art. 174 de la Ley 51 de 2005, que reformó la Ley Orgánica de la Caja del Seguro Social, que establecía la obligatoriedad de renunciar al empleo para acogerse a la pensión de retiro por vejez. La Corte argumentó que la pensión es un derecho adquirido, de modo que, si la persona cumple con los requisitos para obtener una pensión de jubilación, no puede exigírsele la renuncia a su puesto de trabajo, como un mecanismo para cobrar su pensión de cese.

2.3 Derecho a la educación

En América Latina, el analfabetismo constituye un problema endémico del Estado democrático y social, incluso durante los períodos de incremento de la riqueza, debido a que los derechos sociales inclusivos, como la educación, no siempre gozan de una prioridad política presupuestal de los gobiernos. Por eso, muchas veces la ciudadanía y la oposición constituyen esa palanca para exigir la tutela de los derechos como la educación. Así, en el Brasil, el Partido de los Trabajadores, el Partido Comunista y el Partido Demócrata de los Trabajadores plantearon una acción directa de inconstitucionalidad por omisión del Presidente de la República de concretizar las normas de educación que la Constitución dispone sobre el combate del analfabetismo.

El Tribunal Supremo Federal declaró la improcedencia de la demanda con el argumento que, no obstante, las altas tasas de analfabetismo, el gobierno había adoptado varias políticas sociales orientadas a implementar el derecho social

29 Sentencia del Tribunal Constitucional boliviano. SC 0235/2007-R de 10 de abril de 2007.

a la educación. Sin embargo, como los derechos sociales exigen organización y procedimientos, además de recursos presupuestales, el primer poder omiso a la Constitución sería el del Congreso, lo cual no exime de señalar que, para el TSF, los derechos sociales son normas programáticas o directrices, antes que derechos fundamentales con fuerza normativa³⁰.

Ello contrasta con la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, que es garantista en materia de derecho a la educación, tanto como libertad, como derecho prestacional. Así, cabe resaltar la resolución en la cual la Sala reafirma que el derecho y libertad de aprender es un derecho fundamental de toda la población, a los cuales hay que procurar las garantías y los medios para que sea excelente y accesible, de hecho y derecho³¹. En ese sentido, recordó que el Estado está obligado a garantizar el acceso oportuno a la educación de las personas, independientemente de su discapacidad, mediante políticas educativas especiales, en el marco del Estado social de Derecho³².

Era el supuesto de un grupo de estudiantes especiales que recibían lecciones en un recinto educativo inapropiado, en cuanto a dimensiones, ventilación y luz, de allí que la Sala Constitucional ordenó al Ministerio de Educación Pública tomar las previsiones presupuestarias, porque el derecho a la educación no se trata solamente de prestar el servicio, sino de brindarlo en condiciones que aseguren la dignidad del estudiantado.

En otro caso, la Sala Constitucional rechazó como inconstitucional la prueba 'antidoping' en los centros educativos para detectar el consumo temprano de drogas, en el sentido que no es una medida desproporcionada, ni vacía de contenido, los derechos constitucionales de los alumnos, sino que se realizaba con el propósito de garantizar la salud y seguridad de los estudiantes del centro educativo. Ello en la medida en que el interés superior del menor de edad faculta a los padres y los centros educativos a verificar, cautelar y apoyar a superar la adicción de los alumnos, en caso arrojaran un resultado positivo³³.

30 Martins, Leonardo. "Justica constitucional dos direitos fundamentais no Brasil: Report 2009-2010". En V. Bazán y C. Nash (editores) *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Fuerza Normativa de la Constitución 2010. Uruguay: KAS, 2010, pp. 142-144.

31 Sala Constitucional, Resolución número 1991-2007 del 13 de febrero del 2007.

32 Gonzales Moreno, Beatriz. *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Civitas, 2002. p. 153.

33 Sala Constitucional. Sentencia núm. 11399-2007, del 10 de agosto de 2007 y núm. 17247-2007, del 27

Asimismo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica ya no solo se pronunció sobre la necesaria calidad y condiciones de la educación, sino también sobre la obligación de la regularidad de la enseñanza. Esto fue a raíz de la demanda de un grupo de estudiantes para no ser examinados sobre una materia que no fue expuesta en clase, más aún, si el docente se había ausentado justificadamente, pero no habría sido reemplazado por personal calificado. En este caso, la Sala señaló que el colegio debía hacerse responsable y proceder a subsanar el problema³⁴.

Por último, a raíz de un proceso de amparo³⁵, la Sala Constitucional ordenó al Rector de la Universidad de Costa Rica no obligar a una alumna a rendir exámenes los días sábados, debido a que ello iba contra su fe religiosa, ya que era miembro activo de la Iglesia Adventista, ya que existe el derecho a libertad de culto, protegido en el artículo 75 de la Constitución de Costa Rica. La negativa de la universidad ante el pedido de la alumna de no ser evaluada los días sábados, había producido su inasistencia y que fuese reprobada en la asignatura de Laboratorio de Biología en dos oportunidades.

En el Perú, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre una controversia³⁶ entre el Cardenal Cipriani y la Pontificia Universidad Católica del Perú sobre la autonomía universitaria administrativa y académica, a raíz de la herencia que dejó Riva-Agüero a la Universidad Católica, para los fines de una educación universitaria cristiana. El Cardenal demandó, por un lado, asumir la administración de la universidad, a través de una junta, en la medida que considera que la universidad es propiedad de la Iglesia, y, por otro lado, que los estatutos de la universidad sean sometidos a la aprobación del Vaticano, según la Constitución Apostólica *Ex Corde Ecclesiae*, lo cual significaría que la universidad se rija por el Derecho Canónico.

La universidad se ha caracterizado por la defensa de su autonomía académica y administrativa, desde que fue fundada en 1917 por cinco seglares y un eclesiástico, e inscrita como una asociación civil, sometida a las leyes civiles

de noviembre de 2007.

34 Sala Constitucional. Sentencias Nos. 2005-03880 del 13 de abril de 2005, 2007-015242 del 19 de octubre de 2007 y 2006-008390 del 13 de junio de 2006.

35 Sala Constitucional. Sentencia N.º 2020-03018, del 22 de marzo de 2002.

36 Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 3347-2009-PA/TC (17 de marzo de 2010)

de la República. Por este motivo, durante su vida institucional, no han existido problemas con la Iglesia, salvo cuando Fujimori promueve a Cipriani ante el Vaticano –cabeza visible de Opus Dei– como Cardenal del Perú. Con él se inicia el cuestionamiento y, luego, enfrentamiento judicial y mediático contra la universidad, que en la transición democrática –con la caída de Fujimori el 2000– ha servido de fuente de aportación a la democracia y los derechos fundamentales, contra la corrupción y la impunidad en la violación de los derechos humanos, al punto que su ex rector –Salomón Lerner– fue elegido en la transición democrática como Presidente de la Comisión Nacional de la Reconciliación y la Verdad.

El Tribunal Constitucional dictó una sentencia declarando infundado el recurso interpuesto por la PUCP para defender sus derechos fundamentales a la educación y a la propiedad, básicamente³⁷. No obstante, el Cardenal pretende que esa resolución constituya una declaración de derecho para intervenir en la universidad, de modo que ha regresado al TC vía un recurso *per saltum*, inventado por el propio TC –a través de una sentencia, no de una ley–, para que este se pronuncie sobre la ejecución de sus sentencias.

Cipriani pretende que el Poder Judicial ejecute no el fallo de la sentencia del TC, sino algunos considerandos, pese a que el amparo es un proceso restitutivo, antes que declarativo de derechos. Es decir, el juez constitucional debe reponer el derecho violado, pero, si no lo tutela –declara infundado–, no emana de ello algo que le haya otorgado un derecho a la otra parte, más aún, si hay varios procesos judiciales de naturaleza civil en el Poder Judicial, donde se está dirimiendo acerca de los testamentos de Riva-Agüero y la administración de los bienes de la universidad.

Este caso peruano pone en evidencia que el derecho a la educación, en su perspectiva de libertad de pensamiento –autonomía académica– viene siendo gravemente afectada por un Tribunal Constitucional, sometido no a la Constitución, sino a los poderes fácticos de la iglesia más conservadora. Por ello, las autoridades de la Universidad Católica han planteado una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que se encuentra en trámite.

37 Rubio, Marcial. *Apostillas a la sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima: PUCP, 2011. p.58.

2.4 Derecho a la vivienda

Uno de los índices de la falta de distribución de la riqueza en América Latina se expresa en el problema de la falta de una vivienda digna para las familias y las personas. En períodos reformistas, las Constituciones han incorporado el derecho a la vivienda como un derecho social, pero como un derecho subjetivo, aunque no genere una obligación del Estado a proveerla gratuitamente, sino a prestar apoyo, mediante instrumentos legales y, en todo caso, de promoción de sistemas de ayuda social, a través del ahorro y crédito.

En ese sentido, en el Perú, en 1979, mediante Decreto Ley 22591, se creó, en el Banco de Vivienda, un Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI), a fin de que los trabajadores realizaran aportaciones al igual que los empleadores, para obtener un ahorro que los habilitara a obtener un crédito hipotecario para una vivienda familiar, que el Estado se encargaría de construir con empresas privadas y ofertarlas para los que no la tuvieran. Si bien estos programas de vivienda llegaron a implementarse a comienzos de los años 80, se paralizaron con el nuevo gobierno en 1985, pero los descuentos de los salarios continuaron. Así, en el año 1998, mediante Ley N.º 26969, el FONAVI fue transformado en parte de un Impuesto Extraordinario a la Solidaridad para seguir recaudando, y lo acumulado de dicho fondo fue liquidado y transferido para reflotar a las empresas públicas eléctricas, antes de su privatización.

Con el retorno de la democracia, los cientos de miles de aportantes al FONAVI que no llegaron a recibir un crédito para vivienda plantearon varios procesos de amparo para que se les devuelva los fondos que desembolsaron durante años. El debate en el Tribunal Constitucional se centró en si dichos aportes tenían la naturaleza de un tributo, en cuyo caso la caja fiscal los destina a los servicios públicos de todos las personas. La sentencia del TC en mayoría³⁸ resolvió que no se trataba de un impuesto, sino una aportación individual para la obtención de una vivienda del trabajador. La resolución suponía la devolución de las aportaciones, que se han estimado en alrededor de veinte mil millones de soles (alrededor de 8 mil millones de dólares).

38 Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 1078-2007-PA/TC.

Pero el peligro de generar un déficit público inmanejable, dio lugar a que en otro amparo³⁹, sobre el mismo tema del FONAVI, el TC señalara que la forma de devolución no era solamente individual, sino, también, mediante obras de infraestructura básica para las viviendas. No obstante ello, el gobierno del entonces Presidente Alan García rechazó y difirió cumplir dichas resoluciones. Por este motivo, el movimiento de los fonavistas planteó que, en las elecciones regionales y locales de octubre de 2010, se llevara a cabo un referéndum sobre si la población nacional estaba de acuerdo o no con la devolución de los aportes del FONAVI.

La Constitución de 1993 incorporó derechos de participación ciudadana directa como el referéndum, en el marco de la ley. De modo que, al amparo de dichas reglas, se llevó a cabo la campaña, y en la votación el 'Sí' obtuvo un 66% a favor de la devolución de los aportes al FONAVI. Esta se transformó en la Ley N.º 29625, que dispone la devolución de los aportes de manera individual o colectiva –vía obras de infraestructura–. Al momento, el nuevo gobierno del Presidente Humala se encuentra implementando administrativamente un registro de aportantes que acrediten haber realizado dichos pagos. Sin embargo, intermediarios del poder de turno han presentado una demanda de inconstitucionalidad contra la ley que aprobó la devolución de los aportes, en los términos que habrían acordado con el ex titular del propio TC. El tema no ha sido resuelto aún.

3. Conclusiones

Desde comienzos del siglo XX el bienestar y la dignidad humana se han constitucionalizado progresivamente a través de los derechos sociales, inicialmente, como derechos programáticos o intereses legítimos sin eficacia directa o exigibilidad judicial ante el vacío o deficiencia de la ley⁴⁰. Pero, desde finales del siglo XX, la justicia constitucional en América Latina ha tenido que tomar posición progresivamente, a partir de las demandas en los procesos de amparo e inconstitucionalidad de las leyes, sobre la naturaleza, alcances, métodos y principios que protegen los derechos sociales, económicos y culturales.

39 Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 5180-2007-PA/TC.

40 Kresalja, Baldo. *Derecho al bienestar y ética para el desarrollo*. Lima: Palestra, 2008, pp. 13-50.

Si todos los derechos sociales se fundamentan en la dignidad humana y el derecho al bienestar, no obstante, por su diversa naturaleza, se pueden hacer exigibles judicialmente de forma inmediata o mediata, en relación a su contenido. En este escenario, la labor de juez se ha convertido de vital importancia para argumentar razonable y proporcionalmente la plena vigencia de los derechos sociales reconocidos por la Constitución. Por ello, es pertinente mencionar que la jurisprudencia Latinoamericana más avanzada ha utilizado los principios constitucionales de interpretación de la norma suprema, así como las técnicas de la ponderación, estableciendo precedentes vinculantes sobre la tutela judicial en materia de salud, trabajo, pensiones y educación, con el objeto de delimitar aquello que puede ser válidamente exigido en sede constitucional y aquello que, por el contrario, no correspondería a ser demandado en la vía judicial.

Sin perjuicio de ello, los fallos de la justicia constitucional u ordinaria, que demandan *–prima facie–* previsiones del presupuesto público para atender las demandas sociales amparadas judicialmente, plantean el problema de la morosidad o el incumplimiento presupuestal por parte del Estado y, en consecuencia, del incumplimiento de las sentencias en un Estado democrático y social de Derecho, sobre todo en los estados de cosas inconstitucionales.

No es el caso, sin embargo, de todos los derechos sociales, porque unos tienen la naturaleza de libertades y otros prestacionales. No obstante, en cualquiera de los dos supuestos, el Estado tiene la obligación de respetarlos, protegerlos, asegurarlos, promoverlos y repararlos económicamente cuando corresponda constitucionalmente, porque la Constitución es una norma jurídica que tiene eficacia vinculante para todos los poderes públicos y privados.

De esta manera, se van asentando, en América Latina, las bases para superar aquella concepción positivista y formal, según la cual, los derechos sociales son meras declaraciones programáticas, para concebirllos como derechos fundamentales con eficacia jurídica directa e inmediata. Sin duda, que el aporte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, constituye un catalizador jurídico aún incipiente de las decisiones constitucionales, pero no se trata de una tarea fácil, puesto que las dificultades de la implementación de los derechos sociales, como derechos fundamentales, derivan, en último término, de una

debilidad política, que es también fruto de una debilidad teórica⁴¹. La misma que, sin embargo, la justicia constitucional más avanzada ha ido revirtiendo, a partir de asumir su tarea tutelar de los derechos fundamentales, para lo cual ha sido necesario que ocupe su rol subsidiario como (re)creador de los derechos sociales que la Constitución consagra.

41 Ferrajoli, Luigi. En el Prólogo de la obra de Abramovich, Víctor y Courtis Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 9,

Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales". En: Roberto Gargarella (coordinador) *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Tomo II. *Derechos*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 2009.

ALEXY, Robert. "Derechos sociales fundamentales", en Carbonell, Miguel et. al. *Derechos sociales y derechos de las minorías*. México: UNAM – IIJ, 2000.

ALVITEZ, Elena. *La Participación de la Jurisdicción Constitucional en la Defensa del Constitucionalismo Social. A propósito de la Protección Jurisdiccional de los Derechos Sociales por el Tribunal Constitucional Peruano*. Tesis Doctoral, Universidad de Alicante, España, 2004, no publicada.

ANDRADE, Pedro – Olano, Aldo. *Constitucionalismo autoritario: los regímenes contemporáneos en la región Andina*. Quito: Corporación Editora Nacional – Centro Andino de Estudios Internacionales Universidad Andina Simón Bolívar, 2005.

APARICIO, Miguel Ángel (coordinador). *Derechos constitucionales y formas políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico*. Barcelona: CEDECS Editorial, 2001.

ARCE, Elmer. *La nulidad del despido lesivo de los derechos constitucionales*. Lima: PUCP – Fondo Editorial, 1999.

BERNAL, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2005.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

CASCAJO CASTRO, José Luis. "Recientes anotaciones conceptuales sobre los derechos sociales". En *Revista Oficial del Poder Judicial* 1/1. Madrid: 2007.

CAMERON, Maxwell. "Reforma constitucional en América Latina en la actualidad". En: <https://www.arts.ubc.ca/fileadmin/template/main/images/departments/poli_sci/Faculty/cameron/maxwell_a._cameron.pdf> (Visitado en enero de 2010).

DE VEGA, Pedro. "Neoliberalismo y Estado". En: *Pensamiento Constitucional* Año IV, N.º 4. Lima: Fondo Editorial - Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coordinador). *Crónica de tribunales constitucionales en Iberoamérica*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

GONZALES MORENO, Beatriz. *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Civitas, 2002.

GRANDEZ CASTRO, Pedro (editor). *El Derecho frente a la pobreza. Los desafíos éticos del constitucionalismo de los derechos*. Lima: Palestra, 2011.

KRESALJA, Baldo. *Derecho al bienestar y ética para el desarrollo*. Lima: Palestra, 2008

LANDA, César y Julio Faúndez. *Desafíos constitucionales contemporáneos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 1996.

LANDA, César. *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina*. Lima: PUCP – Fondo Editorial, 1994.

LANDA, César. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra, 2010.

LANDA, César. "Rights to social security in constitutional peruvian case-law". En *Study on the Worldwide Constitutional Law. Volumen III* (Mo Jihong editor). China: China Chapter, International Association of Constitutional Law. 2011.

MARTINS, Leonardo. "Justica constitucional dos direitos fundamentais no Brasil: Report 2009-2010". En V. Bazán y C. Nash (editores) *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Fuerza Normativa de la Constitución 2010*. Uruguay: KAS, 2010.

NASH, Claudio - Irrazabal, Paz. "Justicia constitucional en Chile y protección de los derechos fundamentales". (V. Bazán – C. Nash, editores) *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela*, 2009. Uruguay: KAS, 2009.

NEGRETTO, Gabriel. "Paradojas de la reforma constitucional en América Latina". En: <<http://www.journalofdemocracyenespanol.cl/pdf/negretto.pdf>> (Visitado en enero de 2010)

NEVES, Javier. *Pensiones. Reforma y jurisprudencia. El D.L. 20530 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: PUCP – Fondo Editorial, 2009.

RUBIO, Marcial. *Apostillas a la sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima: PUCP, 2011.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 2945-2003-AA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 07435-2006-AC/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 025005-2009-AA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 0011-2002-AI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 1417-2005-AA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 1417-2005-AA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 0206-2005-AA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 0206-2005-AA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 3347-2009-PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 1078-2007-PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 5180-2007-PA/TC.

Sala Constitucional. Sentencia N.º 2020-03018, del 22 de marzo de 2002.

Sala Constitucional. Sentencia N.º 11399-2007, del 10 de agosto de 2007.

Sala Constitucional. Sentencia N.º 17247-2007, del 27 de noviembre de 2007.

Sala Constitucional. Sentencias Nos. 2005-03880, del 13 de abril de 2005.

Sala Constitucional. Sentencia N.º 2007-015242, del 19 de octubre de 2007.

Sala Constitucional. Sentencia N.º 2006-008390, del 13 de junio de 2006.

Sala Constitucional, Resolución número 1991-2007, del 13 de febrero del 2007.

Sentencia del Tribunal Constitucional boliviano. SC 687/2000-R del 14 de julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional boliviano. SC 0235/2007-R del 10 de abril de 2007.

Desigualdad y protesta social: Una mirada crítica desde el Derecho

Roberto Gargarella¹

He constatado durante muchos años algunas preocupaciones, en el estado de la teoría constitucional, vinculadas con la protesta social, el derecho penal y el castigo; cuestiones que me parecen fascinantes y poco reflexionadas. Las siguientes líneas significan una apuesta por el Derecho en la posibilidad de argumentar sobre estos ámbitos importantes para Argentina, Perú y demás países de América Latina.

1. La batalla de la argumentación

Razonablemente existen motivos para ser escépticos sobre cuál es el espacio que efectivamente tenemos para argumentar como ciudadanos y hacer escuchar nuestra voz, o cuál es la confianza que podemos tener en la justicia y el sistema representativo. Las democracias están muy degradadas en distintos modos. Tenemos razones para sentirnos desacoplados del sistema democrático. Aún bajo ese escepticismo, es vigente la apuesta por una mirada crítica a las instituciones –entre otros aspectos– desde la argumentación, por la relevancia de esta tarea para los actores jurídicos y militantes sociales de base. Obviamente, la reflexión jurídica tiene posibilidades muy limitadas para cambiar situaciones, pero sucede que no la hemos estado haciendo de la mejor manera. Si miramos las mejores experiencias de movilización y de militancia en América Latina –pienso, por ejemplo, en casos como el Movimiento Sin Tierra de Brasil–, observamos que allí la presencia del Derecho se ha limitado básicamente a realizar esfuerzos para lograr la libertad de los presos del movimiento. Aún en este caso bien sofisticado y organizado en América Latina, con una gran fuerza crítica, no tenemos reflexión jurídica o argumentos desde la justicia.

1 Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires y de Teoría Constitucional y Filosofía del Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella.

No se trata de darle peso a la abstracción teórica en sí misma; por supuesto que las disputas deben darse de distintos modos, pero también la batalla argumentativa es importante y no la hemos estado haciendo. Algunas razones de este déficit son entendibles. Han tenido que ver con la violencia y el asesinato político –parte de la izquierda jurídica de América Latina ha sido perseguida y masacrada–, o con distintos presupuestos teóricos, inclusive algunos vinculados con el marxismo, que abandonaron el derecho como terreno de reflexión. Por otro lado, ha habido inercia y dogmatismo, y también mucho dinero que ha comprado voluntades. Hay razones que explican por qué hemos abandonado la batalla argumentativa.

Desde la propia experiencia argentina, en el debate en torno a la criminalización de la protesta –que aún es muy pobre–, ha habido algunos avances que permiten constatar que jueces y operadores jurídicos, inclusive muchos militantes, no argumentaban ciertas cuestiones que eran importantes para decidir un caso de un determinado modo. Si bien muchas veces ha sido de mala fe, porque se trataba simplemente de agentes jurídicos estatales que se sentían leales a los gobiernos, en otros casos también ha sido por inercia o desconocimiento. A continuación plantearé un repaso crítico de argumentos que se pueden pensar y desarrollar en situaciones vinculadas con la protesta, a sabiendas de que frente a muchos jueces o legisladores no hay argumento que baste, porque no corren las razones argumentativas frente a ellos, sino los intereses económicos. Hay muchas personas que ocupan un lugar prominente en la comunidad jurídica, sea como políticos, jueces o juristas con los que no hay espacio para la comunicación argumentativa, pero la esperanza está en los jueces, militantes y doctrinarios con actitud abierta a otras voces.

2. Protesta social y razones judiciales

En muchos países, existen magistrados que han entendido la posibilidad de repensar los problemas y se ha creado una sucesión de argumentos que pueden aparecer en torno a las protesta social. Presento estos argumentos en forma de diálogo, a partir de lo que ha venido ocurriendo y cómo los jueces y operadores jurídicos se han ido posicionando en la cuestión de la protesta social. En Argentina, hemos pasado una situación de enorme brutalidad al comienzo, frente a las primeras situaciones importantes de los cortes de rutas. En el año 2001, los

jueces resolvían, en media carilla, con los nombres de las personas procesadas por sedición –crimen de nivel constitucional–, a una persona que se expresaba mediante la protesta frente al Estado se le calificaba de sedicioso². De esta situación brutal de no-argumentación pasamos a una sofisticación mayor porque algunos jueces han salido a argumentar. Aún en el peor de los casos, han reconocido que tenían que fundamentar sus decisiones y otros, inclusive, han ido abriendo las puertas a algunos argumentos que antes no aceptaban.

2.1. El derecho penal no termina donde parece

En las primeras intervenciones judiciales, el argumento que se usaba contra la gente que protestaba y bloqueaba una calle era que había normas del Código Penal que se estaban infringiendo, por ejemplo, cuando se trata de acciones contra el transporte público. La cuestión jurídica llegaba así a su fin, porque no había más que discutir. Simplemente bastaba con invocar los artículos correspondientes de la norma penal que castigaba el bloqueo de calles. Eso ocurrió en muchos de los primeros casos, que terminaban mayormente en condenas por sedición. La primera secuencia importante en este diálogo consiste en sostener que el Derecho es más complejo que el Código Penal. Entonces, frente al juez penal, se cuestiona que el Derecho Penal no termina donde él piensa, ya que contiene otras cosas como el ‘estado de necesidad’, por ejemplo. Y ahí tampoco termina, porque existe el derecho a manifestarse y a expresarse. Inclusive la protesta tiene relación con los derechos sociales que nuestras constituciones reconocen, sea en Perú, Argentina, Colombia, Brasil, Uruguay, etc. Con la invocación del tipo penal, no termina la discusión porque recién empieza el diálogo.

2.2 Derechos frente a derechos: quién retrocede

Algunos jueces, reconociendo el derecho a la manifestación, plantean que el derecho de una persona termina donde empieza el derecho del otro. Durante mucho tiempo ese era el único paso que se atrevían a dar los jueces argenti-

2 El artículo 22º de la Constitución Nacional de Argentina establece: “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición”.

nos. Reconocían que el panorama era más complejo, pero que el ejercicio del derecho a la protesta no puede colisionar con el derecho de los demás, y se volvía a cerrar la discusión. Sin embargo, el debate no puede terminar ahí. Por ejemplo, si critico a un político de modo que afecto su honor, es cierto que está de un lado mi derecho expresivo y, por otro lado, el derecho al honor del funcionario, pero eso no quiere decir que automáticamente deba retroceder. La jurisprudencia comúnmente asume en este tipo de casos –y en muchas otras situaciones– que, antes de dar un paso atrás, debe determinarse el derecho de principal protección. Cuando se habla del honor del funcionario público, la jurisprudencia mundialmente acepta que este tiene que retroceder ante una colisión con el derecho a la crítica. En todo caso, hay que analizar hasta dónde llega el ejercicio de cada derecho y a quién corresponde retroceder. La cuenta no es obvia. Así estamos en un estadio más interesante de la discusión.

2.3 Formas ofensivas de ejercer los derechos

En este nuevo estadio, el juez, que acepta pensar en quién retrocede, puede objetar que existen distintas posibilidades de ejercer el derecho de la persona de distintos modos y que, teniendo un abanico de posibilidades, debemos optar por la forma de ejercicio del derecho en cuestión que sea la menos lesiva para el otro. Así se pretende nuevamente poner fin a la disputa, pero pensemos en un caso propio de la televisión pública o privada. Imaginemos que un caricaturista famoso se burla de un político dibujándolo como una morsa. Pues, es cierto que tiene infinitas posibilidades de dibujar al otro, unas menos ofensivas que otras. Pero, ¿cuál es la razón por la que tiene que elegir la forma menos ofensiva? Seguramente, el buen caricaturista, de modo inteligente, puede elegir la peor de todas y ejercer perfectamente su derecho. No podemos aceptar como carta ganadora adversa el argumento de que pudo haber ejercido su derecho de modo menos dañoso y que, por ende, corresponde la sanción. Lo mismo sucede con el derecho de huelga, se puede ejercer la huelga trabajando el doble. Pero, ¿quién decide que para ejercer bien este derecho se debe optar por hacerlo del modo menos dañoso? Si se decide ejercer la huelga con paro total de actividades y no con más trabajo como la huelga a la japonesa, es totalmente legítimo. Aquí tenemos el tercer *round* de discusión. Hemos descartado argumentos que los jueces se acostumbraban a dar de modo muy simple.

2.4 Intereses genuinos en la protesta

Otro argumento que suelen dar los jueces es que el ejercicio del derecho o los intereses que están en juego no son genuinos porque detrás están pagados por un sindicato o apoyados por algún partido político. Sostienen que la protesta no se fundamenta en una necesidad, sino que es un derecho que se ejerce empujado por un sector interesado. El interés de la protesta no sería genuino porque la demanda invocada tiene que ver con algún partido político, ONG o sindicato. Bajo esta perspectiva, esta situación le quitaría pureza al reclamo, pero de hecho la vida política consiste en esta interacción de partidos u organizaciones con intereses. Eso no es necesariamente la parte sucia que descalifica las demandas expresadas en una protesta social. Otra vez, esta nueva carta argumentativa, sacada como *jocker* por los tribunales, no tiene mayor sentido.

2.5 La cuestión de la violencia

Un problema, que tiene especial importancia en la discusión sobre la protesta social, es la violencia. En la secuencia de este diálogo alguien puede sostener que efectivamente hay derechos invocados, que se debe discutir acerca de dónde termina el derecho de cada quien y las formas de ejercerlo, que el interés puede ser genuino, pero que no se puede usar la violencia, pues pasamos a otro juego que no es jurídico. Esa idea de que la presencia de violencia elimina el sentido y pertinencia del derecho a la protesta es tremendamente problemática y deja una idea que históricamente ha resultado inconcebible cuando, por ejemplo, pensamos en las situaciones de huelga. El hecho, que, durante una huelga, un trabajador se levante y le golpee con una piedra al patrón, es un hecho de violencia que puede ser tratado por cuerda separada, pero esto no afecta absolutamente en nada a la legalidad de la huelga. La huelga se mantiene propiamente como derecho. En todo caso, se trata de prevenir la violencia y, si aparece, se puede atender el problema por separado, pero no se pierde el derecho de huelga ni el derecho a la protesta porque aparece un acto de violencia real o potencial. En Argentina, por ejemplo, muchos de los manifestantes llevan un palo en la mano –que se usa a veces como un elemento disuasorio– o llevan máscaras. También ese era un argumento para cuestionar que su interés no era genuino o que promovían la violencia. Pero bajo la tradición de nuestros países, los manifestantes pueden ser fotografiados por servicios secretos y perseguidos posteriormente por la policía. Obviamente, muchas personas que

protestan se quieren cubrir el rostro para no ser objeto de diversos tipos de persecuciones ilícitas que hace el Estado. Estas actitudes de los manifestantes tienen que ver principalmente con el modo de cómo el Estado se relaciona con los que protestan y no con la falta de respeto de quienes no quieran mostrar su rostro.

2.6 Derecho expresivo y manifestación pública

Hasta aquí, ya tenemos un ramillete de ideas que son argumentos habituales en la discusión judicial, frente a magistrados que pretenden descalificar prontamente la protesta como si la discusión no pudiera durar más de lo que creen. Ahora, pasemos a un estadio mucho más interesante y complejo. En Argentina, pusimos mucho énfasis en el valor de la expresión de las personas que protestan como un valor que debe preservarse, es decir, en el derecho expresivo o el derecho de crítica, por razones de principio y de conveniencia. Entre las razones de principio, estamos plenamente convencidos de que, en el sistema democrático, el valor de la crítica política es extraordinario y, entre las razones de conveniencia, sabemos que habitualmente los jueces son sensibles a los argumentos relacionados a la libertad de expresión –al menos son más sensibles que respecto al argumento de la exigencia de derechos sociales–. Ante la idea de tener en frente, no solamente una serie de derechos que sostienen la protesta, si no que alguno de esos derechos es centralmente uno de los más importantes de cualquier lista de derechos de cualquier constitución del mundo –como es el derecho expresivo–, lo que muchos jueces han hecho para tratar de escapar de esta discusión es distinguir entre expresión y acto. Sostienen que la expresión o crítica política a través de un periódico o un panfleto es distinta de un acto como una manifestación en las calles. De acuerdo con esta premisa, lo que merecería protección en democracia, es la expresión política y no cualquier acto político, pero la doctrina constitucional hace décadas ha determinado que muchos actos son expresivos. Pongamos un ejemplo, la quema de una bandera es típicamente un acto expresivo. Así mismo, ante muchos actos, aunque no son completa o evidentemente expresivos, el juez debe detectar si ese acto tiene un componente expresivo de crítica política y hacer todo lo posible para preservar la parte expresiva que contiene. Por tanto, no es cierto que un artículo o un panfleto deban tener protección especial como derecho expresivo en comparación con una manifestación o un piquete. Muchos actos tienen un componente expresivo. En todo caso, si no lo tuvieran del todo, la

cuestión a resolver es cómo se hace para preservar lo máximo posible el componente expresivo del acto.

2.7. La expresión pública de grupos desaventajados

Un asunto importante, dentro de la teoría constitucional, respecto a los actos expresivos, es que no todos los derechos son tratados con el mismo peso. Habitualmente, reconocemos que ciertos derechos están íntimamente vinculados con la espina dorsal de la democracia. Los actos de crítica política no constituyen el ejercicio de un derecho cualquiera. A la hora de sopesar los derechos –ahora que hay tanto discurso banal sobre el balance de los derechos–, es muy importante reconocer que no todos los derechos merecen pesar lo mismo, y no por un artificio metafísico, sino por la cuestión básica que, en el centro mismo de la democracia, tiene que estar reservado un lugar centralísimo para la crítica política. Sin embargo, no solo se trata de reconocer la centralidad del derecho expresivo, sino que, dentro de los derechos expresivos, el derecho de la crítica política merece un lugar especialísimo. Pero la crítica política, hecha por grupos que tienen dificultades especiales para acceder al foro público por razones que son ajenas a su responsabilidad, merece una protección híper especial, porque se trata de grupos que tienen una idea importante o una crítica que transmitir, pero su acceso al foro público depende, por ejemplo, de la cantidad de dinero que no tienen³. El planteamiento central es que cuantas más dificultades tenemos para acceder al foro público, más razones existen para que se proteja la expresión de estos grupos sociales. Otra vez, se trata de cómo interpelar al juez, funcionario público, doctrinario o agente jurídico que preserva alguna capacidad de autocrítica y un espacio para la reflexión.

3. La primacía constitucional de los derechos sociales

La defensa especial del lugar que ocupan la crítica política, el derecho expresivo y el derecho de expresión crítica de los grupos más desaventajados, no es el único camino a la hora de defender la protesta. Es un camino importan-

3 La idea principal de la llamada doctrina del “foro público” es que el ejercicio pleno de derechos como el de la libertad de expresión requieren, al menos, que el Estado asegure que ciertos lugares estén siempre abiertos a la expresión crítica de la ciudadanía.

tísimo, frente al cual los jueces muchas veces han sido sensibles de un modo u otro. Sin embargo, no hay que abandonar la atención al hecho que nuestras constituciones tienen una carta de derechos que son extraordinarios compromisos sociales, económicos, multiculturales, de género, indígenas, étnicos, entre otros que no tenemos por qué asumirlos como poesía o invento, pues están en el contrato básico de nuestra ciudadanía. Debemos tomar en serio esta parte esencial de nuestra Constitución, ese compromiso no solamente ha sido mantenido sino que hemos ratificado, aumentado y expandido nuestro catálogo de derechos cada vez que ha sido posible. No se trata de asumirlos como si fuera pura retórica. En nombre de esos derechos sociales, también tenemos mucho por decir a la hora de pensar la protesta, en particular, a la hora de pensar la protesta frente a programas económicos que se aplican en varios países, bajo retóricas distintas, pero políticas básicamente idénticas. En efecto, la aplicación de la mayoría de programas económicos de muchos de nuestros países no se justifica ni sostiene en términos constitucionales. Ese es un desafío de la Constitución. Esta no puede quedar al margen y el programa económico al centro. Es al revés. La Constitución es el contrato político que hemos firmado y aceptado. En el centro, están los compromisos con el derecho expresivo y los derechos sociales, por ejemplo, y a partir de estos debemos aceptar o rechazar los programas económicos.

La idea de crecer económicamente y después ver si se puede distribuir es anti-constitucional en un sentido muy fuerte. La clase política no puede borrar esos derechos porque entiende que su legitimidad está montada así. Si el Estado asume que no puede ni quiere borrar esos derechos, si los mantiene y expande, entonces tiene que hacerse cargo de lo que implica. Si vivimos en una democracia constitucional, hay que hacerse cargo de la salud, educación, vivienda y otros derechos básicos que no pueden quedar al margen. La discusión sobre el derecho a la protesta merece sofisticarse y seguir pensándose. Así, los jueces nos pueden decir que necesitamos convivir y que, si bien hay derechos de todo tipo, tenemos que encajarlos todos, reajustándolos. En relación a esta idea, en la doctrina internacional, muchas veces se dio cabida a las llamadas 'razones de tiempo, lugar y modo', pero, aun de ser el caso, no se puede alegar cualquier cuestión para afectar los derechos. Se tiene que decidir qué es lo central en nuestros compromisos básicos vinculados con los derechos expresivos, económicos y sociales.

De aquí se desprende una gran cuestión en la teoría penal que debemos atender. No se trata solamente de la responsabilidad penal, ni del delito o falta que alguien comete, sino también de preguntarnos qué autoridad tiene el Estado para juzgar o usar la fuerza contra las personas que protestan por la sistemática violación de compromisos fundamentales al que ese mismo Estado se ha obligado constitucionalmente con la ciudadanía.

4. Protesta, igualdad y democracia

Formularé algunas referencias adicionales sobre la igualdad y la democracia. Es necesario insistir en que hay un nivel de compromisos económicos y sociales en nuestra Constitución –un pacto entre iguales–, cuya propia existencia indica que hay un componente igualitario que la política cotidiana desafía, de tal modo que lo que verdaderamente está en problemas son esas políticas cotidianas y no la Constitución, a menos que la cambien, pero nadie está dispuesto a cambiarla, en el sentido de borrar ese componente esencial que es el componente igualitario. Finalmente, el argumento democrático es especialmente importante y ha ocupado un lugar centralísimo en la experiencia argentina. Si uno le preguntase a un juez argentino o peruano *¿y usted por qué está haciendo teoría democrática de este modo?*, el juez probablemente dirá que sus decisiones no tienen nada que ver con la teoría democrática, sino que simplemente está aplicando el derecho y que no habla de las abstracciones de la teoría democrática, pues ese sería un tema de filosofía política o filosofía del derecho. Lo cierto es que, a la hora de argumentar sobre cualquiera de los derechos importantes, los jueces y operadores jurídicos apelan a cuestiones que tienen que ver con la democracia. Por ejemplo, en uno de los fallos más importantes de Argentina, relacionado con la criminalización de la protesta social, la Cámara de Casación Penal intentó sofisticar la discusión que al comienzo había parecido tener un sentido paleolítico brutal. Haciendo un esfuerzo argumentativo, señaló que el caso, siendo una cuestión de derecho, era antes que nada una cuestión democrática, que la democracia conforme a la Constitución consiste en votar cada cinco o seis años, y que los actos que se juzgaban trascendían a la democracia, que eran un desafío contra ella y constituían un acto sedicioso⁴.

4 En 2002, la Cámara confirmó la condena contra la maestra Marina Schiffrin, por participar en actos de protesta. El fallo adopta la idea que, por medio del sufragio, el pueblo rechaza o acepta las alternativas que le propone la clase política y que otros tipos de presunta expresión de la voluntad popular,

Aquí resulta que se está haciendo teoría democrática, aunque no se reconozca así abiertamente. Es teoría democrática en la peor versión imaginable y en la forma más primitiva posible. El juez tiene que darse cuenta que no solo aplica el derecho. Hace más que eso. En este caso, el entendimiento de democracia que se formula no está en ninguna Constitución, ni en Argentina ni en América Latina, pues se entiende que la democracia es mucho más que el voto.

Si un juez afirma que una manifestación o un corte de calle es una afrenta a la democracia, entonces tiene que dar explicaciones de qué tipo de teoría de la democracia absurda está usando en su fallo. A la hora de argumentar si se abre esa posibilidad, aunque no ocurra habitualmente, lo que entendemos es que hay algo central de la democracia en el derecho a la protesta. Llevamos las de ganar, no de modo tramposo sino de modo genuino, ubicados en el centro del Derecho.

distintos del sufragio —tales como reuniones multitudinarias en plaza, reuniones en lugares públicos, encuestas, huelgas u otros medios de acción directa, vayan o no acompañados por las armas—, no reflejan la opinión mayoritaria del pueblo sino, a lo sumo, la de un grupo sedicioso. Ver el fallo en: <http://www.rionegro.com.ar/diario/especiales/Caso-Schiffrin.pdf>

Bibliografía

- BADENI, G. (1999a) "Formas de Libertinaje", *Diario Clarín*, 17/5/1999.
- BADENI, G. (1999b) *Derecho Constitucional. Libertades y garantías*, Buenos Aires, Ad Hoc.
- BADENI, G. (2001) "La convivencia democrática", en *La Ley*, T. 2001-E.
- BORK, R. (1979) "The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution", 1979 *Washington University Law Quarterly*.
- CASSAGNE, J. (2002) "Reflexiones sobre los 'cacerolazos'", en *La Ley*, T. 2002-C.
- COX, A. (1951) "Strikes, Picketing and the Constitution", 4 *Vanderbilt Law Review*.
- DRÈZE, J. y A. Sen (1989) *Hunger and Public Action*, Oxford, Clarendon Press.
- DREXLER, J. y M. Hames-Garcia (2004) "Disruption and Democracy: Challenges to Consensus and Communication", en *The Good Society*, vol. 13, Nº 2.
- DUTERTRE, G. (2003) *Key case-law extracts. European Court of Human Rights, Strasbourg*, Council of Europe Publishing.
- DWORKIN, R. (1997) "In Praise of Theory", 29 *Ariz. St. L.J.* 354.
- DWORKIN, R. (1997b) "Reply", 29 *Ariz. St. L.J.* 431.
- EASTERBROOK, F. (1992) "Abstraction and Authority", 59 *University of Chicago Law Review*, 349.
- ELSTER, J. (1998) "Introduction", en Elster, J. (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- ESTLUND, D. (2005) "Democracy and the Real Speech Situation", Trabajo presentado a *IVR Conference*, Granada, España.
- FENWICK, H. (1999) "The Right to Protest, the Human Rights Act and the Margin of Appreciation", en *The Modern Law Review*, vol. 62, Nº 4.

- FISS, O. (1998) "The Unruly Character of Politics", 29 *McGeorge Law Review* 1.
- FUNG, A. (2005) "Deliberation before the Revolution. Towards an Ethics of Deliberative Democracy in an Unjust World", en *Political Theory*, vol. 33, Nº 2.
- JONES, E. (1953) "Picketing and Coercion: A Jurisprudence of Epithets", en *Virginia Law Review*, vol. 39, Nº 8.
- KALVEN, H. (1965) "The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana", en *The Supreme Court Review*, vol. 1965.
- LANDWEHR, H. (1993) "Unfriendly Persuasion: Enjoining Residential Picketing", en *Duke Law Journal*, vol. 43, Nº 1.
- MARSHALL, B. (1965) "The Protest Movement and the Law", en *Virginia Law Review*, vol. 51, Nº 5.
- MANSBRIDGE, J. (2005) "Deliberation Everywhere", Trabajo presentado a *IVR Conference*, Granada, España.
- MOON, R. (1995) "The Supreme Court of Canada on the Structure of Freedom of Expression Adjudication", en *The University of Toronto Law Journal*, vol. 45, Nº 4.
- NINO, C. (1991) *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- NUSSBAUM, M. (2000) *Women and Human Development*, Cambridge, Cambridge University Press.
- O'NEILL, K. (1999) "Disentangling the Law of Public Protest", 45 *Loyola Law Review* 411.
- POGGE, T. (2001) "Priorities of Global Justice", en Pogge, T. (ed.) (2001), *Global Injustice*, Oxford, Blackwell.
- POGGE, T. (2003) *World Poverty and Human Rights*, Cambridge, Polity Press.
- SCOUT, M. (1974) "Picketing under the First Amendment", 26 *The Hastings Law Journal* 167.

SEN, A. (2004) "Elements of a Theory of Human Rights", en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 32, N° 4.

SOBERANO, M. (2005) "La protesta social: delito, derecho o deber", mimeo.

STONE, G. (1974) "For Americana: Speech in Public Places", en *The Supreme Court Review*, vol. 1974.

YOUNG, I. (2000) *Inclusion and Democracy*, Nueva York, Oxford Press.

YOUNG, I. (2001) "Activist Challenges to Deliberative Democracy", en *Political Theory*, vol. 29, N° 5.

ZAFFARONI, E. (2002) "El derecho penal y la criminalización de la protesta social", en *Jurisprudencia Argentina IV*, 385

El caso Sarayaku: una experiencia de litigio en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos¹

Mario Melo Cevallos²

Para explicar de qué tratan los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), y las discusiones internacionales que se han generado al respecto de su exigibilidad, debemos señalar, en primer lugar, que una posición muy clásica y conservadora dentro de la historia de los derechos humanos consideraba a los DESC sencillamente como derechos de cumplimiento progresivo o meros compromisos programáticos por parte de los Estados. Había una clara división, en los años 50, entre las obligaciones estatales de los DESC y de los derechos civiles y políticos, siendo estos últimos obligatorios y de estricto cumplimiento, exigibles judicialmente; y, los primeros, no. Sin embargo, ha sido un debate resuelto tanto en la doctrina, por ejemplo, en trabajos de autores como Víctor Abramovich y Christian Courtis, como en la jurisprudencia nacional de muchos países y en los sistemas internacionales. Se ha dejado muy claro que ambos son derechos exigibles.

1. Estrategias argumentativas e interpretación evolutiva de los derechos humanos

Un gran desafío es cómo plantear una acción que busque la reivindicación de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales frente a la judicatura nacional e internacional. La estrategia que se ha planteado a lo largo de muchos años implica la alegación de la integralidad e indivisibilidad de los derechos, así como la posibilidad de que los jueces nacionales e internacionales

1 Este artículo se basa en la transcripción de la conferencia pronunciada por el autor el 15 de octubre de 2014 en el marco del III Congreso Peruano de Derechos Humanos.

2 Coordinador del Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Abogado del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku.

hagan una interpretación evolutiva de los tratados y la ley nacional, lo cual se ha concretado, en caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en avances importantes vinculados con algunos temas puntuales, por ejemplo, los territorios, el concepto de vida digna o la relación con la naturaleza y la espiritualidad. Son las líneas en las cuales el sistema interamericano ha hecho los avances más interesantes vinculados con los pueblos indígenas.

La clave, desde el punto de vista técnico, es la interpretación evolutiva. Cuando llegaron casos referidos a derechos colectivos de los pueblos indígenas al sistema Interamericano, con seguridad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se puso en una disyuntiva: cómo resolver dichos casos, por ejemplo, el de la comunidad de Awas Tingni, si es que los instrumentos que tenía en su caja de herramientas para solucionar los casos, es decir en el *hard law* interamericano, no incluyen disposiciones expresas sobre derechos de los pueblos indígenas y mucho menos sobre su territorio. Pero la CIDH no podía denegar justicia ni decir a los indígenas que se vayan y regresen en veinte años, cuando la comunidad internacional apruebe un tratado que sirva para el caso, sino que, con las herramientas disponibles, tenía que resolver y hacer justicia. Eso lo hizo a través del método de interpretación evolutiva, que viene además de una larga tradición en la jurisprudencia de los altos tribunales internacionales.

¿En qué consiste este método? Consiste, primero, en reconocer que los términos jurídicos son polisémicos, que tienen diferentes significados o conceptos de acuerdo en el contexto en el que se los utiliza. Muy concretamente, el derecho a la propiedad significa una cosa en el marco de los códigos civiles de nuestro continente y significa otra cosa en cuanto a la relación que tienen los pueblos indígenas con su territorio. Hay elementos comunes, pero también hay elementos diferenciados, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) debe tener la sabiduría para poder proteger tanto unos como otros. En segundo lugar, consiste en reconocer que los elementos del derecho internacional son instrumentos vivos que están permanentemente evolucionando, debido a que la complejidad de la vida social va poniendo de manifiesto otras facetas de la dignidad humana que es necesario proteger. Y, por último, hay que ver integralmente el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos. Si es que hay avances en legislaciones nacionales o en la legislación internacional, por ejemplo, el Convenio 169 de la Organización Internacional

del Trabajo, que contiene muchas cuestiones importantes sobre los territorios, la Corte IDH no puede ser sorda, muda ni ciega frente a esos avances, tiene que incorporarlos aun cuando su mandato es la aplicación de los instrumentos del sistema interamericano. En tanto que el Convenio 169 es un instrumento de un sistema distinto, hay que integrar el corpus iuris y eso también lo entendió con mucha claridad la Corte IDH.

2. El derecho a la propiedad, el territorio y el consentimiento previo de los pueblos indígenas

A partir del método de la interpretación evolutiva, la Corte IDH logró releer el texto del artículo 21º de la Convención Americana de Derechos Humanos, que se refiere al derecho a la propiedad en términos muy parecidos al derecho civil de nuestros países (es decir, como un derecho que consiste en la atribución de usar, gozar y disponer de una cosa) hacia una concepción mucho más amplia. Pues, conforme señala en su jurisprudencia, “el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, el derecho de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”³, la Corte IDH comenzó a entender el territorio como algo susceptible de ser apropiado colectivamente y de ser propiedad comunal perpetuamente. Ahí hay un salto que lo diferencia de la concepción del territorio en el derecho civil nacional. Y se ha avanzado mucho más. En el caso *Awas Tingni* la Corte IDH hizo reflexiones con respecto a las vinculaciones entre territorio y derechos económicos, sociales y culturales. La sentencia señaló que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, vida espiritual, integridad y supervivencia económica.

Hay un redimensionamiento de la propiedad territorial como un derecho marco que permite el ejercicio de otros derechos absolutamente fundamentales y necesarios para la dignidad humana. Ese es un avance. Sirve para las comunidades indígenas y para muchas otras colectividades en las Américas. En el caso *Yakye Axa* la Corte IDH señaló que “la garantía del derecho a la propiedad

3 Sentencia de la Corte IDH, Caso de la Comunidad Awas Tingni (Sumo) vs. Nicaragua, 31 de agosto de 2001; numeral 148.

comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores [...]”⁴

En definitiva, para los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales, el territorio lo es todo. Sin territorio no hay cultura, no hay identidad, no hay espiritualidad, no hay pueblo. Esa es la importancia que ha podido descubrir la Corte IDH a través de su jurisprudencia respecto a la relación entre los pueblos indígenas y su territorio. También ha llegado al punto de interpretar que el derecho a la propiedad incluye el derecho al consentimiento libre, previo e informado. Este es un tema muy polémico en Ecuador, Perú y muchos otros países de las Américas. Es el derecho a que cuando se quiere tomar una decisión que afecte los territorios o los derechos de los pueblos indígenas, el Estado tenga que informarles, preguntarles y además respetar la decisión que los consultados adopten. A lo que ha llegado la Corte IDH, en el caso *Saramaka vs. Surinam*, es a afirmar que “[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones...”⁵. Y este estándar está vigente, pues las decisiones de la Corte IDH son estándares obligatorios exigibles en todos los países del sistema de la Organización de Estados Americanos. Esta decisión histórica es muy importante y debe ser útil para los pueblos indígenas de las Américas que están defendiendo su territorio frente a las industrias extractivas.

3. El caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku

Ahora, veamos la historia del pueblo de Sarayaku. Esta historia se refiere al bloque petrolero N° 23, en el centro de la amazonía ecuatoriana, una zona de bosques megadiversos y extraordinarios donde tradicionalmente no se ha ex-

4 Sentencia de la Corte IDH, Caso Comunidad indígena Yakyé Axa vs. Paraguay, 17 de junio de 2005; numeral 154.

5 Sentencia de la Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, 28 de noviembre de 2007; numeral 134.

plotado petróleo, y es territorio de la comunidad indígena Kichwa Sarayaku. No hay carretera para acceder. Sus caminos tradicionales siempre han sido el río Bobonaza y, últimamente, pequeñas avionetas que les permiten comunicarse con la sociedad mayor. El borde del bloque 23, es decir, el borde demarcado del proyecto petrolero está superpuesto en parte con el borde tradicional del territorio del pueblo de Sarayaku. Hay una superposición de una visión del territorio tradicional como fundamento de la vida y de la integridad de un pueblo indígena, frente a otra visión del territorio que ve a ese mismo espacio sencillamente como un proyecto extractivo. De esa manera se sobreponen ambas visiones, lo que se traduce, por supuesto, en un conflicto.

En el mapa de exploración sísmica petrolera, se puede constatar lo que sucede en el caso Sarayaku. La empresa concesionaria CGC, a la cual el Estado ecuatoriano le entregó el derecho de buscar y explotar petróleo en el territorio de Sarayaku en 1996, señaló los lugares donde iban a colocar cargas de explosivos a 12 metros de profundidad. Se trataba de 3 o 4 kg de pentolita, un explosivo de alta potencia que querían hacer estallar en diversos puntos para ver si había petróleo y en qué cantidad. Para entender didácticamente de lo que se trata, pensemos que cuando uno quiere saber si dentro de un coco hay agua, lo que se hace es sacudir el coco y si suena es que hay agua. Lo mismo hacen con la madre tierra. La hacen sacudir y con eso calculan si es que hay petróleo. El problema es que todo este espacio territorial es un espacio de bosque, donde viven animales, plantas y, por supuesto, personas, cuya subsistencia depende de la cacería, la pesca y la recolección de frutos del bosque. Un proyecto así de agresivo dejaba a la gente sin territorios y sin qué comer. La comunidad de Sarayaku tenía que oponerse a este proyecto petrolero por razones de sobrevivencia. A veces, se dice que, si solo se va a explorar, los pueblos indígenas se oponen sin razón, pero explorar en materia petrolera es una actividad extremadamente agresiva que produce tremendos impactos.

El proyecto petrolero del bloque 23 para el pueblo de Sarayaku significó temor, violencia, persecución y la violación de un conjunto de derechos, entre ellos, los derechos a la propiedad, a la consulta previa, a la identidad cultural, a la vida y a la tutela judicial efectiva.

3.1 Testimonio de una audiencia

Fue una mala noticia para la comunidad enterarse que su territorio era para el Estado un proyecto petrolero y que entraban trabajadores petroleros acompañados de personal armado del ejército ecuatoriano a colocar explosivos y hacerlos estallar. El proceso de exigibilidad de estos derechos es altamente reivindicatorio y hay un momento clave en este litigio internacional ante la Corte IDH: la audiencia pública de juzgamiento. Esta audiencia se lleva a cabo normalmente en su sede, San José de Costa Rica, aunque también la Corte puede sesionar en cualquiera de los otros países del sistema de la OEA. En el caso de Sarayaku, en junio del año 2011, se convocó a esta audiencia para juzgar al Estado ecuatoriano por estos hechos. Fui abogado de la comunidad conjuntamente con Viviana Krsticevik de la organización CEJIL, y, cuando nos convocaron a la audiencia, llamé a los dirigentes para decirles que tenemos que estar preparados para que un pequeño grupo vaya a San José de Costa Rica. Ellos me dijeron que tenía que ir toda una delegación de al menos veinte personas porque el caso era muy importante para el pueblo. Los Sarayakus son gente de la selva muy emprendedora y altamente organizada. Así, comenzaron a mover una serie de contactos y amistades, logrando así que veintidós personas estén en la delegación incluyendo ancianos, hombres, mujeres y un niño de cuatro meses de edad, para poder dar cara al Estado, decir nuestros argumentos y poder escuchar los argumentos del Estado.

La audiencia es un momento altamente reivindicante. Ver al Estado sentado en el banquillo de los acusados, obligado a responder frente a la justicia internacional por lo que hicieron o dejaron de hacer por el pueblo indígena, es reivindicante. En esa oportunidad, tuve la suerte de interrogar a don Sabino Gualinga, Yachak de Sarayuku, un hombre de 96 años que fue ante la Corte IDH y tuvo la oportunidad de decir a los jueces internacionales cuál era el real problema: Sarayaku no es cualquier espacio territorial, es *kawsay sachá* –como ellos dicen–. Es una selva viva, un ser vivo que se manifiesta de muchas maneras, una tierra viviente en la que existen árboles, plantas medicinales y otros tipos de seres. En la audiencia le pregunté qué es lo peor que hizo la empresa CGC cuando entró a su territorio y él respondió que la mitad de los seres espirituales que cuidan el bosque se fueron por los explosivos. Si a un católico ferviente le dicen que por algo que hizo una empresa la Virgen María se fue del cosmos y no vuelve más, eso sería algo tan grave que puede desconstituir

una personalidad, algo extremadamente grave. Eso le pasó a Sarayaku. Alguien podría decir que es una tontería o que estamos hablando de fantasmas, pero es la esencia misma del pensamiento de aquellas personas, realidades con las que conviven y que son dignas de respeto.

3.2 Estándares de la consulta previa en el fallo de la Corte IDH

Lo que decidió la Corte IDH fue muy importante, pues señaló que la falta de consulta previa afectaba la identidad del pueblo indígena: “La Corte considera que la falta de consulta al Pueblo Sarayaku afectó su identidad cultural, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos”⁶. Es decir, la falta de consulta afectó el tronco fundamental de un pueblo, que es su identidad. Por eso, el Estado ecuatoriano fue condenado.

¿Qué avances aportó la Corte IDH desde el punto de vista técnico? Señaló muchos aspectos importantes. Estableció que los pueblos indígenas son sujetos colectivos de derecho. Eso puede sonar raro. En diversos países, no hay discusión respecto de la posibilidad de que haya derechos colectivos, nuestra tradición jurídica continental-europea se resiste a eso, la formación en nuestras universidades nos conduce a pensar que los derechos son manifestaciones de la individualidad de las personas y es casi una disfunción del derecho que haya colectividad. Antes se decía, en algunas clases de derecho civil, que la comunidad está destinada fatalmente a la partición. Pero el Derecho ha avanzado mucho, pues la Corte IDH dice que hay legítimamente sujetos colectivos de derechos como son los pueblos indígenas y que la propiedad colectiva de los pueblos indígenas no tendría que terminar necesariamente en la partición. Por esta discusión jurídica, el año 2009 en Perú hubo muchos muertos y mucho dolor.

La sentencia también señaló que la obligación de consultar es un principio de derecho internacional. No se consulta porque ese derecho esté reconocido en

6 Sentencia de la Corte IDH, Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 27 de junio de 2012; numeral 220.

un reglamento o una ley, o porque el Estado sea o no parte del Convenio 169 de la OIT. Se consulta porque se va a afectar los derechos de una persona o un grupo humano. Eso es un principio fundamental que forma parte del núcleo duro del derecho internacional.

Asimismo, se señala que el deber de consultar es del Estado y no se puede delegar a las empresas. Muchas veces las empresas interesadas en el negocio son las que van a hacer la consulta, siendo juez y parte, y generalmente la información que dan es sencillamente propaganda. Para la Corte IDH eso no sirve. Tiene que ser el Estado el que vaya y dé la cara a las comunidades antes de tomar una decisión que les va a afectar.

3.3 Los estándares de la consulta previa

La Corte IDH estableció un conjunto de estándares, que ya estaban en el derecho como *soft law* en los pronunciamientos de los relatores y de los comités. Lo que hizo la Corte IDH es convertirlos en *hard law*, porque los precedentes de la Corte IDH son obligatorios y directamente exigibles, incluso, ante las jurisdicciones nacionales. Alguien puede demandar en el Perú un caso de consulta a los pueblos indígenas, ante la justicia nacional, fundamentándose en los estándares de la sentencia de Sarayaku. Los estándares de acuerdo a la sentencia fueron los siguientes:

- a. El carácter previo de la consulta.
- b. La buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo.
- c. El uso de medios adecuados y accesibles.
- d. Estudio de impacto ambiental.
- e. Debe ser informada.
- f. Conformidad con los estándares internacionales.
- g. Regulación de los procesos de consulta.
- h. Participación de las propias comunidades en su realización.

Una medida compleja es la regulación de los procesos de consulta de acuerdo a los estándares internacionales. En el Ecuador, rige un reglamento que es

anterior a la sentencia de la Corte IDH y que no cumple esos estándares ni fue consultado a los pueblos indígenas. Estamos exigiendo que se la cumpla la sentencia en ese punto y se haga una nueva legislación de acuerdo con los estándares internacionales y sea consensuada con los pueblos indígenas.

Estos son algunos aspectos claves, pero la sentencia fue mucho más amplia. Por ejemplo, hubo una indemnización que fue pagada por el Estado. También se ha cumplido con realizar una difusión pública de la sentencia. Se ordenó el retiro de la tonelada y media de los explosivos sembrada en 20 km² del territorio, pero llevará su tiempo y es muy costosa. A veces colocar explosivos en un territorio tiene sus dificultades, pero es relativamente fácil y barato, luego retirarlos parece ser casi imposible. Esa es la disyuntiva. Se pide que se cumpla la sentencia, pero también hay preocupación por el impactos que el retiro de explosivos podría tener para la Madre Tierra.

4. Elementos destacados del litigio estratégico en el Caso Sarayaku

Ha sido una década de lucha. El caso comenzó en el año 2002, con las primeras reuniones y la sentencia se emitió el año 2011. Antes de la sentencia, la Corte IDH programó una nueva audiencia del caso. Fue una decisión extraordinaria, pues se realizó en el territorio de Sarayaku. La gente pudo expresarse en su propio idioma y en su propio contexto. En ese momento y en ese lugar, los jueces pudieron contrastar la realidad, pues el litigio, nacional o internacional, a veces es muy abstracto, y las víctimas terminan siendo personas que están en el papel, sin rostro y sin voz.

En este largo periodo, los elementos destacados en el litigio han sido:

- a. *La decisión y el protagonismo del pueblo indígena de Sarayaku:* Los abogados y asesores cumplimos un rol, pero quien debe decidir y tiene que apropiarse del caso es el mismo pueblo. Eso nos quedó nítido desde el primer día que nos relacionamos con Sarayaku hace ya muchos años, pues son absolutamente capaces de entender los procedimientos, aprender sobre la marcha –igual que sus abogados íbamos aprendiendo– y tomar siempre las decisiones.

- b. *La estrategia política enmarca la estrategia legal:* Esta tiene un rol instrumental frente a una herramienta más grande que es la política. La visión política se funda la estrategia legal de la libre determinación. Sarayaku se fue construyendo como un pueblo autodeterminado y autogobernado en el transcurso del litigio. Usaron, en un buen sentido, el litigio con este fin político trascendente de construir un poder popular que les haga, sencillamente, vivir mejor.
- c. *La capacidad de establecer y sostener alianzas con actores locales, nacionales e internacionales:* Uno a veces se pregunta cómo un pueblo pequeño, de 1200 personas sencillas, en donde la mayoría anda descalza dentro de su comunidad y muy pocos hablan castellano o poseen estudios universitarios, tuvo la capacidad de vencer a un consorcio de empresas transnacionales, de sentar a un Estado en el banquillo de los acusados y ganarle, evitando que su territorio sagrado se vuelva un campo petrolero. Lo hizo como hacen las arañas en la selva, tejiendo una red, la red de solidaridad y amistad, con gente que está comprometida en el mundo entero por la defensa de la naturaleza y de los pueblos indígenas. Ese es un trabajo grande e importante que al final terminó siendo capital.
- d. *La fuerte participación de las mujeres:* Sarayaku es un pueblo de mujeres valientes, fuertes y decididas. Los hombres a veces nos quebramos. Los dirigentes varones, por ciertas circunstancias históricas, están más vinculados con el mundo exterior y a veces se quiebran; las mujeres, no, porque las mujeres están vinculadas a la familia, tienen un compromiso con la tierra, con los hijos, y eso les hace ser el sostén fundamental de procesos de tan grande aliento. El éxito de Sarayaku es el éxito de sus mujeres impresionantes, que con el tiempo se vuelven voceras globales como Patricia Gualinga y otras grandes lideresas
- e. *El proceso de exigibilidad de derechos como un proceso de rehabilitación de la víctima:* Hablar de derechos humanos es hablar de dignidad humana. Las violación a los derechos humanos son violaciones a la dignidad humana. Quien ve su dignidad violentada, se desconstituye como persona, y un pueblo que ve su identidad violentada, se desconstituye como pueblo. Necesita reconstruirse. En este caso, el pueblo se va levantando a través del ejercicio de la justicia, enmarcado en una visión política que les permite reivindicarse de mejor manera.

Por último, el 2 de octubre de 2014 hubo un momento que va cerrando el ciclo. El Estado ecuatoriano, por mandato de la Corte IDH, tuvo que acercarse a la comunidad de Sarayaku, a través de un grupo de ministros, a pedir disculpas por los hechos sucedidos, y fue difícil, porque es una relación muy compleja entre el Estado y las comunidades, pero el pueblo aceptó las disculpas y dijo expresamente que perdonaba al Estado ecuatoriano. Ese fue un hecho histórico, que en un país como el Ecuador (que igual que el Perú y otros países de la región, viene de una herencia colonial muy poderosa) el poder del Estado haya llegado a una comunidad indígena para humildemente decir “miren nos equivocamos. Fallamos. Perdónennos”. Ahí se va concretando en la realidad el concepto de Estado plurinacional, que en la Constitución de Ecuador está escrito en tinta sobre una hoja de papel. Con ese acto, se dio un primer paso para que, efectivamente sea un hecho.

III. ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y NACIONALES

Una aproximación a los Derechos Económicos Sociales y Culturales desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Víctor Alberto Varillas Borja¹

En la presente ponencia, realizaré un compendio de los instrumentos jurídicos relativos a la protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante DESC), a fin de establecer los estándares internacionales en la materia de forma sistemática. Así mismo, de forma paralela, haré una reseña sobre la función que cumplen los órganos y mecanismos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, los cuales permiten fortalecer la exigibilidad judicial y política de los derechos económicos, sociales y culturales, aspecto imprescindible para el entendimiento de la democracia en el mundo contemporáneo.

Los instrumentos de derechos humanos establecen obligaciones que todos los Estados deben cumplir en el ámbito interno. Es por ello que existe una estrecha relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y la adopción de medidas internas para que estas obligaciones se cumplan, con especial atención a los estándares precisados por los intérpretes autorizados de las normas internacionales. De este modo, los Estados, de acuerdo a su orden jurídico, tendrán una forma particular de incorporar tales normas internacionales en su ámbito interno, de acuerdo a sus características institucionales y legales, evidenciándose así una concepción de la naturaleza unitaria o monista del Derecho.

¹ Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal.

1. Los derechos humanos como punto de partida para abordar los DESC

Los derechos humanos son derechos que detentan todos los seres humanos por igual, debido a dicha naturaleza son universales e inalienables. En este sentido, estos derechos protegen las condiciones básicas de las que toda persona debe gozar para llevar una vida en condiciones de dignidad. Ahora bien, a pesar de las diferencias que pueden surgir al definir los DESC junto a los Derechos Civiles y Políticos, debe destacarse que todos ellos son derechos humanos de igual naturaleza, jerarquía e importancia. Por ello, la Convención Americana de DD.HH precisa, en el Considerando 4° de su Preámbulo, que sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus DESC, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

A pesar de lo contundente del argumento del párrafo anterior, es común encontrar referencias sobre una eventual distinción de naturaleza, así como de jerarquía entre los Derechos Civiles y Políticos, o derechos de primera generación, y los DESC, o derechos de segunda generación. La aparición de estos planteamientos poco felices la reseña el Instituto Interamericano de Derechos Humanos al referir que “en el debate internacional que surgió tras la adopción de la Declaración Universal había una posición más conservadora que categorizaba los derechos sociales como no exigibles a través de reclamos ante órganos judiciales. Esta visión limitaba la capacidad de intervención de los Estados en materia de DESC, que eran considerados como inferiores a aquellos derechos asociados a libertades fundamentales”².

Esta postura restringe a los DESC como actos políticos antes que concebirllos como derechos relacionados a normas jurídicas vinculantes. Además, su exigibilidad está supeditada a la erogación de recursos. Según este orden de ideas, los DESC implicarían obligaciones positivas o de hacer, mientras que los Derechos Civiles y Políticos, obligaciones negativas o de no hacer. Agrega que el contenido esencial de los derechos civiles y políticos es igual e invariable con independencia del Estado del que se trate, mientras que el contenido de los

2 Instituto Interamericano de Derechos Humanos: “Protección Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano”. p.15.

DESC variaría dependiendo del grado de desarrollo económico de cada Estado. Sin embargo, la doctrina así como las instituciones legitimadas para interpretar estas categorías ya han superado largamente esta eventual distinción de naturaleza y jerarquía, cuando la única distancia que tienen es una de grado³.

Finalmente, es importante referirnos respecto a esa idea recurrente sobre las obligaciones con efecto inmediato que generan los Derechos Civiles y Políticos, y las obligaciones de cumplimiento progresivo de los DESC. Esto último no es determinante. Sobre ello, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que los derechos sociales involucran obligaciones inmediatas en algunas esferas, tales como la no discriminación y la adopción de medidas para su realización. Por ello, su realización no puede retrasarse indefinidamente sino que debe ser enfrentada con medidas actuales que, de no adoptarse, generan responsabilidad internacional del Estado. En conclusión, no existe jerarquía admisible entre los derechos humanos, de tal forma que todos son iguales, indivisibles, interconectados e interdependientes, como lo seguiremos sustentando a continuación.

2. Instrumentos normativos del Sistema Internacional de Protección de los DESC

2.1 Instrumentos reguladores de los DESC en el Sistema Universal

- a. La Carta de las Naciones Unidas⁴ es la norma constitutiva de la ONU en la que se declaran los principios, propósitos, estructura institucional y poderes de dicha organización. Si bien no contiene referencia expresa a derechos concretos ni a su protección, tampoco hace mención específica a los DESC, solo incluye referencias generales a los derechos humanos en su preámbulo básicamente. En todo caso, su relevancia se constituye en la medida que ha servido de fundamento para elaborar una serie de instrumentos internacionales y establecer la existencia y competencia de órganos especializados.

3 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian: "Los derechos sociales como derechos exigibles". Pp. 24 y 25.

4 Carta de la ONU, se firmó el 26 de junio de 1945 en la Conferencia de San Francisco, entró en vigor el 4 de octubre de 1945.

- b. La Declaración Universal de los Derechos Humanos es el primer instrumento jurídico universal de derechos humanos. En ella, encontramos los principios generales y estándares en materia de derechos humanos, tanto de DESC como de derechos civiles y políticos. Reconoce entre sus artículos 22° y 27° a los DESC: Derecho a la seguridad social, Derecho a obtener la satisfacción de los DESC indispensables para la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de toda persona, Derecho al trabajo, Derecho a sindicarse, Derecho al descanso y al tiempo libre, Derecho a un nivel de vida adecuado, Derecho a cuidados y asistencia especiales a la maternidad e infancia, Derecho a la educación y Derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios del mismo.

- c. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el tratado internacional regulador de las obligaciones de los Estados y de los mecanismos de protección en materia de DESC de carácter vinculante para los Estados. Por ello, incurrirán en responsabilidad internacional de no cumplir con las obligaciones suscritas. Este tratado no cuenta con un mecanismo de denuncias, sino solo el de un sistema de informes periódicos de los Estados sobre el estado de protección de los DESC en su territorio. A esta situación cabe agregarle que el Comité DESC fue creado para dirigir un procedimiento no coercitivo de control de la responsabilidad estatal, como veremos en los próximos párrafos. El Pacto Internacional de DESC tiene cinco secciones:
 - 1°. El artículo 1° que establece el derecho a la libre determinación de los pueblos.
 - 2° Del artículo 2° al 5° se establece la naturaleza y alcance de las obligaciones para los Estados y las limitaciones a los derechos previstos en el PIDESC.
 - 3° La tercera parte establece el listado de los derechos sustantivos protegidos: Derecho a trabajar, Derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, Derecho a la organización sindical y derecho de huelga, Derecho a la seguridad social, Derecho a la protección de la familia, Derecho a un nivel de vida adecuado, Derecho

a protección contra el hambre, Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Derecho a la educación y Derecho a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.

4° La parte cuarta está destinada a la regulación del mecanismo de informes estatales.

5° La parte quinta establece las disposiciones sobre entrada en vigor del mismo.

- d. Otros instrumentos normativos: Se cuenta con normas específicas caracterizadas por ser reguladoras de los derechos humanos de ciertos grupos o individuos afectados por situaciones de vulnerabilidad. Por motivos de espacio, solo mencionaremos algunos ejemplos: La Convención sobre los Derechos del Niño, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, etc.

2.2 Instrumentos reguladores de los DESC en el Sistema Interamericano

- a. La Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre⁵, en su primer capítulo, enuncia tanto derechos civiles y políticos como DESC. Esta naturaleza enunciativa podría sugerirnos un carácter, aparentemente, no obligatorio para los Estados. Sin embargo, constituye la base legal sobre la que actúa la Corte Interamericana de DD.HH. respecto a Estados que no son parte en la Convención Americana de DD.HH. Es el marco de referencia para analizar y decidir peticiones individuales, o la situación de los derechos humanos en tales países.
- b. La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José fue adoptada en 1969, y está conformada por un Preámbulo y tres par-

5 Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia, en el año 1948.

tes. La primera parte se titula “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y se divide en cinco capítulos. El primero enuncia los deberes de los Estados y el segundo refiere a derechos civiles y políticos, pero es en el tercer capítulo donde se desarrollan los “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”⁶.

- c. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador, enuncia una amplia lista de DESC: al trabajo, a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, derechos sindicales, a la seguridad social, a la salud, a un medio ambiente sano, a la alimentación, a la educación, a los beneficios de la cultura, a la constitución y protección de la familia, derechos de la niñez, a la protección de los ancianos, etc.
- d. La Carta Democrática Interamericana constituye un documento de especial relevancia en relación a los DESC. No reconoce derechos, pero destaca la importancia de los DESC para la consolidación de la democracia y los considera de igual trascendencia y jerarquía que los derechos civiles y políticos, considerando que la Declaración Americana y la Convención Americana contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a dicho modelo de gobierno.

3. Órganos del Sistema Internacional de Protección de los DESC

3.1 Órganos de protección de los DESC en el Sistema Universal:

- a. La Comisión de Derechos Humanos fue creada en 1946 como el principal órgano legislativo para la promoción y protección de derechos humanos. Entre sus principales codificaciones destacan la creación del Pacto de DESC, así como los procedimientos especiales y la red de mecanismos necesarios para llevarlos a cabo. La Comisión fue sustituida por la Resolución de la Asamblea General A/RES/60/251 del 15 de marzo de 2006 y es disuelta el 16 de junio de 2006 en su 62º periodo de sesiones.

6 Faúndez Ledesma, Héctor: “El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales”. p. 71.

- b. El Consejo de Derechos Humanos es un órgano subsidiario de la Asamblea General de la ONU, creado para sustituir a la Comisión de Derechos Humanos. Es el órgano responsable de promover el respeto universal por la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. Tiene por función elaborar recomendaciones en casos de violaciones de derechos humanos, así como promover el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados en esa materia. El Consejo establece mecanismos de expertos para que examinen las dificultades con las que se enfrenta en el ámbito de los derechos humanos.
- c. El Consejo Económico y Social es el órgano encargado de promover el progreso económico y social a nivel mundial. Así, promueve niveles de vida más elevados y el pleno empleo, asiste en la determinación de soluciones para los problemas económicos y sociales, como la salud, y, en definitiva, fomenta el respeto universal de los derechos humanos, entre ellos los DESC. Tal es así, la relevancia de su función, que abarca más del 70% de los recursos del sistema de la ONU. El ECOSOC coordina la labor de los organismos especializados y de las comisiones, orgánicas y regionales, recibe informes de los fondos y Programas de la ONU, y emite recomendaciones de políticas dirigidas a la ONU y a los Estados.
- d. El Comité de DESC fue creado por el Consejo Económico y Social con el fin de fortalecer la supervisión del cumplimiento del Pacto Interamericano de DESC por parte de los Estados que existía con los Grupos de Trabajo asignados con anterioridad para tal tarea. Por ello, no es un órgano creado por (y para vigilar) un tratado, como sí ocurre con los órganos referidos.
- e. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos presta servicios a los demás órganos para el desempeño de sus funciones en la gestión diaria del mandato, en la preparación de la correspondencia habitual, en las comunicaciones oficiales con gobiernos y otras organizaciones, en la asistencia en la preparación de informes, en la información sobre plazos de presentación de informes, en la preparación logística de las misiones y en el apoyo del personal durante las misiones. Organiza su trabajo a través de subdivisiones, en el ámbito de los DESC, y le concierne a la Subdivisión de Investigación y del Derecho al Desarrollo.

- f. La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas es uno de los órganos centrales del sistema de la ONU. Entre sus funciones se destacan fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario, y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Su actividad, en el ámbito de los DESC, proviene en gran medida de las resoluciones que dicta y en la creación de órganos subsidiarios para asistirle en el desempeño de sus funciones⁷.

3.2 Órganos de protección de los DESC en el Sistema Interamericano

- a. La Asamblea General es el órgano máximo de este sistema, decide la acción y política general de la Organización, determina su estructura y las funciones de sus órganos, así como también considera los informes que le eleven otros organismos. Su competencia material es amplia en materia de derechos humanos. La Asamblea puede emitir resoluciones, declaraciones o recomendaciones, toda vez que, anualmente, tanto la Comisión IDH como la Corte IDH, presentan ante la Asamblea informes sobre su labor. Cabe referir que, en el marco de su labor, la Asamblea ha dictado resoluciones referidas a DESC y otros temas afines.
- b. El Consejo Permanente de la organización está formado por un representante de cada Estado y puede conocer cualquier asunto que le encomienden la Asamblea General o la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores. Su función principal es velar por las relaciones de amistad entre los Estados miembros y ayudar en la solución de sus controversias, y ejecutar las resoluciones de la Asamblea o de la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores que no le fueran encomendadas a otra entidad.
- c. El Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral depende de la Asamblea General, constituye un foro de diálogo político y técnico para promover acciones conjuntas para el desarrollo y la eliminación de la pobreza.

7 O'Donnell, Daniel: "Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Internacional". p. 40.

Cuenta con una comisión ejecutiva que se ocupa de asegurar que sus decisiones se ejecuten de modo coordinado. Tiene comisiones especializadas para asuntos de desarrollo social y generación de empleo, educación, diversificación e integración económica, apertura comercial y acceso a mercados, desarrollo científico e intercambio y transferencia de tecnología, fortalecimiento de las instituciones democráticas, desarrollo sostenible del turismo, desarrollo sostenible y medio ambiente, y cultura.

- d. El Comité Jurídico Interamericano es un órgano técnico formado por 11 juristas y tiene por función servir de cuerpo consultivo de la Organización de Estados Americanos en aspectos jurídicos así, como promover el desarrollo del derecho internacional.
- e. Los Organismos Especializados son organismos intergubernamentales, creados por acuerdos multilaterales que tienen funciones en materias técnicas de interés común para los Estados. Tienen autonomía técnica, sin perjuicio de que deben tomar en cuenta las recomendaciones de la Asamblea General o los consejos. Presentan informes anuales a la Asamblea General 164. De los Organismos Especializados existentes, son relevantes para la materia que nos ocupa los siguientes: la Comisión Interamericana de Mujeres, el Instituto Indigenista Interamericano y el Instituto Interamericano del Niño.
- f. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene como función principal promover la observancia y defensa de los derechos humanos, así como servir de órgano consultivo de la Organización en la materia. La Comisión tiene un doble origen normativo: la Carta de la OEA, que la postula como órgano principal de la misma, y la CADH, que le asigna funciones en relación a ella. La CIDH tiene amplias facultades referidas a la promoción de los derechos humanos en los países de América, puesto que puede formular recomendaciones a los gobiernos, preparar estudios o informes, o atender consultas de los Estados, entre otras actividades. Debe, asimismo, presentar un informe anual a la Asamblea General. Más allá de este deber, prepara también informes especiales analizando la situación de determinados países o problemáticas. Para el adecuado cumplimiento de sus funciones, la CIDH puede crear relatorías o grupos de trabajos. Actualmente, existen Relatorías temáticas, cuya labor es atinente, respectivamente, a la

libertad de expresión, los derechos de la mujer, trabajadores migratorios y miembros de sus familias, pueblos indígenas y personas privadas de libertad. Además, existe una Unidad sobre defensores y defensoras de derechos humanos.

- g. La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano judicial internacional autónomo que opera con base legal en la Convención Americana de DD.HH. Este instrumento brinda las pautas básicas sobre su estructura, funcionamiento y competencia. El Estatuto de la Corte IDH fue adoptado en 1979, año en que comenzó a funcionar. Este órgano tiene por misión, genéricamente, evaluar la adecuación de las conductas estatales a lo normado en el Pacto de San José, siendo el máximo intérprete autorizado de tal tratado. Tiene dos tipos de competencia: la contenciosa y la consultiva. Mediante el ejercicio de la primera, puede tratar casos particulares que le someta la Comisión IDH y emitir una sentencia en que determine si un Estado ha incumplido o no la CADH u otro tratado que le otorgue competencia. En este último caso, puede ordenar las medidas de reparación que considere pertinentes. Si el Estado, a criterio de la Corte IDH, las incumpliera, esta puede informar de tal hecho a la Asamblea General de la OEA.

4. La exigibilidad de los DESC en el ámbito interno

Los estándares internacionales conforman un parámetro trascendente para la exigibilidad de los derechos sociales a nivel interno de los Estados. La interacción entre derecho internacional y derecho interno ha sido progresiva⁸, y se ha manifestado de diversas formas en las últimas décadas, no solo por el derecho positivo sino también gracias a la jurisprudencia y las decisiones (recomendaciones, resoluciones, observaciones generales, informes, etc.) de órganos de control de los sistemas internacionales de protección. Estos pronunciamientos, que aún no han sido recogidos en tratados internacionales o en decisiones de organismos estrictamente judiciales, han sido reconocidos como doctrina autorizada o derecho emergente en la materia, también asociado al concepto de *soft law*⁹.

8 Hackanson Nieto, Carlos: "Curso de Derecho Constitucional", p. 229.

9 Del Toro Huerta, Mauricio Iván: "El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional", p. 519.

Esta dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Estos argumentos permiten afirmar la relevancia de la sistematización de estándares internacionales de los derechos sociales para la aplicación de un enfoque de derechos humanos en las políticas públicas y las estrategias de desarrollo y reducción de la pobreza. En este sentido, si se trata de estándares que constituyen la interpretación autorizada de normas que obligan a los Estados, debe concluirse que todos los funcionarios públicos están obligados a tomar como criterios relevantes dichos estándares en el ejercicio de sus funciones. Ello genera una unidad de protección a través de la interacción entre los sistemas nacionales e internacionales de garantía.

En base a lo expuesto, podemos advertir situaciones específicas: Una de ellas es el fenómeno de ‘nacionalización’ del derecho internacional de los derechos humanos, a partir de la idea en que también los tribunales nacionales van adoptando gradualmente los parámetros surgidos del ámbito internacional, sin dejar de ser urgente también que en la actividad legislativa y ejecutiva se les tenga en cuenta. Aquello nos permite comprender cuán relevante es la exigibilidad política y judicial de los DESC en consideración de aquellas personas (o grupos de ellas) que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad. En este sentido, la interpretación de las obligaciones estatales deberá comprender este campo específico y orientar sus esfuerzos en el desarrollo de la protección y garantía de los DESC.

5. El carácter de interdependencia a partir de la jurisprudencia

En este punto, es fundamental reconocer la relevancia de la jurisprudencia internacional para traducir, en consecuencias jurídicas concretas, el carácter de la interdependencia de los derechos humanos en general. Esta tendencia ha dado cuenta de la integralidad e indivisibilidad que los derechos humanos tienen en relación a la protección de la persona humana. Este carácter, que presentan los derechos humanos entre sí, ha sido recogido básicamente por la jurisprudencia de la Corte IDH. Dadas las dificultades que, para decidir directamente sobre DESC, presenta la redacción de las normas sobre este tema en la

Convención Americana de DD.HH., la Corte ha protegido los derechos sociales a partir del ámbito de protección de derechos civiles y políticos en casos particulares.

Por ejemplo, en el caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, referido a la ejecución extrajudicial de ‘niños de la calle’ que vivían en una situación de pobreza, privados de mínimas condiciones de una vida digna, la Corte desarrolló una interpretación amplia del derecho a la vida para incluir en él las condiciones dignas de existencia, sosteniendo que el derecho fundamental a la vida comprende, no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna.

En este orden de ideas, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. Ello armoniza la interpretación del derecho a la vida con los estándares de derechos sociales, particularmente el derecho a un nivel de vida adecuado, contenido en el artículo 11° del Pacto Interamericano de DESC. Esta aproximación al concepto de interdependencia busca resaltar la pertinencia de la sistematización de estándares internacionales de derechos humanos. En efecto, la interrelación entre los derechos está llamada a fortalecer las estrategias de exigibilidad, tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional, para que se constituya en una alianza necesaria.

Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian: "Los derechos sociales como derechos exigibles". Editorial Trotta. Primera Edición. Madrid, 2002.

DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván: "El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional", en Anuario Mexicano de Derecho Internacional. México, 2006.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor: "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales". Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Tercera Edición. San José, 2004.

HACKANSON NIETO, Carlos: "Curso de Derecho Constitucional". Editorial Palestra. Segunda Edición. Lima, 2012.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: "Protección Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano". Editorial Editorama. Primera Edición. San José, 2008.

O'DONNELL, Daniel: "Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Internacional". Editorial del Tribunal Superior de Justicia. Segunda Edición. México, 2012.

Protección universal de los DESC y perspectivas de un tratado sobre derechos humanos y empresas

Marco Antonio Huaco Palomino¹

1. Protección universal de los DESC

1.1. El PIDESC y la indivisibilidad de los derechos humanos

En el año 1966, entró en vigor el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), con características especiales que lo diferencian del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). El PIDCP, de ese mismo año, creó un comité especial para supervisar el cumplimiento de dicho tratado, el Comité de Derechos Humanos –a diferencia del PIDESC que confía la supervisión del cumplimiento de las obligaciones de dicho tratado al Consejo Económico y Social de Naciones Unidas–, un órgano que pertenece a la Asamblea General.

En el contexto ideológico y político en el que se adoptan los dos pactos, esta separación se enmarca en una época de la doctrina en la que los derechos civiles y políticos se consideran de carácter exigible de manera inmediata, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales son entendidos como aspiraciones programáticas de realización paulatina y gradual, condicionada a la voluntad política y presupuesto de los Estados. Sin embargo, con la Decla-

1 Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), Magíster en Ciencias Sociales de la Religión por la Facultad de Ciencias Sociales de dicha Universidad, Master en Protección Internacional de los Derechos Humanos por el Institut des Hautes Études Européennes de la Universidad de Estrasburgo (Francia), Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales por la Universidad de Verano de Derechos Humanos del Collège Universitaire Henry Dunant (Ginebra). Es docente de derechos humanos en la UNMSM, ha sido asesor legal de diversas organizaciones y comunidades indígenas en Perú, asesor parlamentario en temas indígenas en el Congreso de la República peruano y actualmente cursa el Doctorado en la Universidad de París (Panthéon Sorbonne) y la Universidad de Sevilla.

ración de Viena de 1993 se reafirma con vigor la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos. Además, se va dejando atrás la pretensión de trazar de manera rígida una división entre ambas generaciones o tipos de derechos, de manera que el PIDESC se adopta con algunos artículos que mencionan la necesidad de progresar paulatinamente su realización, pero esto no quiere decir que no sean inmediatamente exigibles. Es así que, para poder concretizar esta idea, se redacta un Protocolo Facultativo, en el año 2008, plasmando su dimensión contenciosa en el marco del cumplimiento de la obligación de proteger los derechos humanos del PIDESC.

En el año 2013, se da un acontecimiento histórico, fundamental en el desarrollo y evolución de los derechos humanos a nivel mundial: la entrada en vigor del Protocolo Facultativo del PIDESC², lo que significa, en buena cuenta, tener un organismo internacional para ventilar comunicaciones, mecanismos contenciosos de reclamo y exigibilidad de estos derechos. La doctrina y la teoría que dividían la vigencia de los derechos humanos quedan definitivamente convertidas en piezas de museo. Se adopta el Protocolo Facultativo del PIDESC a fin de que todos aquellos que se han suscrito o se han adherido al Pacto puedan contar también con la posibilidad de suscribir el protocolo y someterse a la competencia contenciosa del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), no solamente con la finalidad que los Estados emitan informes anuales o hagan informes de seguimiento o visitas a países, o se realicen asesorías técnicas a los Estados, sino también para que este Comité pueda conocer de comunicaciones, es decir 'denuncias' planteadas por ciudadanos de los Estados parte del Pacto que se sienten vulnerados en sus derechos económicos, sociales y culturales, para poder emplazar a los Estados ante esta instancia universal y supranacional. Es un mecanismo complementario para poder vigilar el cumplimiento del PIDESC en directa aplicación del Protocolo Facultativo.

2 A la fecha, el Protocolo Facultativo cuenta con veintiuna ratificaciones estatales, que incluyen a países de Sudamérica como Argentina, Bolivia, Ecuador, Uruguay.

1.2. Procedimientos especiales del Alto Comisionado

Si bien el PIDESC es una de las piedras angulares del reconocimiento de los DESC, no quiere decir que estos se restrinjan solamente a esta fuente normativa. Diversos convenios de derechos humanos van a reconocer una variedad de DESC, sea por convenios relativos a la discriminación o sea también por convenios de tipo categorial sobre derechos de las personas con discapacidad, derechos de los pueblos indígenas, derechos de los niños y adolescentes, etc. Estos convenios en sus artículos incluyen el reconocimiento de DESC a favor de categorías de población especialmente vulnerable, que es protegida por estos tratados categoriales. Asimismo, los convenios relativos de lucha contra la discriminación, por ejemplo, la Convención para la eliminación de toda forma de discriminación racial, también va a incluir cláusulas prohibiendo la discriminación en el goce de los DESC. Entonces, si bien es cierto el PIDESC ocupa un lugar central, no quiere decir que sea la única fuente normativa de carácter vinculante para poder proteger los derechos sociales, económicos y culturales a nivel universal³.

Aquí, queremos aludir a la distinción entre *hard law* y *soft law*, distinción que no es tan nítida ni neta en todos los casos, pero es suficientemente clara como para distinguir que, al hablar de *hard law*, nos referirnos a los tratados, convenciones, protocolos y pactos que establecen obligaciones vinculantes para los Estados, mientras que el *soft law* se expresa en resoluciones de la Asamblea General de la ONU, principios rectores, declaraciones de organismos internacionales, etc. Al lado de los mecanismos convencionales, obligatorios y vinculantes, tenemos mecanismos extraconvencionales de protección y promoción de los Derechos Humanos a nivel universal. Se trata de procedimientos especiales del Alto Comisionado de Derechos Humanos. Por ejemplo, al respecto, podemos referirnos concretamente a la labor de los relatores especiales, los representantes del secretario general o los expertos independientes, los cuales son procedimientos especiales, en los cuales se emiten pronunciamientos importantes sobre los DESC. Si bien es cierto estos pronunciamientos tiene carácter de *soft law* o derecho dúctil, no quiere decir que no sean relevantes, pues,

3 No está de más precisar que cuando hablamos de Sistema Universal de Derechos Humanos, nos estamos refiriendo al Sistema de Naciones Unidas, distinto a los subsistemas regionales de derechos humanos como es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Sistema Europeo de Derechos Humanos o el Sistema Africano de Derechos Humanos.

en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados tienen el deber de cumplir sus obligaciones internacionales con buena fe, es decir, sin buscar meros pretextos para sustraerse de sus obligaciones, invocando realidades u omisiones de su propio derecho interno. En virtud de este principio, los Estados están en la obligación de aplicar e interpretar de buena fe los tratados a los que se sujetan. Cuando los tratados también establecen mecanismos convencionales o cuando el sistema de Naciones Unidas establece organismos que no son propiamente convencionales sino procedimientos especiales, los Estados han de considerar necesariamente la fuerza interpretativa de estos estándares de *soft law*. Los Estados tienen la obligación de cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales y eso puede incluir la aplicación de estos estándares de *soft law*, que también están expresados en la obra de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos.

Entonces, tenemos una serie de procedimientos especiales de Naciones Unidas que se han pronunciado de manera especializada, bastante técnica y profunda, sobre el contenido mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales, sus posibles límites, la forma en que han de ser implementados a través de medidas legislativas, políticas públicas o medidas administrativas por parte de los Estados. Estos procedimientos especiales emiten informes temáticos, informes de investigaciones sobre situaciones de países y recomendaciones generales, de este modo, lo que hacen es interpretar los tratados de carácter vinculante y establecer estándares interpretativos de esos tratados, que han de ser seguidos por los Estados, en aplicación de su deber de cumplir los tratados, de acuerdo al principio de buena fe plasmado en la Convención de Viena.

Algunos de los procedimientos especiales del Alto Comisionado para los Derechos Humanos relacionados a los DESC son:

- Relatora especial sobre una **vivienda adecuada** como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado.
- Relatora Especial en la esfera de los **derechos culturales**.
- Relator especial sobre el derecho a la **educación**.
- Relator especial sobre la **extrema pobreza y los derechos humanos**.
- Relatora especial sobre el derecho a la **alimentación**.

- Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de **salud** física y mental.
- Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente **sin riesgos, limpio, saludable y sostenible**.
- Relatora especial sobre el derecho humano al **agua** potable y el saneamiento.
- Experta independiente sobre los **derechos humanos y la solidaridad internacional**.
- Experto independiente sobre **las consecuencias de la deuda externa y de las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales**.
- Relator especial sobre las implicaciones de la **gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos**.
- Grupo de trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las **empresas transnacionales y otras empresas**.

Entonces, el PIDESC está acompañado por una gama de procedimientos especiales que, de manera especializada, abordan aspectos concretos de estos derechos, por lo que es sumamente importante estudiar las recomendaciones generales que elaboran estos procedimientos así como los informes del país para una correcta interpretación de los convenios internacionales.

1.3. Observaciones generales del Comité DESC

El Comité DESC, al que no debemos confundir con el Consejo Económico y Social (ECOSOC), tiene la función de supervisar el cumplimiento del PIDESC y ha emitido diecinueve observaciones generales que están directamente relacionadas con la aplicación y la interpretación del PIDESC, que ningún Estado debe soslayar al momento de cumplir sus obligaciones internacionales:

- Observación N° 1: Presentación de informes por los Estados Partes.

- Observación Nº 2: Medidas internacionales de asistencia técnica (artículo 22 del Pacto).
- Observación Nº 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto).
- Observación Nº 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto).
- Observación Nº 5: Las personas con discapacidad.
- Observación Nº 6: Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.
- Observación Nº 7: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos.
- Observación Nº 8: Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Observación Nº 9: La aplicación interna del Pacto (artículo 9 del Pacto).
- Observación Nº 10: La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Observación Nº 11: Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto).
- Observación Nº 12: El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto).
- Observación Nº 13: El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto).
- Observación Nº 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto).
- Observación Nº 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto).
- Observación Nº 16: La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto).
- Observación Nº 17: El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón

de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (apartado c del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto).

- Observación Nº 18: El derecho al trabajo (artículo 6 del Pacto).
- Observación Nº 19: El derecho a la seguridad social (artículo 9 del Pacto).

Son observaciones generales sumamente importantes que los Estados han de considerar necesariamente por una u otra razón: aun cuando un Estado considere que no son vinculantes, su estrategia de litigio no puede dejar de reconocer en la práctica que, en el momento en que se presenta para defenderse en un proceso contencioso ante el Comité DESC, este definitivamente va a decidir en función de la interpretación ya expresada en sus observaciones generales. Por tanto, los Estados deben considerar necesariamente estos estándares.

2. Creación de estándares internacionales vinculantes sobre Empresas y Derechos Humanos

A nivel global, como producto de la globalización económica, los derechos humanos no solo son afectados por actores estatales o autores paraestatales sino, además, por entidades privadas de carácter internacional, vale decir, empresas corporativas transnacionales. A fin de enfrentar los desafíos que genera la violación de derechos humanos por dichos actores privados, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales, últimamente se ha venido considerando la creación de un Tratado, que sirva como fuente convencional obligatoria y vinculante para los Estados en dicha materia.

2.1. Los Principios Ruggie

En primer lugar, los estándares que actualmente hay que considerar son estos estándares vinculantes, mencionados anteriormente, pero también existen estándares no vinculantes, relativos a empresas y derechos humanos de carácter específico que la otrora Comisión de Derechos Humanos aprobara en el año 2005, a través de su Resolución 2005/69 sobre la responsabilidad de las empresas, en la que se solicitó la designación de un Representante especial del Secretario General de Naciones Unidas para la elaboración de estándares

voluntarios dirigidos a las empresas, a fin de que estas se comporten con *due diligence* –debida diligencia– a la hora de realizar sus operaciones comerciales y productivas en respeto a los derechos humanos y a los Estados en su obligación de proteger, remediar y promover.

La Comisión de Derechos Humanos, luego reemplazada por el Consejo de Derechos Humanos, emite nuevas resoluciones en las que se renueva el mandato del representante, se acoge su informe y crea, mediante Resolución 17/4 de 6 de julio de 2011, el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos. En este ámbito, a nivel internacional, se presenta una problemática multifacética de vulneración de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales: derecho a la vida, derecho a la integridad, derecho a la libertad, derecho al ambiente sano, derecho de acceso a recursos efectivos, derecho a reparaciones, derechos de defensores de derechos humanos, derechos de minorías nacionales y pueblos indígenas, derechos de niños y adolescentes (explotación), derechos de trabajadores, derechos de mujeres (discriminación), entre otros, solo por poner algunos ejemplos.

Estos estándares del Consejo de Derechos Humanos luego se plasman en la Resolución 21/5, del 27 de septiembre de 2012, en la que se dispone la creación de una mesa redonda para crear un agenda de Naciones Unidas sobre este tema, pues ya, en el año 2011, se había aprobado la adopción de los *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”* (A/HRC/17/31), también conocidos como *Principios Ruggie* por el nombre del Relator del Representante Especial del Secretario General que elaboró estos informes, luego de un proceso intenso de consultas a Estados, organizaciones de la sociedad civil, trabajadores y empresas.

Se trata de un tripe pilar internacional de carácter voluntario para controlar la labor de las empresas transnacionales y otras empresas en relación a los derechos humanos. Son principios voluntarios que en cierta forma han marcado un hito en el desarrollo de los estándares internacionales del respeto a los derechos humanos por parte de las empresas.

En el siguiente cuadro⁴, podemos apreciar los tres actores que contemplan los Principios Ruggie: los Estados, las empresas y las víctimas; a través del triple pilar: proteger, respetar y remediar.



A los Estados le corresponde el ‘deber de proteger’ frente a violaciones de derechos humanos cometidas por terceros, incluidas las empresas, a través de políticas públicas, legislación y mediación. A las empresas les corresponde el ‘deber de respetar’ los derechos humanos a lo largo de su cadena de valor. No tenemos la diferencia puesto que al Estado le corresponde proteger mediante mecanismos contenciosos, leyes y políticas, mientras que a las empresas les corresponde respetar los derechos humanos, de lo que se deriva la regla de *due diligence*. Es decir, las empresas tienen que actuar con la debida diligencia, lo cual implica que las empresas han de actuar con la suficiente competencia, co-

4 Gráfico extraído de “Empresas y derechos humanos. Perspectiva de Oxfam sobre los principios rectores de la ONU”, junio de 2013.

nocimiento y experiencia, a fin de que, en el desarrollo de sus operaciones, no violen por acción u omisión los derechos humanos. Asimismo, deben controlar o mitigar impactos negativos de sus operaciones frente a los derechos de las poblaciones y comunidades. El tercer pilar consiste en ‘remediar’ a las víctimas, es decir, mejorar el acceso a vías de reparación efectiva en casos de violaciones de derechos humanos, sean reparaciones judiciales o extrajudiciales. Precisamente, este es el punto más débil, en este aspecto, de los principios rectores en la práctica.

2.2. Hacia un estándar vinculante sobre empresas y derechos humanos

Los Principios Rectores están siendo discutidos y, en cierta manera, puestos en cuestión, a través de la Resolución del Consejo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014 (A/HRC/26/L.22/Rev.1), bajo una propuesta realizada por los Estados de Ecuador y Sudáfrica, apoyada por Bolivia, Venezuela, Rusia, África y Asia en la que se aprueba ir más allá de los Principios Ruggie⁵, en la idea de que estos principios voluntarios han tenido una aplicación precaria y han carecido de eficacia real para defender los derechos de las personas y comunidades. Por eso, promueve la creación de un grupo de trabajo intergubernamental a fin de redactar un proyecto de tratado vinculante sobre derechos humanos, en relación a violaciones cometidas por empresas transnacionales, incluyendo las vulneraciones a los derechos económicos, sociales y culturales.

Anteriormente, el 23 de junio, el Consejo de Derechos Humanos aprobaba una resolución (A/HRC/26/L.1) propuesta por Noruega, apoyada por Argentina, Estados Unidos, Unión Europea, Japón, entre otros, en la que se plantea que los Principios Ruggie no sean superados sino profundizados, teniendo como principal responsable al Estado, al centrarse en un enfoque preventivo de violaciones de derechos humanos cometidos por empresas. Le otorga un papel fundamental al desarrollo de la legislación de los Estados nacionales para poder implementar los Principios Rectores. Propone que estos creen y aprueben planes nacionales para implementar estos principios voluntarios, y así generar una creación de directrices a nivel nacional. Se fortalece el Foro Anual de Em-

5 El Estado de Perú, integrante del Consejo de Derechos Humanos, se abstuvo en la votación relacionada a esta propuesta de crear un tratado vinculante sobre las empresas y los derechos humanos.

presas y Derechos Humanos. Finalmente, dispone la realización de intercambio intergubernamental sobre un tratado vinculante, aunque solo de carácter evaluativo. Es importante anotar que esta resolución no niega la posibilidad de establecer un tratado, un instrumento vinculante, sino que le asigna al grupo de trabajo existente, sobre empresas transnacionales y derechos humanos, la obligación de hacer un informe en el que se evalúen los pro y los contra de crear un nuevo instrumento vinculante.

La segunda resolución presentada por Ecuador y Sudáfrica también aprueba la creación de un nuevo grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta para la elaboración de un instrumento jurídico vinculante sobre derechos humanos y empresas, haciendo referencia, no solo a los Principios Ruggie, sino también al derecho al desarrollo.

Se establece que este tratado ha de regular las operaciones solo de las empresas transnacionales. Este extremo es restrictivo, en relación a los Principios Ruggie, pues no se aplicaría a empresas locales, lo cual contradice un aspecto fundamental: que las obligaciones son competencia y deber de toda empresa, sin importar su tamaño o localización. Es un retroceso significativo. Sin embargo, es una resolución que avanza en plantear un instrumento jurídico vinculante, que significaría un salto cualitativo a nivel internacional. Plantea fechas y plazos más precisos, a fin de cumplir con el proceso de elaboración del futuro tratado. Por ejemplo, en enero de 2016 se debería presentar un informe con los resultados de los trabajos encargados.

3. Posible derrotero (Conclusiones)

Hay argumentos a favor y en contra de la propuesta de elaboración de un tratado vinculante.

Los principales argumentos a favor son:

- Actualmente, las víctimas continúan sin acceso a la justicia y sin obtener reparaciones. Los Principios Ruggie han tenido poco impacto al respecto.
- Un tratado vinculante no socava los Principios Ruggie, al contrario, los complementa.

- Las empresas transnacionales operan en un vacío jurídico y es necesaria una regulación mediante un tratado.
- Las relaciones entre las empresas transnacionales y los Estados del Sur y del Norte son de poder asimétrico, lo cual contribuye a que los litigios sean desventajosos de acuerdo a la jurisdicción.

Entre las críticas negativas se dice lo siguiente:

- Los Principios Ruggie son relativamente nuevos (2011), por lo que aprobar un Tratado resultaría prematuro.
- Un Tratado no sería ratificado universalmente. Incluso, a veces, se pone como ejemplo los estándares del Convenio 169 de la OIT, que fueron ratificados básicamente por Estados latinoamericanos y no por toda la comunidad internacional.
- Se truncaría el proceso paulatino de consolidación del *soft law*.
- Las empresas no son partes obligadas en los Tratados. El énfasis legislativo debe ser nacional.
- Sería un Tratado muy complejo pues relaciona el derecho privado y público internacional, en sus diferentes ramas.
- Interactuaría con Tratados de variada índole (TLC, acuerdos multilaterales, etc.).
- No podría supervisarse a las miles de empresas transnacionales.
- Los bloques geopolíticos juegan en contra.

Por supuesto, resulta interesante la cuarta objeción, pues las empresas no pueden ser partes obligadas de un tratado celebrado solo entre Estados que establezca obligaciones entre ellos. Sin embargo, dicho obstáculo se podría superar intentando una solución intermedia. Este tratado, efectivamente, no va a poder establecer regulaciones directamente aplicables a las empresas, pero puede contener obligaciones para que los Estados establezcan ciertos estándares vinculantes para las empresas en su legislación interna. Es decir, obligar a las empresas a cumplir estándares universales derivados de una obligación aceptada por los Estados para que legislen al respecto. Esto podría transformar el actual Grupo de Trabajo sobre las empresas y los derechos humanos en un Comité

con funciones de promoción, no de protección, pero con la posibilidad abierta a un futuro protocolo sobre competencia contenciosa.

Asimismo, es una necesidad política que Ecuador desarrolle acciones diplomáticas efectivas para lograr un consenso con el bloque que respaldó la otra resolución, propuesta por Noruega, para acercar posiciones, de manera que este futuro tratado pueda contar con el más amplio respaldo posible.

En conclusión, la idea sería que los Principios Ruggie sean materializados en este futuro tratado vinculante como obligaciones para los Estados, a fin de hacerlos cumplir mediante políticas y legislación interna. En la medida que este tratado sea realmente universal, vamos a poder hablar de un efectivo cierre de la brecha de estas lagunas jurídicas, que permiten que las empresas transnacionales sean uno de los actores lesivos de derechos humanos a nivel internacional, en especial contra los derechos económicos, sociales y culturales.

El derecho al agua como derecho humano: estándares y perspectivas para su efectiva protección

Elard Ricardo Bolaños Salazar¹

«Cuando el pozo se seca, nos enteramos de lo valiosa que es el agua»²

En el año 2013, el 35 % de peruanos que el Estado no hacía lo suficiente para garantizar el goce pleno del derecho al agua³. Si bien este derecho no se encuentra reconocido de manera expresa en nuestra Constitución Política, como sí se encuentra en los textos constitucionales de otras naciones⁴, el Tribunal Constitucional peruano ha sido contundente al establecer que el derecho al agua es un derecho constitucional no enumerado, que se encuentra ligado íntimamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el estado social y democrático de derecho⁵.

De esta manera, es que el derecho al agua constituye un elemento indispensable para el disfrute de otros derechos como el derecho a la salud, el derecho a

- 1 Miembro del Centro de Estudios de Derechos Humanos (CEDH) de la Universidad de San Martín de Porres. Segundo Puesto en el "I Concurso Internacional Medellín Protege los Derechos Humanos" organizado por el Instituto Colombiano de Derechos Humanos celebrado en Medellín – Colombia. Primer Puesto y Mejor Orador en la XVII Competencia "Eduardo Jiménez de Aréchaga (CEJA)" de la Asociación Costarricense de Derecho Internacional. Semifinalista y Mejor Orador del Estado en Español en el 19º Inter-American Human Rights Moot Court Competition organizado por la American University Washington College of Law celebrado en Washington DC – Estados Unidos de América.
- 2 *Benjamin Franklin*. Ver en: POSTELL, Sandra. *La batalla contra la escasez del agua: La situación en el mundo 1993*. Madrid: Ediciones Apostrofe. 1993, p. 52.
- 3 Resultados de la Encuesta para medir la percepción de la población peruana en relación a los Derechos Humanos realizada en el año 2013. Véase en: <http://observatorioderechoshumanos.pe/>
- 4 A modo de ejemplo tenemos: artículo 12 de la Constitución Política de la República del Ecuador; artículos 127 y 178 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; artículos 110 y 118 de la Constitución Política de la República de Panamá; artículos 25 y 27 de la Constitución de la República de Sudáfrica; artículos XIII y XXI de la Constitución de la República de Uganda, y el artículo 112 de la Constitución de la República de Zambia.
- 5 Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del 15 de noviembre de 2007. EXP. N.º 06534-2006-PA/TC, fundamento jurídico 17.

una alimentación adecuada, el derecho al medio ambiente, e incluso el derecho a participar en la vida cultural ateniendo a determinadas costumbres. Por ello, se torna evidente la importancia que este derecho tiene para la existencia del ser humano y, al ser el agua un bien escaso, representa mayores retos que se deben superar para conseguir su real y efectivo goce.

Desde un punto de vista histórico se puede decir que este recurso natural es transversal temporal, espacial y funcionalmente a la vida de las personas, desde tiempos inmemorables y desde diferentes facetas. Por tal razón, “no resulta exagerado manifestar que el agua nos sirve de principio a fin y que adquiere tal importancia pues el futuro de la persona humana depende, en gran medida, de las acciones que se tomen con relación a este recurso”⁶. En el presente estudio, se abordará el derecho humano al agua, básicamente desde dos perspectivas, la del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la del Tribunal Constitucional peruano, evidenciándose las diferencias y congruencias que existen entre ambas apreciaciones. También, se vislumbrarán los debates actuales que han surgido en torno a este derecho.

1. Fundamentos jurídicos y obligaciones mínimas para el Estado en relación con el derecho humano al agua

Como se anticipó brevemente, el derecho humano al agua ha encontrado, desde el punto de vista peruano e internacional, tendencias distintas en cuanto a su contenido específico y su carácter como derecho autónomo. No obstante, ambas perspectivas evidencian una preocupación que es común en la comunidad global, que se traduce en la protección del líquido elemento como base para una mejor construcción social de igualdad.

1.1 El derecho humano al agua en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Como suele suceder con las grandes conquistas justas, el derecho humano al agua tuvo un reconocimiento paulatino, en cuyo proceso se plasmaron, deba-

6 BUOB CONCHA, Luis. “Derecho al agua: entendiendo sus componentes económico, social y cultural como factores de desarrollo para los pueblos indígenas”. *Revista Internacional de Derechos Humanos*. São Paulo, 2004, volumen 1, número 17. 2012, p. 44.

tieron y concluyeron temas que eran y son relevantes para la garantía y protección del derecho al agua. En el transcurso histórico hacia el reconocimiento explícito de este derecho encontramos diversos episodios, que podemos identificar de la siguiente manera: en un primer momento, la discusión internacional se basó en solucionar el problema relativo al acceso de las poblaciones al agua potable y saneamiento; posteriormente, la discusión tomó un tono ecologista que no solamente se preocupaba por la provisión del agua sino también por la preservación de este elemento natural; y, en un tercer momento, se trató al agua como una mercancía, buscando adoptar un modelo de privatización⁷.

Bajo estas premisas, podemos establecer que existen dos enfoques entorno al agua: el enfoque de la seguridad hídrica y el enfoque de solidaridad y equidad en el uso del agua⁸. Es precisamente, en el transcurso de este último, donde el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (en adelante, CDESC) emitió, en el año 2002, la Observación General N° 15 que representa un paso importante para el derecho humano al agua⁹.

La Observación General N° 15 del CDESC, relacionada con el derecho humano al agua, señala, en primer término, que este significa el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para usos personales y domésticos¹⁰. El CDESC llega a tal conclusión interpretando conjuntamente los artículos 11 (Derecho a un nivel de vida adecuado y a la mejora continua de las condiciones de existencia) y 12 (Derecho a la salud) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹¹, pero no establece que el derecho humano al agua se relacione sola y únicamente con esos dos derechos.

7 Cfr. CEDAL y CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y EDUCACIÓN POPULAR "ALTERNATIVA. *Desafíos del Derecho Humano al Agua en el Perú*. 2° Edición. Lima: Centro de Asesoría Laboral del Perú – CEDAL. 2005, p. 45.

8 Ídem, p. 54 y 55.

9 No obstante, este pronunciamiento, por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no fue sino hasta el año 2010 que, luego de más de seis décadas desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció, de manera expresa, que el derecho al agua potable y al saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los Derechos Humanos. Ver al respecto: ONU. Asamblea General. *El derecho humano al agua y el saneamiento*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010, A/RES/64/292.

10 Cfr. CDESC. Observación General N° 15. *Derecho al agua*. U.N. Doc. E/C.12/2002/11 (2003), párr. 2.

11 Aprobado en el Perú mediante Decreto Ley N° 22129 de 28 de marzo de 1978.

De igual forma, el CDESC sostiene que el derecho humano al agua entraña tanto libertades como derechos. En tal sentido, las libertades en relación con el derecho humano al agua son el de mantener el acceso a un suministro de agua necesario y la de no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, no sufrir cortes arbitrarios del suministro de agua o contaminación de la misma. Por otro lado, el agua, en cuanto a derechos, comprende la necesidad de un sistema complejo de abastecimiento y gestión, que ofrezca iguales oportunidades de disfrutar del recurso hídrico. Por otra parte, el CDESC señala las siguientes obligaciones internacionales mínimas genéricas que deben cumplir los Estados en relación con el derecho humano al agua:

- a. *Disponibilidad: el abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. La cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS). También es posible que algunos individuos y grupos necesiten recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo*¹².

Como se hace evidente, el CDESC adopta una posición garantista al establecer que la disponibilidad del agua debe ser tanto para el uso personal como doméstico, abarcando así una mayor expectativa de protección de este derecho. Seguidamente, el CDESC plantea que la cantidad de agua para cada persona debe ser asignada, según los requerimientos que señale la OMS. Respecto a ello, en el año 2003, la OMS elaboró un documento donde establecía mínimos en cuanto a la disponibilidad del líquido elemento¹³. Si bien resulta ser una labor importante y a tomar en cuenta, es necesario recalcar que no pueden cuantificarse en abstracto ni la continuidad ni la cantidad de agua exactas requeridas, ello porque los requisitos particulares para el consumo de agua varían necesariamente por causas como las condiciones climáticas, el nivel de actividad física y las condiciones personales de salud¹⁴. Por lo tanto, no es posible señalar

12 Cfr. CDESC. Observación General N° 15. Óp. Cit., párr. 12.

13 Ver: OMS. *Domestic Water Quantity, Service Level and Health*. Ginebra: Programme Manager, Water Engineering and Development Centre, Loughborough University. 2003.

14 Cfr. ONU. Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de Derechos Humanos relacionadas con el acceso al agua potable y saneamiento, Catarina Alburquerque. A/HRC/15/31/Add. 1, 1 de julio de 2010, párr. 19.

cantidades precisas que se apliquen en todo el mundo¹⁵. En consecuencia, las recomendaciones internacionales pueden servir solo de orientación general para determinar si se cumple o no con el criterio de disponibilidad.

Como segunda obligación mínima, respecto a este derecho, el CDESC señala:

- b. La calidad: el agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.*

Este segundo aspecto, el de la calidad, supone la existencia de características mínimas y básicas de limpieza y pureza que debe tener el agua para que no amenace los usos destinados por las personas¹⁶. Esta obligación significa que los Estados deben invertir en mejorar la calidad del agua que suministran, pues lo adecuado del agua no debe interpretarse en forma restrictiva simplemente en relación con cantidades volumétricas y tecnológicas, sino que también debe observarse un criterio de calidad suficiente.

En cuanto a la calidad, por ejemplo, en Latinoamérica, tan solo el 24% de la población urbana de la región cuenta con sistemas efectivos de vigilancia de la calidad del agua potable. Los países, entre ellos el Perú, tienen sistemas aún insuficientes para la vigilancia de la calidad del agua. Es quizá, a raíz de la epidemia del cólera de 1991, que en la mayoría de los países aumentó el monitoreo de la calidad del agua potable y mejoró la desinfección de la misma, pudiéndose decir que hay un esfuerzo regional tendiente a lograr un 100% de desinfección¹⁷.

15 Como un claro ejemplo de que las cantidades mínimas de agua varían en razón de las circunstancias y contextos, tenemos que diversos tribunales en Argentina han establecido que la cantidad mínima de agua por persona debe ser entre 50 a 100 litros diarios, ver: Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén. Sala II. *Menores Comunidad Paymil s/acción de amparo*. 19 de mayo de 1997. Expediente 311-CA-1997, y Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. *Defensoría de Menores N° 3 c/Poder Ejecutivo Municipal s/acción de amparo*. 2 de marzo de 1999. Expediente 46-99. Mientras que Sudáfrica aplica una política de abastecimiento gratuito de 6.000 litros mensuales de agua salubre a cada familia.

16 Cfr. BUOB CONCHA, Luis. *Criterios y mecanismos para la protección jurídica del derecho humano al agua de los pueblos indígenas en su dimensión colectiva a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Tesis para optar el título profesional de Abogado. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Facultad de Derecho. 2012, p. 118.

17 Cfr. JOURAVLEV, Andrei. *Los servicios de agua potable y saneamiento en el umbral del siglo XXI*. Santiago de

Finalmente, la referida Observación General N° 15 establece la obligación de accesibilidad en los siguientes términos:

- c. *La accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. (...).*

A su vez, este tercer ámbito enfoca cuatro dimensiones consustanciales como son la *accesibilidad física*, entendida en el sentido que las instalaciones de saneamiento y el acceso al agua deben ser físicamente accesibles para todos en el interior, o en las inmediaciones de cada hogar, institución educativa o de salud, instituciones y lugares públicos y lugar de trabajo¹⁸. La *accesibilidad económica*, según la cual, el agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Por ende, los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequible y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos. La *no discriminación*, en virtud de la cual el acceso al agua y a las instalaciones debe estar al alcance de todos, sin discriminación, por los motivos prohibidos. Por último, está la *accesibilidad*, que comprende el derecho a solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.

Finalmente, es necesario recalcar que, pese al valioso aporte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en cuanto a proteger el derecho al agua, aún quedan pendientes superar obstáculos para hacer de este un derecho real y efectivo al alcance de la población en su totalidad.

1.2 El derecho humano al agua potable en el Perú

Como se expuso en la introducción, en el Perú, el derecho al agua no está reconocido de manera expresa en la Constitución Política. No obstante, el Tribunal Constitucional peruano, en múltiples ocasiones, a través de una interpretación del artículo 3 de nuestra carta política¹⁹, se ha encargado de reconocer el dere-

Chile: CEPAL. 2004, p. 16.

18 Cfr. ONU. Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de Derechos Humanos relacionadas con el acceso al agua potable y saneamiento, Catarina Alburquerque. A/HRC/12/24/, 1 de julio de 2009, párr. 75.

19 El artículo 3 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece: "[I]a enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de natura-

cho al agua potable como un derecho constitucional no enumerado de naturaleza positiva o prestacional²⁰. Como se puede apreciar, a diferencia del CDESC, el Tribunal Constitucional peruano solo hace referencia al derecho al agua 'potable', esto evidentemente tiene implicancias prácticas que serán abordadas posteriormente.

Si bien se comprende que este reconocimiento significa un paso significativo para nuestro país en materia de derechos económicos, sociales y culturales, hay quienes sostienen que considerar el agua como un derecho fundamental genera a su vez costos de transacción y que hubiera resultado más conveniente simplemente señalar que el derecho al agua se desprende de otros derechos como a la salud, por ejemplo²¹. Sin embargo, no puede entenderse el derecho fundamental al agua potable como parte del derecho a la salud, amparado en el artículo 7 de la Constitución Política, dado la importancia adquirida en los últimos tiempos y dado, además, que su contenido constitucional puede abarcar otras vertientes ajenas al derecho a la salud (v. gr. la afectación al ecosistema, entre otros) y también relacionado al medio ambiente²².

Pero muy aparte de estas disquisiciones doctrinales, que son rebatibles, conviene tener en cuenta los supuestos mínimos que, según el máximo intérprete de la Constitución peruana, debe cumplir el Estado con relación al derecho al agua potable. Estos mínimos, a criterio del Tribunal Constitucional, son:

- a. *El acceso: supone que desde el Estado deben crearse, directa o indirectamente (vía concesionario), condiciones de acercamiento del recurso líquido a favor del destinatario*²³.

leza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

20 Ver al respecto: Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia de 7 de noviembre de 2007. EXP. N°. 6546-2006-PA/TC; Sentencia de 15 de noviembre de 2007. EXP. N°. 06534-2006-PA/TC; Sentencia de 17 de julio de 2013. EXP. N°. 01573-2012-PA/TC, y Sentencia de 4 de diciembre de 2013. EXP. N°. 00666-2013-PA/TC.

21 Cfr. GUZMÁN NAPURÍ, Cristian. "El derecho al agua potable ¿hasta dónde podemos seguir creando derechos fundamentales?". *Jus Constitucional*. Lima, número 3. 2008, p. 308.

22 Cfr. MARTÍNEZ MORÓN, Alan. "La inserción del derecho fundamental al agua en nuestro ordenamiento como derecho no enumerado por parte del Tribunal Constitucional". *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, número 119, p. 41.

23 Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia de 7 de noviembre de 2007. EXP. N°. 6546-2006-PA/TC, fundamento jurídico 10.

- b. *La calidad: significa la obligación de garantizar condiciones plenas de salubridad en el líquido elemento así como la necesidad de mantener en óptimos niveles los servicios e instalaciones con las que el mismo ha de ser suministrado*²⁴.
- c. *La suficiencia: es decir, el recurso natural debe ser dispensado en condiciones cuantitativas adecuadas que permitan cuando menos satisfacer las necesidades elementales o primarias de la persona, como las vinculadas a los usos personales y domésticos o incluso aquellas referidas a la salud, pues de estas depende la existencia de cada individuo*²⁵.

De lo esgrimido por el Tribunal Constitucional peruano, se desprenden obligaciones básicas que el Estado peruano debe cumplir para garantizar el derecho al agua potable. Estas obligaciones se han visto materializadas, mal que bien, en una legislación dispersa y en iniciativas que propugnan por un adecuado manejo del recurso natural vital para el ser humano. Por mencionar solo algunas, tenemos la Ley N° 28823 (Ley que crea el Fondo Nacional del Agua – FONAGUA)²⁶, la Ley N° 26821 (Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales)²⁷, la Ley N° 28029 (Ley que regula el uso de agua en los proyectos especiales entregados en concesión)²⁸, el Decreto Legislativo N° 1083 (Decreto Legislativo que promueve el aprovechamiento eficiente y la conservación de los recursos hídricos)²⁹, la creación de la Autoridad Nacional del Agua (ANA)³⁰, la creación del Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas³¹, entre otros. Estas múltiples iniciativas ponen de manifiesto la preocupación que existe al interior del Estado por velar por el derecho al agua. No obstante, aún falta un largo camino por recorrer, pues quedan vacíos normativos y vacíos en la gestión y promoción que restan abordar.

24 Ídem, fundamento jurídico 11.

25 Ídem, fundamento jurídico 12.

26 La Ley N° 28823 fue publicada en el diario oficial El Peruano el 22 de julio de 2006.

27 La Ley N° 26821 fue publicada en el diario oficial El Peruano el 26 de julio de 1997.

28 La Ley N° 28029 fue publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de agosto de 2003.

29 El Decreto Legislativo N° 1083 fue publicado en el diario oficial El Peruano el 28 de junio de 2006.

30 La Autoridad Nacional del Agua fue creada el 13 de marzo del 2008 mediante Decreto Legislativo N° 997.

31 El Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas es el órgano con competencia nacional de la Autoridad Nacional del Agua que, con autonomía funcional, conoce y resuelve en última instancia administrativa las reclamaciones y recursos administrativos contra las resoluciones emitidas por la Autoridad Administrativa del Agua y la Autoridad Nacional del Agua, según sea el caso.

2. Diferencias y consecuencias entre la posición adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Tribunal Constitucional peruano

Como se indicó anteriormente, el CDESC señaló, en su Observación General N° 15, el derecho humano al agua, mientras que el Tribunal Constitucional peruano reconoció como un derecho constitucional no enumerado el derecho al agua potable. Si bien esta diferencia pareciera no suscitar mayor problemática, no se trata de una mera cuestión terminológica sin ninguna implicancia práctica. En efecto, el reconocimiento otorgado por el CDESC resulta ser más amplio, en términos de garantía y protección, en comparación con la posición adoptada por nuestro máximo intérprete constitucional.

Como se advierte, el Tribunal Constitucional peruano pareciera no tener en cuenta las consecuencias de garantizar tan solo el derecho al agua potable a nivel constitucional. A modo de ejemplo, podemos señalar que esta posición tomada por el Tribunal Constitucional peruano afecta la protección que se ofrece a las personas que consumen el agua directamente de las fuentes naturales, en cuyo caso, el recurso, evidentemente, no ha pasado por proceso de potabilización alguno. Aunque el agua en estas circunstancias no puede recibir la calificación de potable, es un hecho que sirve para el consumo humano. “Por tanto, al restringir el reconocimiento de este derecho solo al agua potable se estaría desconociendo la situación de estas personas, dejándolas desprotegidas y ocasionando severos problemas en su acceso al recurso. De ahí que reconociendo el derecho humano al agua –sin restricciones– se garantiza la conservación del recurso desde sus fuentes, para evitar que su contaminación perjudique el consumo de estas personas”³².

Otro obstáculo que a menudo enfrenta el derecho al agua es el de ser un derecho económico, social y cultural, es decir, de carácter prestacional por parte del Estado. Pues estos derechos, en principio, demandan una mayor carga para el Estado a fin de lograr cumplir con los mismos. Sin embargo, es claro que los derechos económicos, sociales y culturales no son menos derechos que los

32 COTO ZEVALLOS, Jose y Rossmery ROMERO PARIACHI. *Equidad en el acceso al agua en la ciudad de Lima: Una mirada a partir del derecho humano al agua*. Tesis para optar el título profesional de Abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho. 2010, p. 6.

derechos civiles y políticos, ni tampoco meras declaraciones líricas, vacuas aspiraciones o simples expresiones de deseo, por lo que los esfuerzos discursivos y jurídicos deben encaminarse al logro de la exigibilidad de los mismos, tanto en el plano interno como en el internacional³³. Así mismo, existe una reforzada prohibición de regresividad de estos derechos³⁴ y más aún se procura su progresividad.

Pero más allá de las críticas y apreciaciones que se pudieran hacer, en relación a lo prescrito por el Tribunal Constitucional peruano, se debe apreciar que, en el contexto internacional actual, el derecho humano al agua, cada vez más, es reconocido con restricciones en menor medida y, por tanto, en un futuro, nuestro sumo intérprete deberá adecuar su jurisprudencia según esta realidad fáctica en la escena internacional de los Derechos Humanos.

2.1 Las restricciones al derecho al agua potable establecidas por el Tribunal Constitucional peruano

Una máxima que es común a todos los Derechos Humanos, y que difícilmente encuentra debate en contrario actualmente, es el referente a que estos no son derechos absolutos. De hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, salvo algunos contenidos de ciertos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, los Derechos Humanos no tienen el carácter de absolutos³⁵.

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional peruano, en un caso relativo a la restitución del servicio al agua potable, señaló que “el derecho al agua potable, como todo atributo fundamental, no es absoluto ni irrestricto en su ejercicio, pues encuentra límites en otros derechos constitucionales, en principios y bie-

33 Cfr. BAZÁN, Víctor. “Los derechos económicos, sociales y culturales y su exigibilidad en el ámbito interamericano de protección de los derechos humanos”. *Revista Jurídica del Perú*. Lima, año LIV, número 56. 2004, p. 68.

34 Cfr. ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. “Hacia la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”. En: ABREGÚ, Martín y Christian COURTIS (coordinadores). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales. 1997, pp. 336 y 337.

35 Cfr. Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2006. Serie C No. 184, párr. 174.

nes de relevancia constitucional. Es más, su ejercicio se encuentra condicionado al cumplimiento de los reglamentos administrativos que determinan las relaciones empresas prestadoras - usuarios, en consecuencia si no son cumplidas las reglas de pago establecidas, procede el corte del servicio"³⁶.

Por lo tanto, para el máximo intérprete, mal podría sentirse afectado en sus derechos fundamentales quien, pese a mantener una deuda pendiente, conocer de su morosidad, haberla recurrido ante las instancias correspondientes y haber sido esta confirmada, agotando con ello las reglas administrativas previstas, pretenda desconocer las reglas administrativas previstas que les dieron origen.

3. Conclusión

Como corolario a todo lo señalado en las líneas anteriores, resta enfatizar que el derecho humano al agua representa una ardua lucha por conseguir que el elemento vital escaso sea resguardado, conservado y utilizado de manera adecuada. En este devenir, debemos tener presente que el derecho humano al agua se hace más urgente en sectores en donde la población es especialmente vulnerable, donde el Estado ve reforzada su obligación constitucional y supranacional.

Estamos en un contexto global en el cual se pretende dejar de ver el agua desde el punto de vista económico y lucrativo para empezar a observarlo desde la óptica del derecho, pero ello no debe interpretarse como una disociación entre ambas perspectivas, pues, al ser un derecho de carácter prestacional, el derecho humano al agua debe estar acompañado de elementos económicos, a fin de que el Estado logre el cometido de su efectiva protección. Tampoco podemos dejar de lado que cualquier esfuerzo que se esté haciendo o que se haya realizado no sea suficiente para lograr que el líquido elemento sea realmente un derecho y no un privilegio. Es una tarea que, si bien el Estado es el primer llamado a cumplirla, también le corresponde a la sociedad civil, como conjunto, entender, puesto que el agua es tal vez uno de los elementos que mayor fundamento de justicia lleve intrínseco en su contenido.

36 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia de 30 de enero de 2014. EXP. N°. 03333-2012-PA/TC, fundamento jurídico 3.3.6.

Finalmente, los retos, que deben enfrentar, tanto los Estados como los sistemas regionales de protección de Derechos Humanos y el Sistema Universal, llevan una emitente carga técnica en relación a este derecho, que solo puede ser vista desde una perspectiva multidisciplinaria que, esperamos, sea fructífera en lo venidero.

Bibliografía

Libros y artículos

ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. "Hacia la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales". En: ABREGÚ, Martín y Christian COURTIS (coordinadores). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales. 1997.

BAZÁN, Víctor. "Los derechos económicos, sociales y culturales y su exigibilidad en el ámbito interamericano de protección de los derechos humanos". *Revista Jurídica del Perú*. Lima, año LIV, número 56. 2004.

BUOB CONCHA, Luis. *Criterios y mecanismos para la protección jurídica del derecho humano al agua de los pueblos indígenas en su dimensión colectiva a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Tesis para optar el título profesional de Abogado. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Facultad de Derecho. 2012.

BUOB CONCHA, Luis. "Derecho al agua: entendiendo sus componentes económico, social y cultural como factores de desarrollo para los pueblos indígenas". *Revista Internacional de Derechos Humanos*. São Paulo, 2004, volumen 1, número 17. 2012.

CEDAL y CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y EDUCACIÓN POPULAR "ALTERNATIVA. *Desafíos del Derecho Humano al Agua en el Perú*. 2º Edición. Lima: Centro de Asesoría Laboral del Perú – CEDAL. 2005.

COTO ZEVALLOS, Jose y Rossmery ROMERO PARIACHI. *Equidad en el acceso al agua en la ciudad de Lima: Una mirada a partir del derecho humano al agua*. Tesis para optar el título profesional de Abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho. 2010.

GUZMÁN NAPURÍ, Cristian. "El derecho al agua potable ¿hasta dónde podemos seguir creando derechos fundamentales?". *Jus Constitucional*. Lima, número 3. 2008.

JOURAVLEV, Andrei. *Los servicios de agua potable y saneamiento en el umbral del siglo XXI*. Santiago de Chile: CEPAL. 2004.

MARTÍNEZ MORÓN, Alan. "La inserción del derecho fundamental al agua en nuestro ordenamiento como derecho no enumerado por parte del Tribunal Constitucional". *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, número 119.

POSTELL, Sandra. *La batalla contra la escasez del agua: La situación en el mundo 1993*. Madrid: Ediciones Apostrofe. 1993.

Jurisprudencia, legislación e informes oficiales

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL DE NEUQUEN. Sala II. *Menores Comunidad Paymil s/acción de amparo*. 19 de mayo de 1997. Expediente 311-CA-1997.

CDESC. Observación General N° 15. *Derecho al agua*. U.N. Doc. E/C.12/2002/11 (2003).

CORTE IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2006. Serie C No. 184.

Decreto Legislativo N° 1083.

Decreto Legislativo N° 997.

Ley N° 28823.

Ley N° 26821.

Ley N° 28029.

OMS. *Domestic Water Quantity, Service Level and Health*. Ginebra: Programme Manager, Water Engineering and Development Centre, Loughborough University. 2003.

ONU. Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de Derechos Humanos relacionadas con el acceso al agua potable y saneamiento, Catarina Albuquerque. A/HRC/15/31/Add. 1, 1 de julio de 2010.

ONU. Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de Derechos Humanos relacionadas con el acceso al agua potable y saneamiento, Catarina Albuquerque. A/HRC/12/24/, 1 de julio de 2009.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia de 7 de noviembre de 2007. EXP. N°. 6546-2006-PA/TC; Sentencia de 15 de noviembre de 2007.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. EXP. N.º 06534-2006-PA/TC; Sentencia de 17 de julio de 2013.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia de 4 de diciembre de 2013. EXP. N° 00666-2013-PA/TC.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia de 7 de noviembre de 2007. EXP. N°. 6546-2006-PA/TC.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia de 30 de enero de 2014. EXP. N°. 03333-2012-PA/TC.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. *Defensoría de Menores N° 3 c/Poder Ejecutivo Municipal s/acción de amparo*. 2 de marzo de 1999. Expediente 46-99.

La exigibilidad de la dimensión social de los derechos civiles y políticos: A propósito de la doble dimensión del derecho a la libertad de expresión y el Caso 8 Periodistas vs. Grupo El Comercio

Adán López Blanco¹

La evolución de los derechos humanos tuvo un punto clave en la segunda mitad del siglo XX cuando los países, divididos en dos políticas distintas, aplicaron medidas en la sociedad con un efecto particular para el caso de los derechos humanos. Desde el bloque capitalista, se orientó la concepción de la protección primaria hacia los derechos civiles y políticos, y, desde el otro bloque (el bloque socialista), la primacía en su protección y regulación fue hacia los derechos sociales.

En la actualidad, con la desaparición de ambos bloques y la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional, se ha venido reconociendo jurisprudencialmente la dimensión social de los derechos civiles y políticos de la misma manera que, seguramente, podríamos establecer en la dimensión individual de los derechos sociales.

Así, desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha reconocido, para el caso de la libertad de expresión, su dimensión social, la cual consiste en la pluralidad de información. Este reconocimiento bidimensional de la Corte IDH tiene como efecto que la libertad de expresión, como derecho humano y fundamental, tenga una exigibilidad semejante en todas sus dimensiones en la jurisdicción ordinaria y constitucional como posteriormente acreditaremos.

¹ Estudiante de la Universidad de San Martín de Porres.

Lo expuesto cobra vigencia toda vez que, actualmente, en la justicia interna se encuentra en trámite un proceso interpuesto inicialmente por 8 periodistas solicitando la anulación del acuerdo societario entre el Grupo El Comercio y Epena, la cual originó una concentración de propiedad en los medios de comunicación escrita a nivel nacional. En ese sentido, el presente análisis se centrará en determinar la exigibilidad de los derechos sociales en la jurisdicción peruana, la justificación del activismo judicial en la interpretación y aplicación de los derechos sociales, y un análisis de las consecuencias sociales y políticas ante casos emblemáticos que involucran la cláusula del Estado Social de Derecho frente a intereses jurídicos de carácter individual.

1. La exigibilidad de los derechos sociales en la jurisdicción peruana

En primer lugar, para determinar la exigibilidad del derecho a la libertad de expresión en su faz plural, debemos argumentar por qué estamos ante un caso de un derecho social y no de un derecho individual o civil, no solo por ser el tema que nos abarca, sino también para entender una justificación de la exigibilidad de un derecho social frente a derechos individuales.

1.1. El ‘derecho social’ a la libertad de expresión

La libertad de expresión como derecho fundamental se encuentra en el artículo 2.4 de la Constitución Política del Estado y en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siendo considerados, en ambos casos, como derechos civiles y políticos de acuerdo a una interpretación sistemática. Así también, lo ha sido históricamente donde, antes de las constituciones sociales de Querétaro de 1917 y Weimar de 1919, no se reconocían los derechos a favor de la colectividad y solo se protegían derechos individuales que, entre ellos, incluían la libertad de expresión ante la posible restricción que pudiera surgir desde el Estado.

Sin embargo, actualmente no se puede negar que el ejercicio de un derecho individual tiene un efecto sobre la colectividad a la que el Derecho debe proteger de manera adecuada y procurar satisfacer progresivamente un mayor bienestar común. Dicha protección, entonces, va a ser insertada dentro de los

derechos civiles y políticos como delimitaciones en virtud de la relatividad que tiene todo derecho, incluyendo los derechos humanos y fundamentales. Así, esta delimitación del derecho individual será su antagónico derecho social o dimensión social. Esto, por cierto, no está reconocido de manera positiva en la Constitución Política o algún Tratado, donde, en todas las disposiciones jurídicas que se refieren a la libertad de expresión, no se menciona expresamente su dimensión social.

Para poder encontrar el reconocimiento de la dimensión social de los derechos individuales en el ordenamiento jurídico –y así poder exigir su respeto y garantía en el sistema de justicia– debemos diferenciar los conceptos de ‘disposición jurídica’ y ‘norma’. Esto no constituye una rigurosidad académica, sino que es algo necesario para entender la ubicación de dicha dimensión para que su exigencia merezca la misma atención por parte de los jueces, al que le toman a los derechos civiles y políticos. Así, esta diferencia que les ha dado el Derecho Constitucional y la Teoría del Derecho es que, mientras la disposición jurídica es aquella expresamente mencionada en un documento normativo. La norma será sino la interpretación que sobre la disposición jurídica se haga. En ese sentido, una disposición jurídica puede tener tantas normas como interpretaciones de la misma que se hayan hecho.

No ajeno a lo ontológico, las ‘normas’ –entendiéndose en el marco que se acaba de mencionar– van a cobrar mayor atención según la fuente de la que provengan. Para el caso que nos aboca, la dimensión social del derecho a la libertad de expresión se basaría en la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional del Perú y la Corte Interamericana han hecho (los cuales son plenamente vinculantes), además de otras cortes jurisdiccionales del mundo a las cuales se tomarán como referencia. De esta manera, el reconocimiento que se haga por una interpretación del derecho social a la libertad de expresión es, en suma, una norma jurídica o derecho social a la libertad de expresión, que comprende únicamente la faz plural o colectiva de acuerdo a los lineamientos que se han dado en la doctrina, jurisprudencia y legislación.

El propósito de abarcar, en mayor medida, la dimensión social de la libertad de expresión es con el fin de que, en el futuro, se pueda plantear bajo un análisis similar la dimensión social de otros derechos que, históricamente, se han exigido desde una faz individual en el sistema de justicia, reivindicando la cláusula

del Estado Social de Derecho. Bajo esa línea de ideas, en lo sucesivo nos referiremos al ‘derecho social a la libertad de expresión’ para referirnos a su dimensión social o colectiva.

1.2. La exigibilidad de los contenidos sociales de los derechos en referencia a la libertad de expresión en la jurisdicción peruana

No cabe duda que, así como la libertad de expresión, muchos de los derechos humanos individuales han sido reconocidos como fruto de reivindicaciones y luchas de la sociedad frente a los gobernantes para exigir su respeto. Sin embargo, fruto de esos mismos movimientos sociales, vistos desde el movimiento obrero del siglo XIX o, actualmente, en Iberoamérica, los grupos culturales minoritarios, sus acciones no han sido sino la de la reivindicación de los derechos sociales y la limitación de los intereses jurídico-individuales frente a la colectividad.

Sin embargo, más allá de un asunto de principios, el establecimiento de un Estado Social de Derecho –de acuerdo al artículo 43° de la Constitución Política– implica un conjunto de obligaciones, por parte del Estado, en un rol garante a la sociedad, que no solo debe estar con base en la legislación sino, también, debe desplegar sus efectos en el acceso y el sistema de justicia al momento de tutelar los derechos sociales.

Ya el Tribunal Constitucional ha precisado, sobre los derechos sociales –que lo estamos viendo a su vez como un equivalente de los contenidos sociales de los derechos–, que no tienen eficacia mediata (como anteriormente podía pensarse, con el único fin de diferenciarlo de los derechos civiles y políticos), sino que actualmente la satisfacción mínima representa el medio por el cual se pueden gozar, de manera adecuada, los derechos civiles y políticos.² En esa línea de ideas, según solamente el Tribunal Constitucional, los derechos sociales son exigibles en cuanto sirvan para el goce mínimo de un derecho civil y político.

Por otra parte, no debemos dejar de tomar en cuenta que la Constitución Política despliega sus efectos jurídicos en todos los derechos fundamentales y garantiza la vigencia de los derechos humanos. Respecto al primer punto, te-

2 Cfr. STC EXP N.º 02945-2003-PA/TC, F.J. N.º 11.

nemos como argumento la cláusula abierta establecida en el artículo 3° de la Constitución, que cierra un probable vacío de leyes consecuente a la promulgación de la Constitución por sí, de acuerdo a circunstancias posteriores a la creación de la norma fundamental, surgen derechos inherentes a la persona humana o que, por alguna u otra razón, no se previó su positivización de manera expresa. En cuanto al rol garante respecto a los derechos humanos, este surge de acuerdo al artículo 44° de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 1.1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece un rol activo del Estado en la sociedad a través de sus políticas públicas teniendo en cuenta las desigualdades entre las personas.

Así, una Constitución garantista de los derechos humanos de un Estado Social, no puede tener contenidos exentos en los cuales no prevea mecanismos de tutela de protección efectiva. En ese sentido, las diversas dimensiones de un derecho –como la dimensión social para el caso de la libertad de expresión– son plenamente exigibles tanto en el acceso a la justicia como en la protección efectiva que le debe brindar. Desconocer ello significaría afirmar que hay situaciones con relevancia jurídica en la que el sistema de justicia no puede ejercer su presencia como garante de dichos derechos.

Para el caso de la dimensión social de la libertad de expresión, la situación es particular por la importancia que, al ‘derecho social’, la libertad de expresión le ha dado junto al ‘derecho civil y político’ de la misma. Así, en el Caso La Última Tentación de Cristo, la Corte Interamericana ha señalado que:

“Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En ese sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las per-

sonas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención.³

Esta interpretación de la Corte Interamericana no puede ser obviada para la protección –en cuanto al derecho que nos abarca– del contenido social de la libertad de expresión, sino que es aún imperativa su observancia por parte de los jueces nacionales por dos motivos. El primero de ellos es que la misma Corte Interamericana ha señalado la obligatoriedad de la observancia de los jueces internos de tener en cuenta la Convención Americana para los Estados que la han ratificado y, asimismo, las interpretaciones de los derechos que ha hecho la Corte Interamericana como intérprete último de la Convención.⁴ La otra razón se encuentra en el artículo V del Código Procesal Constitucional cuando dice que *“[e]l contenido y alcance de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”*.⁵

Así, refiriéndose a la libertad de expresión, la Corte Interamericana ha establecido vía interpretación –o ‘creación de norma’, según el Derecho Constitucional– la misma importancia a la dimensión individual como para la social. En ese sentido, y considerando el rol social del Estado y los argumentos que establecen la obligatoriedad de adopción de ese criterio, el Estado se encuentra en el deber de garantizar que los derechos y contenidos sociales de los mismos sean protegidos de una manera real en su jurisdicción.

3 Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, párr. 65-67. Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). El subrayado es nuestro.

4 Cfr. Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile párr. 124. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

5 El subrayado es nuestro.

El siguiente asunto que toca tratar es sobre la manera cómo los jueces ordinarios y constitucionales pueden resolver casos donde se hayan realizado más que interpretaciones genéricas o no se haya legislado con la misma especificidad con la que se ha hecho para los derechos individuales. Obviamente este problema surge más para el caso de los derechos sociales y actualmente constituye uno de los problemas para su acceso y búsqueda de la justicia.

2. Justificación del activismo judicial en la interpretación y aplicación de los derechos sociales

No cabe duda del valor de la seguridad jurídica como institución fundamental del derecho en la historia. Sin embargo, tampoco la debe haber para el reconocimiento de las desigualdades sociales a la que no se ha sido ajeno cualquier país del mundo, las cuales no han hecho sino crear diferencias para el acceso al goce y ejercicio de diversos derechos. Con los movimientos y el nacimiento de las constituciones sociales, se procuró empoderar a los jueces para que, a través del derecho, puedan atender este tipo de casos y generar soluciones justas, pues, como diría el Profesor Pedro Grández Castro, *“[e]l constitucionalismo de los derechos confía en los jueces, espera que las promesas de la Constitución puedan hacerse realidad gracias a la acción de la justicia y, en consecuencia, la lucha contra la exclusión por razones de pobreza debería encontrar en la acción de la justicia un importante campo para la liberación de los pobres”*⁶

Desde ese lado, los jueces no pueden dejar de tener en cuenta las desigualdades existentes, y más aún, en una sociedad multicultural como la peruana. Ello se refuerza, también, en la cláusula Social del Estado y la garantía en la vigencia de los derechos humanos, la cual impone determinados deberes a los jueces al momento de brindar el acceso a la justicia e impartirla.

Este fenómeno del constitucionalismo ha dado lugar al activismo judicial y la interpretación de los derechos de acuerdo a una evolución histórica. El juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Magistrado Charles Evans Hughes, decía que *“Nosotros estamos bajo la Constitución, pero la Constitución es lo que*

6 Grández Castro, Pedro P. Notas Preliminares en El Derecho Frente a la Pobreza, los desafíos éticos del constitucionalismo de los derechos, págs. 7 – 8. Editor: Pedro P. Grández Castro. Ed. Palestra Editores. Lima. 2011.

la Corte Suprema dice que es". En 1954, la Suprema Corte de EEUU decidió tomar un rol político activo para la ejecución de la sentencia del caso *Brown vs. Board of Education*, un caso sobre discriminación y derecho a la educación, donde la falta de leyes no impidió hacer respetar los derechos sociales e individuales en la decisión del caso y su ejecución.⁷

La omisión legislativa, al momento de garantizar los derechos o contenidos sociales, no puede significar un perjuicio para la búsqueda de justicia si dicho 'ocio legislativo' puede crear incluso un Estado de Cosas Inconstitucional. Ante la exigibilidad de contenidos o derechos sociales, lo que queda es hacer cumplir la Constitución, pues hacer depender de la creación legislativa la eficacia de los derechos sociales no hace sino supeditar la norma constitucional a la ley.

Ante un caso en concreto, surgen posibles alternativas que tiene el juez ante el vacío o defecto de ley que impida cumplir los derechos o contenidos sociales que se encuentran en los Tratados o la Constitución siendo, en ambos casos, el papel del juez dentro de un rol activo como garante del Estado Constitucional de Derecho. A continuación, tomaré como referencia el caso de los 8 periodistas que presentaron una demanda de amparo en la Corte Superior de Justicia, solicitando la impugnación del acuerdo societario entre El Comercio y Epena, por considerar que se produjo una concentración de propiedad en los medios de comunicación en su forma de prensa escrita a nivel nacional. Tomaré este caso por ser significativo al tratarse de la dimensión social de un derecho históricamente individual y las propuestas, frente a la falta de legislación, para el caso de la prensa escrita, de cómo podría garantizarse, desde el sistema de justicia, la efectividad de los derechos sociales.

a) Rol del juez coordinador

La primera alternativa gira sobre lo que, por practicidad, se podría llamar el 'rol coordinador' del juez. Este significa que, verificada una situación de Estado de Cosa Inconstitucional, donde se está produciendo una afectación a un derecho o contenido social de rango fundamental, y no se tiene legislación sobre la cual se pueda ejecutar una sentencia, debe aplicar el artículo X del Título Preliminar del Código Civil el cual menciona que, ante vacíos o defectos en la ley, debe dar

7 Véase Alejandro Maraniello, Patricio. "El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional". Revista Pensar en Derecho – Universidad de Buenos Aires. N° 1 – Año 1. 2012. Págs. 125-126.

cuenta al Congreso de la República, a fin de que sea el órgano democrático el que pueda legislar (aunque, tratándose de la Corte Superior, este último debe comunicarlo a la Corte Suprema de Justicia, para que sea dicho órgano quien formule la comunicación al Congreso).

Este criterio implica, como en el caso de la dimensión social de la libertad de expresión, la existencia de un vacío de legislación, que a su vez afecta los derechos o contenidos sociales, que no sea un impedimento para que se puedan establecer medidas con respecto al proceso. El juez, en este caso, debería establecer unos parámetros de respeto constitucional o 'contenidos mínimos' que el Congreso debe respetar a fin de no expedir leyes inconstitucionales. Por ejemplo, en el caso de los *8 periodistas vs. Grupo El Comercio*, sería idóneo que el juez emita un pronunciamiento sobre qué se entiende por exclusividad, monopolio o acaparamiento en referencia a *quantums* porcentuales, en relación a otros medios de prensa escrita a nivel nacional, o emplee estadísticas mundiales para definir si existe o no una concentración de medios. Asimismo, puede establecer criterios necesarios como la prohibición de la propiedad cruzada en la prensa, lo cual no supone una intervención en las labores legislativas del Congreso, sino la posibilidad de garantizar la vigencia de los derechos humanos de acuerdo al artículo 44 de la Constitución, velando porque los contenidos constitucionales regulados sean plenamente efectivos.

b) Rol activista

Otra alternativa que puede tener el juez supone la adopción de medidas aplicadas para el caso en concreto donde anule la ejecución de ciertos actos, re-virtiendo la situación al estado anterior de su comisión y prohibiendo su reiteración. En ese sentido, aquí el rol del juez se enmarca dentro del 'activismo judicial' y del juez como creador de derecho.

En el segundo caso, el rol activista del juez supondría un ejercicio más suspicaz al momento de establecer directamente medidas para evitar la permanencia de una situación de carácter inconstitucional. Si bien es cierto que el constitucionalismo social le da amplias facultades para la defensa en serio de los derechos sociales, comúnmente, son situaciones complejas donde exigen del juez una rigurosidad porque posteriormente no se puede crear, de su fallo mismo, una situación incompatible con la Constitución Política. Este amplio activismo judicial ha sido usado ya desde 1954 por la Suprema Corte de EEUU, como lo

mencionamos, y ha constituido un ejemplo para que, en otros países como el Perú, se den casos donde los jueces puedan tener un rol más activo dentro del marco de un Estado Social de Derecho.

La justificación, por medio de la cual los jueces se encuentran facultados para aplicar dicho tipo de medidas, es en virtud de las desigualdades sociales en un Estado multicultural, donde la omisión legislativa no puede ser un obstáculo para la efectivización de derechos fundamentales. Por otra parte, también se debe tener en cuenta que los jueces deben aplicar las normas conforme a la situaciones materiales que se presentan. Ante un conflicto o amenaza hacia un derecho social, el papel del juez requiere de medidas más activas o de una discrecionalidad mayor para imponer que ante el surgimiento de un conflicto de intereses entre agentes privados de eficacia únicamente entre las partes.

En ese sentido, ante la ausencia de leyes, el juez debe recurrir a los criterios interpretativos de la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional dentro de la jurisdicción interna o, tratándose de la internacional, fijar los pronunciamientos y la interpretación que la Corte Interamericana ha dado. En este último caso, su observancia será obligatoria por las consideraciones antes expuestas. Dichos criterios interpretativos –y todos aquellos de distintas fuentes del derecho que le pueda servir– constituirán un conjunto de patrones sobre la que los jueces se pueden valer para poder emitir un fallo con razonabilidad.

3. Consecuencias sociales y políticas ante casos emblemáticos que involucren la cláusula del Estado Social frente a intereses jurídicos de carácter individual

La exigibilidad de los derechos sociales ante el sistema de justicia comúnmente se enmarca en un contexto donde el beneficiario puede ser la sociedad entera –como en el caso de los *8 periodistas vs. Grupo El Comercio*–. Sin embargo, ello no constituye un motivo para ponderar automáticamente las pretensiones a favor de la sociedad. La ponderación de derechos frente a la exigibilidad de intereses sociales debe llevarse a cabo ajustado a Derecho, en un marco de razonabilidad, y respetando el Estado Democrático.

Si bien es cierto, en un Estado Constitucional de Derecho, la regla básica debería ser la aplicación de las reglas de manera estricta –más aún si involucren

derechos fundamentales—. Es imprescindible no solo declarar en la sentencia las amenazas o violaciones que se hayan podido producir, sino también ver la manera en que dicha sentencia pueda ser finalmente cumplida, brindando un conjunto de medidas a las partes involucradas o terceros al proceso, pues de lo contrario sería la propia Corte o Tribunal quien no estaría garantizando una tutela jurisdiccional efectiva. Esta consideración se basa en lo que antes hemos denominado el ‘Rol activista’ del juez y que constituyó el inicio del activismo judicial en EEUU. De esta manera, no es que fijándose las consecuencias políticas y sociales de un fallo, el juez deba apartarse o flexibilizar el reconocimiento de los derechos involucrados, sino que significa que debe crear las condiciones para que su fallo pueda ser ejecutado.

No cabe duda que, ante la exigibilidad de determinados derechos con contenidos sociales, pueda pensarse el rol del juez como sujeto a un poder político o interés particular. Frente a ello, resulta imprescindible que, en casos emblemáticos, en donde se involucren asuntos como las libertades de expresión y la pluralidad de información, el sistema de justicia pueda brindar transparencia e imparcialidad, a través de principios como el de publicidad, que garanticen sentencias fundadas únicamente en Derecho sin ningún vicio ajeno a ello.

Es conveniente, en estos casos, no solo una motivación adecuada en los fallos, sino también el empleo, por los jueces, de todos los recursos que sirvan como medio para informar a la sociedad del criterio usado para resolver un proceso y el alcance de sus decisiones, de una manera que sea entendible para los no operadores del sistema de justicia. Una herramienta valiosa, por ejemplo, la constituye la Resolución Administrativa N° 249-2013 del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, en la que se aprueba una Directiva en donde se regula las declaraciones de los jueces a través de los medios de comunicación. De esta manera, ante casos complejos, donde se exige la reivindicación de derechos con contenido social, la labor de los jueces será más eficaz si tienen la posibilidad de poder explicar con mayor detalle –y de una manera más directa a la sociedad– cuestiones importantes del proceso desde un punto de vista imparcial. Esto último es importante toda vez que, por ejemplo, en el Caso de los 8 periodistas, podría pensarse, por parte del Grupo El Comercio, que se pueda estar amenazando (con la demanda) su derecho a la libertad de expresión, cuando más bien lo que se exige es una limitación a su derecho a la propiedad en resguardo de la dimensión social de la libertad de expresión.

No cabe duda que cuestiones como estas permiten dar una mayor claridad de los procesos judiciales y empoderan al juez a poder tener un rol más activo al momento de emitir un fallo, puesto que, ahora, para los derechos sociales, los vacíos o defectos de ley no constituirán un impedimento, sino un espacio para la creación de reglas en un trabajo en conjunto con la sociedad, en donde pueda estar informada y se crea un ambiente político idóneo para permitir la ejecución de dichas sentencias tratándose de casos emblemáticos.

4. Conclusiones

Los derechos individuales –como la libertad de expresión– han tenido una evolución importante en la historia, y hoy son distintos a como tradicionalmente lo hemos conocido. El reconocimiento de su dimensión colectiva no es sino la vigencia en acción de la cláusula Social del Estado de Derecho y el poder de la Constitución como norma jurídica aplicable, en donde el ‘ocio legislativo’ no constituya un obstáculo a las pretensiones democráticas plasmadas por el Constituyente.

Sin embargo, no podemos ser ajenos a que, cuando se exige el reconocimiento de derechos sociales frente a derechos o intereses jurídicos de carácter individual, el juez debe actuar con el mayor cuidado posible para generar confianza en la sociedad y en los sectores privados del sistema de justicia, para así poder hacer efectiva la ejecución de una sentencia y no se genere cuestionamientos sobre la imparcialidad o autonomía que haya podido tener el juez para resolver el caso.

Bibliografía

ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. Ilícitos atípicos. Segunda edición, Ed. Trotta, España, 2006.

CIDH, Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente. Relatoría especial para la libertad de expresión, 2010.

GRANDEZ CASTRO, Pedro P. Notas Preliminares en El Derecho Frente a la Pobreza, los desafíos éticos del constitucionalismo de los derechos, pág. 7 – 8. Editor: Pedro P. Grández Castro. Ed. Palestra Editores. Lima. 2011.

HABERLE, Peter. Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo, en: Constitución Económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacífico APEC), Palestra, Lima, 2008.

MARANIELLO, Patricio Alejandro. "El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional". Revista Pensar en Derecho – Universidad de Buenos Aires. N° 1 – Año 1. 2012.

IV. DERECHOS LABORALES

Apuntes sobre la cuestión laboral en el Perú: una mirada al último cuarto de siglo

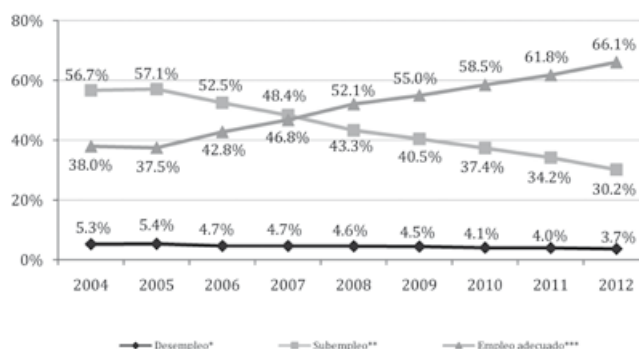
Enrique Fernández-Maldonado Mujica¹

Si hay un rasgo general que caracteriza la situación del empleo en el Perú, es la compleja heterogeneidad de la fuerza de trabajo, su baja productividad y la extendida precariedad laboral reflejada en el amplio contingente de trabajadores informales (Verdera 1983, 2007). De acuerdo a la Encuesta Nacional de Hogares (ENAH), el año 2012 se registraron 16 142 100 personas como parte de la población económicamente activa (PEA). De este grupo, el 96.3% manifestó estar ocupado (15 541 500), mientras que un 3.7% mencionó estar desocupado (600 600). Entre los años 2004 y 2014, se registró un incremento importante de la PEA con empleo adecuado de 38% a 66.1%, al tiempo que la tasa de subempleo descendía de 56.7% a 30.2% en el mismo periodo (Gráfico N° 1). Aunque la conceptualización de lo que implica un ‘empleo de calidad’ puede ser objeto de críticas, por el bajo umbral con el que se define dicho estado laboral, esconde una diversidad de situaciones de precariedad laboral bajo el concepto de subempleo. Lo cierto es que el celebrado ‘milagro peruano’ –expresado en un crecimiento significativo del PBI entre los años 2002 y 2013– tuvo un impacto positivo en la tasa de empleo urbano, incluido un descenso en los niveles de desempleo urbano (de 9% a 6.2% entre el 2003 y 2013) y un aumento en el porcentaje de trabajadores con seguridad y protección social. Sin embargo, las ventajas y ‘beneficios’, obtenidos a partir de la generación de empleos bajo la formalidad laboral, no alcanzaron a todos los sectores laborales o económicamente activos, ni se experimentó dicho proceso en el conjunto del territorio nacional. En las zonas rurales y periféricas a las ciudades importantes, persisten porcentajes altos de trabajadores que laboran en condiciones de desprotección e informalidad laboral. La suma de estos sectores representa el 42.7% de la población ocupada (asalariada más ‘independientes’) que trabaja al margen

1 Sociólogo por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

del ejercicio de los derechos laborales, sin acceso a la seguridad social, ni a programas de capacitación laboral, sin garantías mínimas para ejercer el derecho a la libertad sindical y la negociación colectiva.

Gráfico N° 1
Perú: Evolución de las tasas de desempleo, subempleo y empleo adecuado 2004 - 2012



* Porcentaje de la PEA que no está trabajando pero busca activamente insertarse en un puesto de trabajo.

** Porcentaje de la PEA que trabaja menos de 35 horas semanales y desea trabajar más horas o trabaja 35 horas o más pero percibe un ingreso laboral inferior a la mitad del valor de la canasta básica de consumo familiar.

*** Porcentaje de la PEA que trabaja menos de 35 horas semanales y no desea trabajar más horas o trabaja 35 horas o más y percibe un ingreso laboral igual o mayor a la mitad del valor de la canasta básica de consumo familiar aprox.

Fuente: ENAHO, INEI / DISEL, MTPE.

Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

La persistencia de un amplio sector de la población peruana en situación de subempleo o informalidad laboral puede explicarse por la confluencia de una serie de factores estructurales de la economía peruana y por la dinámica propia de la política local. Estos factores se entrelazan en distintos ámbitos de acción e involucran a una diversidad de instituciones y actores con recursos políticos y económicos desiguales. Estas intersecciones suponen relaciones de poder asimétricas, que tienen implicancias concretas en la trama distributiva y calidad del empleo en el país. En este artículo abordaremos estas dimensiones, tratando de identificar las múltiples conexiones que existen entre sí y que dan forma al sistema de relaciones laborales en el Perú.

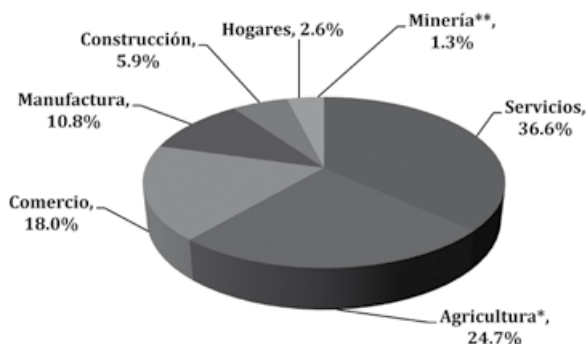
1. Limitaciones estructurales del crecimiento

Como ha sido señalado, el mercado laboral peruano se caracteriza por su profunda heterogeneidad ocupacional, los bajos niveles de productividad promedio y la extendida informalidad laboral de la fuerza de trabajo (INEI, 2013). Esta

situación –cuestionada en sus aspectos críticos por enfoques, especialistas y frentes diversos– no ha podido ser revertida a pesar del proceso de crecimiento económico experimentado durante la última década (2004-2012).

En un informe reciente, Gamero (2012) señala que solo 1 de cada 10 trabajadores urbanos en el sector privado asalariado accede a condiciones de trabajo decente. Este mismo análisis encuentra que existen diferencias –en algunos casos moderadas, en otras significativas– en la calidad del empleo de los trabajadores formales respecto de los informales, de los empleos e ingresos de los trabajadores hombres respecto de sus pares mujeres, entre regiones y con respecto a Lima, entre trabajadores de diferentes edades, etc., diferencias que, vistas en conjunto, dan cuenta de una estructura laboral compleja y heterogénea, con un claro déficit de empleo adecuado y desigualdades salariales notables. En este contexto, son las mujeres, los jóvenes, la población indígena y los empleados en actividades de escasa productividad los que encuentran mayores dificultades para insertarse laboralmente en condiciones de empleo adecuado. ¿Qué razones están sobre la base de esta extendida situación de precariedad laboral que caracteriza actualmente a los mercados de trabajo en el Perú?

Gráfico N° 2
Perú: Distribución de la PEA ocupada según actividad económica 2012



* Incluye además ganadería, silvicultura y pesca.

** Incluye además hidrocarburos.

Fuente: ENAHO, INEI / DISEL, MTPE.

Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Desde el punto de vista macroeconómico, la orientación del modelo de crecimiento adoptado desde la década de 1990 siguió similares procesos y tendencias registradas en otros países de la región (Weller 2009, Álvarez Leguizamón

2005). Si alguna vez se intentó transitar hacia un modelo de desarrollo industrial y centrado en el desarrollo de las fuerzas productivas nacionales, la crisis de la deuda y la recesión económica de los años 1980 –a lo que siguió el ajuste económico y las reformas estructurales implementadas por el gobierno de Alberto Fujimori (1990-2000)– terminaron de desmontar el Estado intervencionista y garantista que promovió el gobierno militar de Juan Velasco Alvarado (1968-1975) para superar la etapa oligárquica y dependiente de la economía peruana. El impacto de la hiperinflación registrada en las postrimerías del primer gobierno aprista (1985-1990), así como la radicalidad de las políticas neoliberales adoptadas durante el primer fujimorismo (1990-1995), terminaron de liquidar los esfuerzos por impulsar un proceso de industrialización por sustitución de importaciones, en la línea de lo promovido por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), desde mediados del siglo pasado. Así visto, se puede decir que durante el último cuarto de siglo, el Perú experimentó una contrarreforma institucional basada en una agresiva política de liberalización económica y apertura comercial que facilitó la reinserción de la economía peruana a los circuitos financieros internacionales, pero a un costo social del que recién el país se está recuperando.

A poco más de dos décadas de aplicadas las reformas neoliberales en el Perú, tenemos a un sistema político comprometido con la continuidad del modelo de desarrollo primario exportador, basado en la promoción y participación activa de la inversión privada como motor del crecimiento económico nacional. Para esto, el Estado debe cumplir un rol subsidiario, para garantizar la continuidad y sostenibilidad de la actividad empresarial. La priorización de los últimos gobiernos por promover la inversión privada y extranjera en las industrias extractivas (especialmente la minería y los hidrocarburos) y los servicios básicos (como telefonía, electricidad y la intermediación financiera en el manejo de fondos de pensiones, etc.) se convirtió en el leit motiv de la élite empresarial y del sistema político en su conjunto (Cotler 2000). Así, al amparo de las coordenadas del Consenso de Washington, en el Perú se dio una suerte de ‘macro arreglo institucional’ (Vergara, 2012) que permitió la hegemonía y vigencia del neoliberalismo económico a nivel de la opinión pública y del sistema político. Esto fue a pesar que en las últimas elecciones del 2011 un sector importante del electorado se manifestó claramente por un programa de cambio en el modelo de desarrollo (La Gran Transformación).

Gráfico N° 3

Perú: Distribución de la PEA ocupada según categoría ocupacional 2012



* Trabajadores familiares no remunerados.

** Del sector privado.

Fuente: ENAHO, INEI / DISEL, MTPE.

Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Bajo el actual modelo de desarrollo, los niveles de empleo resultan especialmente sensibles a los ciclos económicos de los mercados internacionales, particularmente aquellos con los que la economía peruana mantiene un mayor vínculo comercial (como China, la Unión Europea y los Estados Unidos). El dinamismo del empleo registrado en algunas actividades productivas vinculadas con la exportación (como la minería, la manufactura o la agroexportación) coincide con la evolución del producto bruto interno (PBI), favorecido por el alza de los precios internacionales de los *commodities* mineros y energéticos. La ampliación de mercados para las exportaciones no tradicionales (como las confecciones y la agroindustria), a partir de la firma de tratados de libre comercio entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica, la Unión Europea, China, y otras economías desarrolladas, incidió también en este mayor dinamismo del empleo registrado en algunas zonas del país. Sin embargo, la crisis financiera internacional de los años 2008 y 2009 incidió en la evolución del crecimiento económico experimentado entre los años 2004 y 2013. Esta experimentó una desaceleración abrupta (el PBI apenas creció 0.9% en 2009), poniendo en evidencia su incapacidad para enfrentar shock externos relacionados con la demanda internacional.

El Perú resintió el impacto de la desaceleración global, lo cual se vio reflejado en la evolución del empleo en los sectores y actividades que lideraban el

crecimiento económico (Cuadros y Poquioma 2013). La crisis económica del periodo 2008-2009 afectó principalmente a los sectores que crecieron significativamente durante la década pasada (agroindustria, confecciones, minería, etc.), dando cuenta de las limitaciones del modelo primario exportador para dinamizar y potenciar a los sectores con mayor demanda de mano de obra y productividad laboral, adaptándose a los vaivenes de los mercados globales. Los sectores que compensaron la caída del empleo, tras la crisis del 2008 y 2009, fueron aquellos vinculados con el mercado interno (construcción civil, comercio y servicios), teniendo a la capital Lima Metropolitana (que alberga al 33% de la PEA total) como centro del crecimiento del empleo. Otras actividades (como la agricultura, la mediana minería, la minería informal, etc.) ostentan los menores niveles de ingreso y protección social, debido a su baja productividad (servicios, comercio, pequeña agricultura) y a la ausencia de organizaciones sindicales y de la Autoridad Administrativa de Trabajo como ente regulador de las condiciones laborales.

Estos datos son especialmente útiles para abordar los términos del debate laboral en el Perú. Condicionada por una base industrial reducida y por factores externos que reducen la capacidad de agencia de los actores políticos y sociales peruanos, la economía peruana presenta limitaciones estructurales para generar empleo adecuado de manera descentralizada y sostenible. A esto hay que agregar una dimensión (que no es objeto específico de este ensayo) relacionada directamente con una brecha o desconexión entre la oferta y demanda de trabajo, a lo que se suma la deficitaria calidad de la educación pública y sus efectos sobre los niveles de calificación y productividad de un sector importante de la fuerza laboral peruana.

2. La política laboral de la transición

Junto con el modelo económico primario exportador, el enorme déficit de empleo adecuado en el Perú se explica a su vez por el carácter y orientación de las políticas laborales adoptadas en las últimas décadas. Diversos análisis encuentran un hilo de continuidad en los lineamientos de la política laboral adoptada por los gobiernos que participan del último proceso de proceso de transición política a la democracia –Alejandro Toledo (2001-2006), Alan García (2006-2011) y Ollanta Humala (2011), actualmente en ejercicio–, con el modelo

de flexibilización y desregulación laboral impuesto bajo el régimen autoritario de Alberto Fujimori (1990-2000). Ninguno de estos gobiernos mostró voluntad política para impulsar los acuerdos adoptados en el marco del Acuerdo Nacional y que formaron parte de los objetivos de la transición democrática: la implementación de una reforma laboral que, al mismo tiempo que ordenara el complejo entramado legal peruano (actualmente existen cuarenta regímenes laborales especiales), restituyera el equilibrio de poder en las relaciones laborales, perdido con las reformas que desmontaron elementos claves del derecho laboral individual y colectivo (Verdera, 1999; Campana, 1999; Villavicencio, 2010). Durante este periodo, la atención en materia laboral priorizó la implementación de programas sociales de empleo temporal o capacitación laboral para poblaciones vulnerables, así como la aprobación de regímenes ‘especiales’ para promover el empleo formal en algunos sectores con altas tasas de informalidad laboral.

El objetivo de lo que iba a ser –en términos de Oscar Ermida (1994)– una reforma laboral ‘posneoliberal’ (como parte de los esfuerzos democratizadores de la transición), pero que posteriormente fuera dejada de lado por el sistema político en su conjunto, comenzó a delinearse durante el gobierno de transición de Valentín Paniagua (2000-2001) con la reactivación del Consejo Nacional de Trabajo (CNT) el año 2001. Sin embargo, tres periodos de gobiernos después, el CNT no logró una de las metas por las que fue reinstalado: aprobar una nueva ley general del trabajo.

Lejos de retomar las banderas de la transición, los gobiernos de Toledo, García y Humala optaron por profundizar el proceso de flexibilización laboral iniciado en la década de los noventa. El mecanismo utilizado fue la aprobación e implementación de una serie de regímenes laborales especiales que, con el argumento de facilitar la inversión privada y promover la formalización laboral, reducían o eliminaban derechos para un conjunto de sectores diferenciándolos de los comprendidos dentro del régimen laboral común para la actividad privada (Dec. Leg. N° 728). Esta tendencia se dio también en el sector público, donde se incrementó el porcentaje de trabajadores contratados bajo regímenes laborales del sector privado.

En la misma línea que sus predecesores, el actual gobierno de Ollanta Humala ha significado, en la práctica, la continuación del enfoque neoliberal en la po-

lítica económica y laboral. Iniciativas importantes adoptadas en los primeros meses del actual periodo –la aprobación de la Ley de Seguridad y Salud Ocupacional, en un país con un alto número de accidentes de trabajo, la creación de la Superintendencia de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), el inmediato incremento del salario mínimo comenzando el gobierno o la institucionalización del arbitraje potestativo para la solución de conflictos laborales–, son medidas cuyos posibles avances o logros se relativizan ante los intentos (frustrados) de flexibilizar la legislación laboral y desregular las relaciones laborales, con el argumento de promover la inversión y la formalización laboral. Lo que un inicio hacía presagiar un gobierno de carácter progresista en lo laboral, muy pronto decantó en un disciplinado guardián del modelo económico y laboral, al delegar a la tecnocracia neoliberal en el gobierno el manejo de la política económica, laboral y ambiental.

El gobierno de Ollanta Humala será recordado, en ese sentido, no solo por aprobar una Ley de Servicio Civil que restringe un conjunto de derechos colectivos para los trabajadores públicos, sino, sobre todo, por su intento frustrado de implementar un régimen laboral especial –la denominada Ley ‘Pulpín’–, que pretendía fijar un régimen especial de derechos para los trabajadores jóvenes, precisamente los que más dificultades tienen para ‘dejarse sentir’ en los esquemas de representatividad política del país (Alayza, 2006). La forma poca transparente y oportunista con que se aprobó (sin mayor discusión parlamentaria y sin consultar a las organizaciones representativas), así como su carácter nítidamente discriminatorio², fue el detonante de cinco protestas masivas realizadas entre diciembre del 2014 y enero del 2015, y que tuvieron como desenlace no solo la derogatoria de la Ley Pulpín, sino sobre todo el haber puesto en cuestión algunos de los fundamentos ideológicos del neoliberalismo ‘peruano’ en materia laboral.

2 La Ley N° 30288, Ley que promueve el acceso de Jóvenes al Mercado Laboral y a la Protección Social, reduciría el tiempo de vacaciones de 30 a 15 días al año, elimina las dos gratificaciones anuales (equivalentes a un sueldo cada una) y el seguro de salud.

Cuadro N° 1. Perú: Principales regímenes laborales especiales y promocionales (2001-2014)

Derechos Laborales	Actividad Privada (D.Leg. 728)	Ley Mypes N° 28815	Régimen de Promoción Agraria N° 26760	Régimen Laboral Juvenil (*)
Contratación laboral	8 modalidades de contratación temporal por un máximo de 5 años consecutivos	Indefinido a menos que la MYPE deje de serlo	Contratos temporales renovables	Contratos renovables, mínimo por un año
Remuneración	Salario mínimo vital	Salario mínimo vital	Salario mínimo vital por hora	Salario mínimo
Jornada laboral	8 horas diarias + (25% a 35% la hora extra)	8 horas diarias y no se reconocen las horas extras	8 horas diarias + 15% por hora extra	8 horas diarias
Vacaciones anuales	30 días	15 días (7 días con acuerdo de las partes)	15 días	15 días
Beneficios Sociales	CTS y dos gratificaciones anuales	No establece	CTS y gratificaciones están incluidas en el salario	Seguridad social
Indemnización por despido	1.5 remuneración por año de servicio, hasta un máximo de 12 meses	15 remuneraciones diarias por año de servicio (hasta un máximo de 180 días)	120 remuneraciones mínimas hora (15 diarias) por año de despido	
Régimen pensionario	Obligatorio	Opcional	Opcional	Opcional

Elaboración: propia.

(*) Derogado en enero de 2015.

Desde el punto de vista de la institucionalidad laboral y de la regulación de las relaciones laborales, los gobiernos que siguieron al proceso de transición política se caracterizaron por compartir su poco apego y voluntad para llevar a cabo la reforma laboral que suponía la aprobación de la LGT. Esta demanda ha sido exigida inicialmente por el movimiento sindical como parte de los compromisos adoptados en el marco del Acuerdo Nacional (CGTP 2006), y más recientemente ha sido incorporada como una demanda central del movimien-

to juvenil que impulsó la derogatoria de la Ley Pulpín. Tanto el gobierno de Toledo como el de García y Humala tuvieron, por lo menos en sus primeros años, mayorías parlamentarias que les hubieran permitido aprobar la LGT en el Congreso sin mayor resistencia. Sin embargo, ni el Apra ni la alianza Gana Perú –agrupaciones políticas que formalmente reivindican los intereses de los sectores laborales– impulsaron la discusión del proyecto de ley elaborado por consenso en el CNT, en parte por adherirse a la continuidad del modelo económico neoliberal, pero también por la débil capacidad de presión política de los sectores sindicales y laborales, excluidos de los espacios de decisión y gestión de las políticas públicas.

3. Sin diálogo social no hay desarrollo

El tercer factor general que está sobre la base de la situación de precariedad laboral en el Perú –sobre todo en lo que respecta al sector asalariado– está relacionado con la calidad del dialogo social (en todos los niveles) y las posibilidades de entablar relaciones laborales equilibradas, a partir del ejercicio de la negociación colectiva. De acuerdo con el MTPE (2013), apenas un 4.9% de la población laboral ocupada forma parte de un sindicato y, por tanto, puede verse comprendido dentro de los alcances de un convenio laboral. En el Perú, los espacios de negociación y dialogo laboral bipartito son escasos, como lo es también el contenido de los convenios firmados. Esta es una situación que se origina en los años 1990, con las reformas neoliberales aplicadas por el régimen de Alberto Fujimori. Desde entonces –y a pesar de la recuperación registrada en el número de organizaciones sindicales nuevas, trabajadores afiliados y negociaciones colectivas celebradas en el periodo, que se inicia con el proceso de transición (2000-2014)–, el sindicalismo peruano sigue en crisis y las posibilidades de superarla aparecen aún remotas (Gil y Grompone, 2014).

Confluyen en este escenario una serie de elementos de contexto y de la propia dinámica del dialogo social en el país. La persistencia de un sistema institucional y normativo que agudiza las desigualdades inherentes a las relaciones laborales se ve legitimado por una cultura anti sindical extendida que –a través de los medios de comunicación y diversas vocerías– construye una representación social del trabajo y de las relaciones laborales en el Perú que

distorsiona la imagen de los sindicatos. Así, es usual escuchar en los medios de comunicación masiva referirse a las posturas defendidas por los sindicatos como 'populistas', 'inviabiles', 'anacrónicas' o 'circunscritas a una aristocracia sindical', al tiempo que las propuestas que vienen del ámbito empresarial aparecen revestidas de 'racionalidad', son presentadas como 'técnicas' o que están orientas a mejorar la 'competitividad del país', etc.

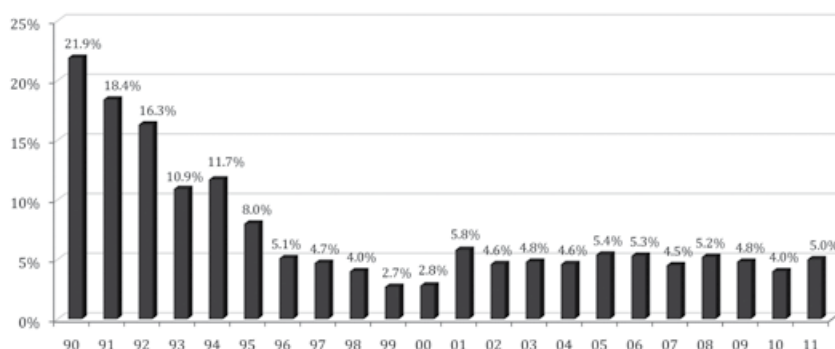
En el contexto de la última década, las organizaciones sindicales peruanas vienen intentando recomponer su capacidad de acción frente a su contraparte empresarial y en su relación con el Estado, en una lógica de acercamiento y confrontación, que en la práctica no les ha permitido superar el statu quo neoliberal vigente. A pesar de la confluencia de un conjunto de condiciones económicas e institucionales (excedente económico, crecimiento del empleo a nivel nacional, apertura democrática y mayores garantías para ejercer derechos civiles y colectivos, etc.), que permitieron que el número de sindicatos, trabajadores afiliados y negociaciones colectivas creciera, en términos absolutos a lo largo de la década pasada, el sindicalismo peruano no pudo superar las limitaciones propias y las relacionadas con un sistema de relaciones laborales (desde el punto de vista del derecho laboral) asimétrico y favorable al sector empresarial. La capacidad de agencia del sindicalismo peruano se reflejó en la pobre performance desplegada en los espacios institucionales en los que tiene un nivel de representación corporativa o social: ya sea en el ámbito de la negociación colectiva, disminuida respecto de décadas pasadas; ya sea en el ámbito del Consejo Nacional del Trabajo y de la política representativa, donde los avances en materia de políticas públicas laborales es prácticamente nulo.

El aumento de trabajadores afiliados y de organizaciones sindicales nuevas, registrado en el periodo de transición política, está lejos de recuperar los niveles de organización alcanzados en décadas pasadas (en 1990 el 30% de la PEA asalariada privada pertenecía a un sindicato). En la medida que el empleo global siguió un ritmo de crecimiento mayor al de la afiliación sindical, las mejoras numéricas no han significado un cambio sustancial en la tasa de sindicalización (la cual, en la práctica, descendió de 6.6% a 4% de la PEA asalariada privada entre el 2001 y 2012; ver Gráfico N° 4). La relación entre el nú-

mero de sindicatos creados (se pasó de 38 en el año 2000 a 265 en el 2015³) y el de convenios colectivos resueltos no ha sido directa ni proporcional durante la última década. El aumento de la sindicalización no ha significado un mayor y mejor diálogo social. Por otro lado, tampoco contribuyó a apuntalar la negociación colectiva como medio pacífico de solución de los conflictos laborales. En última instancia, esta relación complementaria –entre sindicalización y negociación colectiva– ha dependido de la existencia de condiciones legales que la posibiliten (en el Perú, para formar sindicatos, se requiere una organización de cuando menos 20 trabajadores), siendo solo efectiva en algunos sectores productivos (Manky: pp. 197-200). En la actualidad solo dos nichos del sector privado –construcción civil y portuaria– pueden negociar por rama de actividad. En el resto de industrias y actividades económicas, la negociación colectiva –cuando se da– es a nivel de empresa.

Gráfico N° 4

Lima Metropolitana: Evolución de la tasa de afiliación sindical 1990 - 2011



Fuente: Encuesta de Nivel de Empleo 1990-1995 (MTPE), Encuesta Nacional de Hogares 1996-2001 (MTPE/INEI) y Encuesta de Hogares Especializada en Niveles de Empleo 2002-2011 (MTPE).

Elaboración: Fernando Cuadros Loque.

3 En la misma línea, mientras que en 2000 se cancelaron 41 registros sindicales, apenas 10 sindicatos perdieron su registro en 2012. A partir del año 2001, siempre hubo más sindicatos nuevos que sindicatos cuyo registro fuera cancelado.

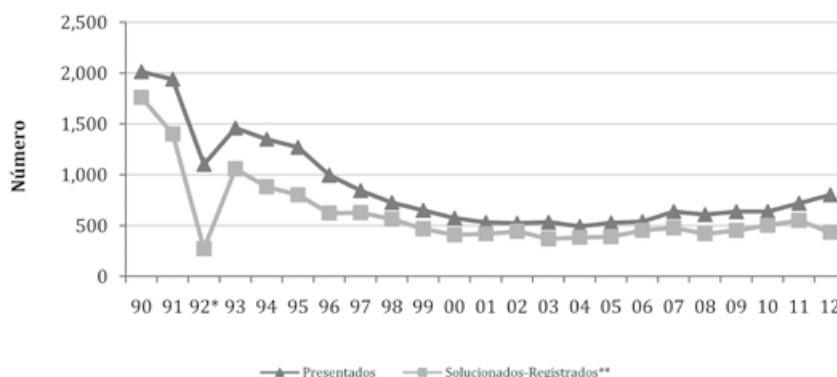
En este contexto, las posibilidades de entablar un diálogo social en los diversos niveles de interacción –ya sea en el ámbito de la negociación colectiva, como en los de representación sectorial, el Consejo Nacional del Trabajo o el Acuerdo Nacional–, se han visto reducidas sustantivamente. En parte, es por la lógica de confrontación que adquirió, por momentos, la interacción al interior del sistema político y cómo se expresaba esta en la arena de los movimientos sociales; en parte, por el consenso cerrado de buena parte de los actores políticos en torno a la vigencia del modelo neoliberal en el país.

Las dificultades para avanzar hacia un sistema de relaciones laborales equilibrado se refleja con mayor nitidez en los bajos niveles de negociación colectiva, la forma cómo se da esta en el Perú y sus resultados. Para Manky (20014), a pesar de las dificultades legales y procedimentales vigentes en la legislación laboral peruana, formar un sindicato puede resultar menos complejo y engorroso que lograr un acuerdo (vía el trato directo) con la empresa. Durante la última década, se llevaron a cabo una serie de simplificaciones procesales y administrativas para agilizar el registro sindical, situación que no se replicó para el caso de la negociación colectiva y el ejercicio de la huelga. A estas limitaciones debe sumarse, por un lado, las deficiencias y parcialización mostradas por la Administración del Trabajo en la inscripción de los registros sindicales y en la regulación de la negociación colectiva (CGTP 2012), y, por otro, la incapacidad (por inexperiencia) de los sindicatos nuevos para plantear estrategias de negociación colectiva exitosas. La suma y confluencia de estos factores está sobre la base de por qué el número de convenios colectivos no experimentó un aumento constante, como tampoco la cantidad de pliegos presentados (Manky 20014).

Por eso, el crecimiento, en el número de convenios colectivos solucionados respecto de los pliegos presentados –la brecha entre los presentados y resueltos se redujo de 31% en el periodo 1993 y 2000 a 25% en el periodo 2001-2012–, no implicaba necesariamente un aumento en la capacidad del diálogo social de los actores para concretar las negociaciones colectivas (ver Gráfico N° 3). De hecho, el porcentaje de pliegos solucionados a través del trato directo se redujo en 10% en el periodo 2000-2012 (Manky 2014), al tiempo que se incrementaba el número de pliegos resueltos con intervención de la Autoridad de Trabajo, particularmente, a través de los mecanismos de solución alternativa de los conflictos como la conciliación o reuniones extraprocesales (Manky 2014: pp. 214).

Gráfico N° 5

Perú: Evolución de los pliegos de reclamos presentados y convenios colectivos registrados 1990 - 2012



* La información de 1992 corresponde a Lima Metropolitana.

** Incluye pliegos de reclamos presentados en años anteriores y solucionados a la fecha.

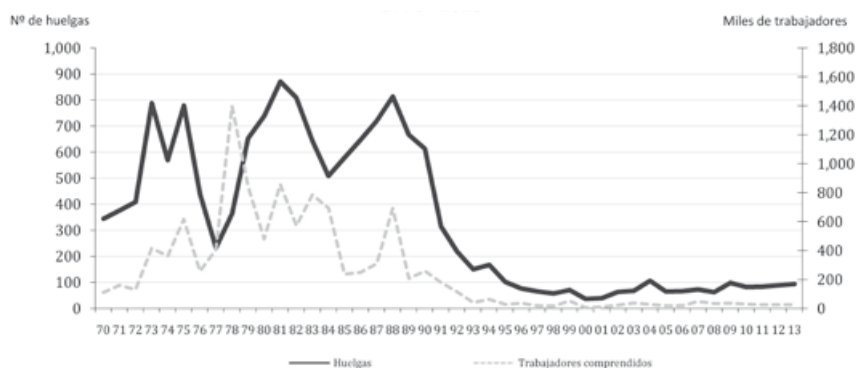
Fuente: Oficina de Estadística, MTPE.

Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Situación similar se registró con respecto al ejercicio de la huelga (ver Gráfico N° 6). En el Perú, con excepción de algunos sectores estatales con probada capacidad de negociación (médicos y docentes), para la mayoría de trabajadores asalariados la experiencia sigue siendo costosa. Con las reformas neoliberales de los años 1990 la práctica de la huelga cayó notablemente: pese a duplicar su número entre el 2000 (37) y 2012 (90), actualmente representa la sexta parte de las realizadas en 1990 (613). Sobre el desarrollo de la huelga en el Perú se identifican dos tendencias. Por un lado, el extremo intervencionismo estatal en su regulación (más del 90% de los plazos de huelga presentados son declarados ilegales por la Autoridad de Trabajo) explica en parte por qué una porción importante de las huelgas realizadas (65%) tiene una duración de entre uno y dos días (Manky, 2014). El amplio número de requisitos (decisión de asamblea, verificación notarial de la misma, etc.) y la eliminación de varias modalidades (brazos caídos, de solidaridad con otros sectores, etc.) reducen los márgenes de maniobra sindical. La proliferación de contratos temporales (3/4 de la PEA asalariada privada) hace que participar en una huelga (poco importa que legal) pueda costar el empleo. Por otro lado, la debilidad del diálogo social y la institucionalidad de la negociación colectiva como medio de solución de los conflictos laborales se expresa en el número de huelgas que tiene como principal causa el estancamiento de la negociación o el incumplimiento de convenios colectivos (MTPE, 2014).

Gráfico N° 6

Perú: Evolución del número de huelgas y trabajadores comprendidos en ellas en el sector privado 1970 - 2013



Fuente: Oficina de Estadística, MTPE.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

4. A manera de conclusión, ¿se abre un nuevo escenario laboral en el Perú?

La situación actual del empleo en el Perú presenta un conjunto de problemas estructurales que afectan a un porcentaje importante de la PEA, en un contexto histórico en el que confluyen dinámicas externas e internas que acentúan la heterogeneidad ocupacional, la precariedad laboral y la desigual distribución del ingreso salarial (Jiménez 2008). En los diagnósticos y propuestas sobre la cuestión laboral, han prevalecido dos posiciones antagónicas: una basada en mecanismos de mercado, para los cuales una regulación estricta distorsiona el funcionamiento de mercado de trabajo (enfoque neoliberal), y, por otro lado, una que plantea mayores garantías y protecciones para los trabajadores en un mercado caracterizado por una desigualdad estructural entre los actores (Weller 2009). En el Perú, ha prevalecido en las últimas dos décadas la primera de estas dos posiciones. Durante este periodo, desde el Gobierno y el sector privado, se destacó el peso de las regulaciones en la evolución de los mercados de trabajo, las cuales había que flexibilizar (o eliminar) para facilitar la inversión privada y la formalidad laboral (Kuczyński y Ortiz de Zevallos, 2001). En la acera de enfrente, se ubicaban quienes apostaban por un cambio en el modelo de relaciones laborales, que en el marco de una estrategia de desarrollo económico, orientada a la industrialización y crecimiento del mercado interno, podían incidir positivamente en los indicadores de empleo y calidad de vida. Para lo cual había que

apostar por una Administración del Trabajo fortalecida e institucionalizada que encare el problema de la baja productividad, inestabilidad y precariedad laboral con políticas alternativas al enfoque desregulador y flexibilizador. Este debate, desarrollado muy marginalmente en el Perú, de pronto adquirió actualidad y se colocó en el centro de la agenda política nacional a inicios de este año, con las movilizaciones juveniles contra el Régimen Laboral Juvenil.

De esta forma, las protestas contra la Ley Pulpín abren una etapa en el proceso político peruano que se define por la puesta en cuestión –de manera rotunda y exitosa– del enfoque neoliberal en materia laboral. La instalación en la opinión pública peruana de una posición crítica frente a las políticas de flexibilización y desregulación laboral, utilizadas (erróneamente) como medio para enfrentar la desaceleración económica y promover el empleo adecuado, es un aspecto clave que influenciará en el debate laboral de los próximos años. De hecho, un elemento que coadyuvó a que la protesta juvenil lograra su objetivo (y que forzó a los partidos que apoyaron inicialmente la iniciativa en el Congreso –el APRA y fujimorismo, principalmente– reculen sobre su decisión original), está relacionado con la publicación de una encuesta de opinión en la que un 72% de los consultados se mostró solidario con la protesta y movilización de los jóvenes, y se manifestaba a favor de la derogatoria del régimen laboral. La importancia de las movilizaciones aparece más clara, si consideramos que durante dos décadas de neoliberalismo, el movimiento sindical peruano no logró detener ninguna de las reformas laborales implementadas en este periodo: no lo pudo hacer cuando se aprobó el Régimen Especial de Promoción de la Micro y Pequeña Empresa, durante el gobierno de Perú Posible (2001-2006); tampoco cuando el segundo gobierno aprista (2006-2011) decretó su ampliación y conversión en permanente; y no lo pudo hacer tampoco durante el actual gobierno cuando se aprobó la Ley de Servicio Civil (Régimen SERVIR), que limitaba derechos sindicales básicos en el sector público. En este escenario, cuando ya todo parecía indicar que culminaría un tercer periodo gubernamental sin aprobarse la Ley General del Trabajo –uno de los acuerdos principales del proceso de transición–, las movilizaciones juveniles pusieron el tema nuevamente en agenda, solo que con una capacidad de movilización e incidencia política inusual en el medio.

En este escenario –en el que la capacidad de movilización y acción del movimiento sindical peruano está disminuida respecto de su contraparte empresa-

rial, con un marco institucional que mantiene el desequilibrio de poder entre empleadores y sindicatos, y una Administración del Trabajo funcional al sector empresarial–, todo parecía indicar que los cimientos del modelo de relaciones laborales neoliberal se mantendrían intactos, por lo menos en lo que resta del presente gobierno. El sindicalismo peruano –si nos atenemos a su situación actual– está lejos de constituir el sujeto social con capacidad para confrontar al modelo político, económico y cultural sostenido por los grupos de poder económico, mediático y militar. Por el contrario, su contraparte empresarial ha demostrado vehemencia y disposición para movilizar recursos con el objeto de garantizar la continuidad del macroarreglo institucional que sostiene al neoliberalismo, a pesar de que en el ámbito político-electoral los peruanos hayan optado por modelos alternativos o de cambio respecto del statu quo. El surgimiento espontáneo y oportuno de un movimiento juvenil de protesta, en respuesta a políticas que se aprueban silenciosamente y en contra de intereses colectivos del país, puede llegar a constituirse en un actor con capacidad para enfrentar la crisis del neoliberalismo en el Perú.

Bibliografía

ALAYZA, Alejandra. "Hijos de su tiempo: notas sobre jóvenes y participación política". En Perú Hoy. Desco, Lima, 2006.

ALVAREZ LEGUIZAMÓN, Sonia, compiladora (2005). Trabajo y producción de la pobreza en Latinoamérica y el Caribe. CLACSO. Buenos Aires.

CAMPANA, David (1999). Libro blanco de violaciones a los derechos humanos laborales en el Perú 1990-1999. Lima: CEDAL.

COTLER, Julio (2000). Los empresarios y las reformas económicas en el Perú. En Estudios Sociológicos, año/vol. XVIII, número 002. México DF: El Colegio de México.

CUADROS, Fernando y Edwin Poquioma (2013). "Desempeño del empleo formal y remuneraciones: luces y sombras". En: Coyuntura, N° 1, julio. Lima: Universidad Nacional de Ingeniería.

CUADROS, Fernando, Christian Sánchez y Álvaro Vidal (2012). Flexibilización laboral en el Perú y las reformas de la protección social asociadas: un balance tras 20 años. Serie Políticas Sociales n.º 175. Santiago de Chile: CEPAL.

GAMERO, Julio (2013). El trabajo decente en el Perú. Una Mirada al 2012. Lima: PLADES.

GIL, Rodrigo y Alvaro Grompone (2014). "Sindicalismo y política en el Perú: una breve aproximación en perspectiva comparada". Revista Politai. Documento de Trabajo N° 2. Lima: PUCP.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS E INFORMÁTICA (2013). Perú: Evolución de los indicadores de empleo e ingresos, por departamento. 2004-2012. Lima: INEI. http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1105/caratula.htm

KUCCZYNSKI, Pedro y Felipe Ortiz De Zevallos (2001). Competir y crear empleo. El reto 2001. Lima: El Comercio.

MANKY, Omar (2014). "Democracia, crecimiento económico y sindicalismo en el Perú del siglo XXI. Continuidades y rupturas". En Revista Latino-americana de Estudos do Trabalho, Ano 19, Nº 31.

VERDERA, Francisco (1983). El problema del empleo en el Perú. Un nuevo enfoque. Lima: IEP.

(1990). "Estrategias de desarrollo, estructura productiva y empleo en el Perú (1950-1988)". En El empleo en el Perú: diagnósticos y propuestas. Lima: ADEC-ATC.

(2007). La pobreza en el Perú. Análisis de sus causas y de las políticas públicas para enfrentarla. Lima: PUCP, CLACSO, IEP.

VERGARA, Alberto (2012). "Alternancia sin alternativa: ¿un año de Humala o veinte años de un sistema?". En Revista Argumentos, Edición Nº 3, Julio 2012.

VILLAVICENCIO, Alfredo Y Marta Tostes (2011) "Flexibilidad laboral, negociación colectiva y redistribución en el Perú. Una incompatibilidad que debe superarse". En: Trabajo&Desarrollo Nº11. Lima: PLADES.

VILLAVICENCIO, Alfredo (2010). "Democracia, transición y derechos laborales. Una devaluación generalizada que debe revertirse". En: Trabajo&Desarrollo Nº 7. Lima: PLADES.

WELLER, Jurgen, editor (2009). El nuevo escenario latinoamericano. Regulación, protección y políticas activas en los mercados de trabajo. CEPAL, Siglo XXI.

Neoliberalismo y derechos laborales en el Perú de inicios del siglo XXI

Augusto Lostaunau Moscol¹

“Tenía un gran taller. Era parte del orbe.
Entre cueros y sueños y gritos y zarpazos,
Él cantaba y cantaba o se ahogaba en la vida”.
Pablo Guevara. Mi Padre, Un Zapatero (2014)

Entre el 19 y 23 de agosto de 2002 se realizó, en Lima, el curso *Los Derechos Humanos y La Globalización: Avances y Retrocesos*, organizado por la Comisión Andina de Juristas. Entre los principales ponentes, destacó el embajador Oswaldo De Rivero, quien sostuvo la existencia de dos tendencias ideológicas que, al interior de la globalización, afectan los derechos humanos, económicos y sociales. Estos son el ‘ajuste sin modernización’ y ‘el neoliberalismo o falso liberalismo’. Del primero, afirmó que “Tengo que ser honesto y ser cruel y decirlo, no he visto una propuesta de cambio productivo en el Perú en ningún plan de gobierno o de gobernabilidad, simplemente porque ésta no es una preocupación; se cree que el Perú saldrá adelante con sus recursos naturales, pero nadie sale adelante con recursos naturales”². Mientras que, del segundo, afirmó que “...el que más habla de neoliberalismo que es el FMI, es el que más interviene en el mercado con sus salvatajes financieros. Si el mercado financiero funcionara libremente, el FMI no tendría porqué (sic) intervenir para salvar a los banqueros extranjeros...”³. El embajador Oswaldo De Rivero es muy claro cuando considera que, dentro del proceso de globalización mundial, las corrientes ideológicas que él reconoce como ‘ajuste sin modernización’ y ‘neoliberalismo’, atentan directamente contra la economía del país y contra los Derechos Humanos, porque determina la dación de una serie de leyes para proteger el capital

1 Licenciado en Historia (UNFV). Docente en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

2 DE RIVERO, Oswaldo. Ponencia en el curso: *Los Derechos Humanos y La Globalización*. p. 38. Comisión Andina de Juristas. Lima-Perú. 2003.

3 *Ibíd.* p. 40.

y a los grandes inversionistas, frente a la pérdida de los derechos laborales de la clase trabajadora. El Estado, que debe proteger a la sociedad de cualquier forma de explotación e injusticia, ahora se ha puesto del lado de quienes, con el discurso ideológico de ‘modernidad’, han arrebatado a los trabajadores peruanos sus derechos laborales históricamente conquistados.

1. La conquista de los derechos laborales: un poco de historia

Según José Zárate y Alberto Ferreyros, los trabajadores del Callao realizaron una manifestación celebrando el 1 de mayo de 1894. Era la influencia en el Perú de la International World Works (IWW), organización anarquista que se expandía por los puertos a nivel mundial. Tres días después, fundaron La Unión de Jornaleros y el 6 de mayo se declararon en huelga. Según los citados autores “el pliego de reclamos de los trabajadores chalacos planteaba, entre otros puntos, aumento de salarios, implantación de la jornada de ocho horas, pagos de horas extras, doble jornal por el trabajo de domingos y feriados, en caso de accidentes el pago del jornal y la correspondiente atención médica, y la supresión de las llamadas Casas de Contrataciones, que expoliaban a los trabajadores cobrándoles una contribución permanente y retenían indebidamente parte del salario”.⁴

El paro y la huelga ingresaban en el vocabulario de los trabajadores. 1896 fue un año importante para la joven clase obrera de Lima y El Callao. El 9 de agosto de ese año se inició en las instalaciones del Palacio de la Exposición el Primer Congreso Provincial Obrero. Según Agustín Barcelli, los delegados alcanzaron la cifra de trescientos, siendo Rosendo Vidaurre el encargado de las palabras centrales durante la inauguración. Vidaurre habló en nombre del Centro Nacional Obrero, organizador del evento. Al concluir los debates, según Barcelli, se llegó a las siguientes conclusiones:

- a. La fijación de la jornada de trabajo para todos los obreros y empleados de Lima según el siguiente horario: mañanas de 7 a 11 a. m. y en las tardes de 12 a 6 p. m., para tener un horario de 10 horas.

4 ZÁRATE, Jorge y Alberto Ferreyros. El Mariscal Benavides. Su Vida y Su Obra. p. 22. Derechos Reservados. Lima-Perú. 1976.

- b. Se estableció que debía pagarse doble toda labor fuera de ese horario, iniciando así la lucha de los trabajadores por el pago de la jornada extra de trabajo. El pago doble de las jornadas de labor también se daba cuando eran realizadas los días domingos y festivos, prohibiéndose como regla general el trabajo en esos días, reafirmandose así el derecho al descanso dominical⁵.

El 23 de agosto de 1896 los obreros textiles de la fábrica de Vitarte se declararon en huelga. El 6 de setiembre de 1896, los trabajadores tipógrafos de Lima se declararon en huelga. Los trabajadores de las fábricas de cigarros también se declararon en huelga. Las huelgas de 1896 tienen diferentes resultados. Algunas fueron derrotas para el joven movimiento obrero. Otras fueron victorias. Algunos intelectuales y estudiantes universitarios de San Marcos iniciaban un interés académico por estos conflictos propios de la era del capitalismo. Entre 1900 y 1904, Luis Miró Quesada presentó tres tesis para la obtención de sus grados académicos en la Universidad Mayor de San Marcos. En la tesis de 1900 indicó que “el deber que, por consiguiente, tiene el Estado de dictar leyes justas a favor de los desheredados del trabajo, para evitar los males que su desesperación puede producir”⁶.

El Congreso de la República, iniciando sus funciones legislativas de 1905, eligió nuevos presidentes en sus Cámaras de Senadores y Diputados. Antonio Miró Quesada –Diputado por la Provincia Constitucional del Callao– fue elegido por 68 votos a favor (de 98 representantes) como el nuevo Presidente de la Cámara de Diputados. En su primer discurso como máxima autoridad de los Diputados del Perú, señaló que “Tenemos, señores Diputados, en la presente legislatura, amplio y hermoso campo para ejercitar nuestras iniciativas y hacer esfuerzos solidarios en pro de los vitales intereses del Perú. Uno de los problemas modernos de mayor trascendencia para la marcha armónica de las sociedades; problema cuya solución debe inspirarse en delicados sentimientos de humanidad y de justicia y en previsora preparación para el porvenir, será traído este a los debates de la Cámara. Me refiero al muy importante de la reglamentación del trabajo, que la cultura del país y el ensanche notable y halagador de su vida

5 BARCELLI, Agustín. Crónicas de las Luchas Obreras en el Perú. p. 58. Ediciones Cuadernos Sindicales. Lima-Perú. 1979.

6 MIRÓ QUESADA, Luis. Albores de la Reforma Social en el Perú. p. 4. Talleres Gráficos P. L. Villanueva S. A. Lima-Perú. 1966.

industrial en los últimos tiempos, exigen con urgencia sea abordado, definitivamente, por el Congreso, para dar a las obreras las garantías legítimas a quien tiene perfecto derecho en su ruda y diaria lucha por la existencia, y de que disfrutan ya en los pueblos más civilizados de la tierra”⁷. El problema de la jornada laboral de ocho horas diarias llegó así al Congreso de la República.

Con fecha de septiembre de 1905, el diputado José Matías Manzanilla Barrientos presentó un proyecto de ley de jornada laboral. En su primer artículo, decía que “En las fábricas, minas y empresas de transporte por tracción mecánica, el trabajo de los obreros no podrá exceder de nueve horas diarias ni de cincuenta y cuatro horas semanales, salvo que eventualmente fuese necesario prolongarlo como consecuencia de circunstancias fortuitas susceptibles de producir daño público o a la misma explotación. En este caso, el empresario o su representante, comunicará, dentro de veinticuatro horas, a la primera autoridad política de la provincia, el número de horas de trabajo suplementario y el accidente que lo hubiese producido”⁸. Además, en el artículo dos se incorpora, en esta condición, a los que trabajan en obras del Gobierno, los consejos municipales, las juntas departamentales, las sociedades de beneficencia y los establecimientos oficiales de enseñanza. Así mismo, en el artículo tercero, se indicó que esta autorización de ampliar la jornada laboral se podía realizar solo por dos horas diarias y en sesenta días al año, siendo el Prefecto del Departamento el único con la capacidad de autorizarlo.

En 1911, el Congreso de la República aprobó la Ley 1378 sobre accidentes de trabajo. El Dr. Ricardo La Hoz Tirado sostenía que: “[...] después de 7 largos años de ásperos debates y gestiones, se promulga en 1911, la ley de Accidentes de Trabajo, se dictan decretos sobre asistencia a los trabajadores de los ferrocarriles y de protección a los mismos en la explotaciones carboníferas”⁹. (1967: 425). Con la ley 1378, los trabajadores de varios sectores productivos y de servicios quedaron protegidos de los accidentes, lo cual fue un logro legal muy importante conseguido por la clase obrera.

7 Citado en: Delgado, Luis Humberto. Historia de Antonio Miró Quesada 1875-1935. Tomo I. pp. 87-88. American Express Ltd. Editores Publicistas. Lima-Perú. 1938.

8 MANZANILLA, José Matías. Proyecto de Ley Sobre Horas de Trabajo. (1905). En: La Reglamentación del Trabajo de la Mujer y el Niño. El Descanso Obligatorio. Discursos Parlamentarios de J.M. Manzanilla. p. 93. Librería e Imprenta GIL. S. A. Lima-Perú. 1940.

9 LA HOZ TIRADO, Ricardo. El Proceso de la Codificación de la Legislación del Trabajo en el Perú. p. 425. En: Revista de Derecho del Trabajo. Año III. No. 11. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho. Instituto Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima. Perú. 1967.

En enero de 1913, el gobierno de Guillermo Billinghurst decretó la jornada laboral de ocho horas diarias para los trabajadores del muelle y dársena de El Callao¹⁰. Seis años después, en enero de 1919, el gobierno de José Pardo y Barreda, extendió este derecho a los trabajadores de todo el Perú.

El Decreto Supremo del 24 de enero de 1913 buscó reglamentar las huelgas, a pesar que no era un derecho de los trabajadores constitucionalmente reconocido. Sostienen Jorge Santistevan y Ángel Delgado que se trata de un hecho de suma trascendencia porque reglamentó sobre un tema de gran importancia económico-social, mucho antes de las Constituciones de Querétaro de 1917 y de México de 1918¹¹. El Dr. Carlos Blancas Bustamante indicó que el derecho a la estabilidad laboral en el Perú, tiene su origen en el Decreto Ley 18471, del 10 de noviembre de 1970, durante el régimen del General Juan Velasco Alvarado. Sostiene Blancas que “El ámbito de esta ley comprendía a los “trabajadores de la actividad privada y los de las empresas públicas” (art. 1), configurándose, con ello, un régimen común o general de estabilidad laboral, que se ha mantenido, con variantes en su contenido, bajo las leyes posteriores”¹².

2. Los derechos laborales en el Perú a inicios del siglo XXI, después de las (contra) reformas neoliberales

El 5 de noviembre de 1991, el Presidente de la República Alberto Fujimori y su Ministro de Trabajo y promoción de Empleo Dr. Alfonso De Los Heros Pérez-Albela firmaron en Palacio de Gobierno el Decreto Legislativo N° 692, el cual, en su artículo 1°, determinó que “Los horarios vigentes en los centros de trabajo deberán procurar maximizar el rendimiento de las alboras productivas a fin de incrementar los niveles de producción y productividad, así como facilitar la generación de nuevos puestos de trabajo”¹³. La jornada laboral de ocho horas diarias fue cuestionada porque, al ser ‘tan corta’ o ‘tan larga’, no permite el de-

10 Este proceso se puede revisar en: Lostaunau Moscol, Augusto. Anarcosindicalismo y Movimiento Obrero en Lima y El Callao. De la Pascua Roja a la Conquista de las Ocho Horas en 1913. Tesis de Licenciatura en Historia. Universidad Nacional Federico Villarreal. Lima-Perú. 2002.

11 SANTISTEVAN, Jorge y Ángel Delgado. La Huelga en el Perú. Historia y Derecho. Centro de Estudios de Derecho y Sociedad. Lima-Perú. 1980.

12 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El Derecho de Estabilidad en el Trabajo. p. 64. Asociación Laboral Para el Desarrollo ADEC-ATC. Lima-Perú. 1991.

13 DEL CASTILLO FLORES, José Gabriel. Los Decretos del Nuevo Perú. p. 313. Centro de Documentación Andina (CDI). Lima-Perú. 1992.

sarrollo productivo del país. Entonces, el artículo 2° estipuló que “Los empleadores que requieran introducir modificaciones sustanciales en los horarios de trabajo vigentes en los respectivos centros de trabajo deberán celebrar acuerdos directos con sus trabajadores. En efecto de acuerdo de partes resolverá la Autoridad Administrativa de Trabajo, la que deberá tener en cuenta si la variación introducida resulta indispensable para la generación de un mayor número de puestos de trabajo o el incremento de la producción y productividad”¹⁴. Es decir, si el empleador considera que la jornada laboral ‘no permite incrementar los niveles de producción y productividad’, puede modificar la misma, teniendo primero que acordar con el trabajador, pero de no llegar a un acuerdo, será la Autoridad Administrativa de Trabajo, del Ejecutivo, la que determinará la nueva jornada. De esta manera, a muchos trabajadores les alargaron la jornada a más de ocho horas mientras que, para otros, esta se redujo. La norma se aplicó en forma distinta en las fábricas y en el sector financiero. Además, esta nueva política laboral, que impuso el régimen de Fujimori, determinó el aumento del trabajador con contrato temporal. Jaime Saavedra afirma que “En Perú, el papeleo que se necesitaba para el uso de los contratos temporales disminuyó enormemente y la función de la autoridad administrativa cambió de la aprobación de estos contratos a un simple registro. La diferencia principal entre contratos temporales y permanentes era que el primero no incluía el derecho a pago de cesantía... hubo un gran incremento en Perú en la participación del empleo temporal dentro del sector formal”¹⁵. Así, sucedió algo paradójico porque, mientras las cifras de incremento de empleo aumentaban, este incremento era realmente una burbuja de jabón, ya que era simplemente temporal. Terminado el contrato, el trabajador muchas veces era recontratado, con el mismo horario, para cubrir la misma plaza y con el mismo salario, pero no tenía derecho a cobrar por término de contrato. Además, en las empresas formales, el trabajo se volvió informal, lo que determinó la pérdida de los derechos laborales para los trabajadores que se encontraban en esta condición. No es solo que un trabajador que anteriormente gozó de derechos laborales deje de gozarlos, sino también que el trabajador que nunca los tuvo ya no los logrará, porque simplemente la ley ya no lo contempla así.

14 Ibid. p. 313.

15 SAAVEDRA, Jaime. Mercados Laborales durante los Noventas. En: Después del Consenso de Washington. Pedro Pablo Kuczynski y John Williamson. Editores. p. 293. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Lima-Perú. 2003.

Así mismo, el Decreto Supremo N° 05-95-TR de agosto de 1995 aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo –Decreto Legislativo N° 728 (del 23 de abril de 1993), que contó con las firmas del Presidente de la República, Ing. Alberto Fujimori, y el Ministro de Trabajo y promoción del Empleo, Dr. Sandro Fuentes Acurio-. En el Título II “Del Contrato de Trabajo”, Capítulo V “De los Derechos del Trabajador”, artículo 67, estipuló que “El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnizaciones...”¹⁶. Resulta interesante que el capítulo de los derechos del trabajador se inicie con un artículo donde, en parte, se determinó que un despido por causas de conducta o capacidad no da lugar a indemnización. De esta manera, el 21 de junio de 1999 se aprobó el Reglamento Interno de Trabajo en ESSALUD, el cual estaba bajo la Ley de Fomento del Empleo. En dicho reglamento, en el capítulo VI “Derechos y Obligaciones de los Trabajadores”, encontramos 23 obligaciones (artículo 19), 20 prohibiciones (artículo 20) y 10 derechos (artículo 21). Aunque, en el capítulo XV “Disposiciones Complementarias y Finales”, se determinó que ESSALUD tiene la mayor facultad para modificar y/o ampliar el reglamento, así como para dictar disposiciones para solucionar los casos no previstos en el reglamento. De esta manera, el despido por causal queda bajo la arbitraria perspectiva del empleador (en este caso ESSALUD), mientras que el trabajador solo tiene en el reglamento un referente, ya que lo no contemplado puede también ser causal de despido. Aquí no existe aquel principio que nadie está prohibido de hacer lo que la ley no manda¹⁷.

En 1996, la Municipalidad de San Isidro aprobó el Reglamento para la evaluación semestral del personal, según el Decreto Ley N° 26093, que dispuso la evaluación semestral de los trabajadores de ministerios e instituciones públicas descentralizadas. El reglamento es claro en sus finalidades cuando –en el punto 2.5. – determinó que “Declarar excedentes y cesar a aquellos trabajadores que no reúnan los requisitos y condiciones de idoneidad para laborar en la Municipalidad”¹⁸. Es de esta forma que, mediante evaluaciones, los trabajadores de mayor edad, los que contaban con estabilidad laboral y derechos adquiridos, fueron cesados para dar paso a los contratos temporales.

16 URQUIZA VEGA, Francisco. Comentarios a la Ley de Fomento del Empleo. p. 159. MARSOL PERÚ editores. Lima-Perú. 1996.

17 EESALUD. Reglamento Interno de Trabajo. Gerencia de Recursos Humanos. Lima-Perú. 2003.

18 Municipalidad de San Isidro. Reglamento Para la Evaluación Semestral del personal. Oficina de Personal. Unidad de Evaluación y Capacitación. Lima-Perú. 1996.

El sociólogo Custodio Arias Nieto sostiene que “A inicios del siglo XXI, los trabajadores eventuales son los que predominan en la agricultura costeña y peruana, eventuales que ya no sólo provienen de la sierra, sino también de las ciudades –trabajadores periurbanos- y que se han incorporado como asalariados agrícolas. Trabajadores de “todas las sangres” participan como asalariados agrícolas en la costa”¹⁹ Ya no es el yanaconaje ni el enganchado andino el que labora en el agro costeño. Ahora, la nueva situación económica lleva a muchos a convertirse en trabajadores agrícolas ‘golondrinos’. Vale decir, solo trabajan en forma eventual y/o momentánea. Muchas veces, el salario no justifica quedarse todo el año en el campo. Otras veces, es la misma política laboral del empleador que no les permite una permanencia mayor. En todo caso, es la nueva realidad. Frente a esta nueva realidad del trabajador agrario, a inicios del siglo XXI, el doctor Miguel Jaramillo Baanante recomienda una mayor inversión del Estado en el sector educación. Así, “elevar el nivel del capital humano del sector agrícola también pasa por desalentar la migración de los mejor preparados hacia las ciudades y atraer capital humano de las áreas urbanas hacia el campo. Ambas metas están vinculadas a crear mejores condiciones para el desarrollo de actividades productivas en el ámbito rural, particularmente en la agricultura”²⁰. Ahora, la educación es vista como una alternativa real para ‘evitar’ la migración del campo a la ciudad.

Estos casos tan arbitrarios son un ejemplo de cómo el gobierno del Ing. Alberto Fujimori no cumplió con el principio protector que rige en el derecho al trabajo. Según Américo Pla Rodríguez, “...el criterio fundamental que orienta el Derecho del Trabajo, ya que éste, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: El Trabajador”²¹ La Constitución Política del Perú de 1993, inspirada en los principios económicos del modelo neoliberal, no respetó un principio fundamental en toda legislación sobre el trabajo: proteger principalmente al trabajador por ser la parte más vulnerable en la relación contractual. Aquí, el trabajador quedó desamparado mientras que la empresa o el propio Estado, es decir, el empleador, fortaleció su presencia en la toma de decisiones, principal-

19 ARIAS NIETO, Custodio. Trayectorias Sociales de los Trabajadores Agrícolas de la Costa Peruana. En: REVISTA DE SOCIOLOGÍA 15. UNMSM. Lima-Perú. 2004.

20 JARAMILLO BAANANTE, Miguel. Políticas de Recursos Humanos para la Agricultura Comercial Costeña. En: Políticas de Empleo en Perú. Tomo I. CIES-CEDEP-IEP-PUCP-UNI. Lima-Perú. 2011.

21 Citado por: Gabriela Zambrano Negreiros. Los Principios de Derecho del Trabajo en la Constitución de 1993. VI Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UNMSM. Lima-Perú. 1996.

mente en aquellas que están ligadas al respeto de los derechos laborales. Esta misma situación, que se gestó en la última década del siglo XX, se encuentra en plena vigencia en el Perú de inicios del siglo XXI. Es más, pareciera que no existen propuestas políticas de los partidos, que cada 5 años participen en las elecciones generales para elegir presidente y congresistas, para cambiar esta adversa realidad que sufre la clase trabajadora del país. Por ello, ya en 1991, el reconocido científico social argentino Julio Godio propuso la sindicalización como la forma de proteger a los trabajadores de las políticas neoliberales. Sostiene que “Los millones de trabajadores no sindicalizados no sólo ejercen presión “hacia abajo” en la valorización de la fuerza de trabajo, sino que además establecen límites de orden político a la acción sindical, en tanto fijan férreas limitaciones al alcance e incidencia de la acción sociopolítica de los sindicatos”²². Esta es una interesante propuesta porque el sindicato no permite que el valor del trabajo se deprecie sino que se convierta en una suerte de control para la acción de los dirigentes.

22 GODIO, Julio. Reflexiones Sobre los Desafíos Actuales del Sindicalismo. Organización Internacional del Trabajo. Lima-Perú. 1991.

Bibliografía

DE RIVERO, Oswaldo. Ponencia en el curso: Los Derechos Humanos y La Globalización. p. 38. Comisión Andina de Juristas. Lima-Perú. 2003.

ZÁRATE, JORGE Y ALBERTO FERREYROS. El Mariscal Benavides. Su Vida y Su Obra. p. 22. Derechos Reservados. Lima-Perú. 1976.

BARCELLI, Agustín. Crónicas de las Luchas Obreras en el Perú. p. 58. Ediciones Cuadernos Sindicales. Lima-Perú. 1979.

MIRÓ QUESADA, Luis. Albores de la Reforma Social en el Perú. p. 4. Talleres Gráficos P. L. Villanueva S. A. Lima-Perú. 1966.

DELGADO, Luis Humberto. Historia de Antonio Miró Quesada 1875-1935. Tomo I. American Express Ltd. Editores Publicistas. Lima-Perú. 1938.

MANZANILLA, José Matías. Proyecto de Ley Sobre Horas de Trabajo. (1905). En: La Reglamentación del Trabajo de la Mujer y el Niño. El Descanso Obligatorio. Discursos Parlamentarios de J.M. Manzanilla. p. 93. Librería e Imprenta GIL. S. A. Lima-Perú. 1940.

LA HOZ TIRADO, Ricardo. El Proceso de la Codificación de la Legislación del Trabajo en el Perú. p. 425. En: Revista de Derecho del Trabajo. Año III. No. 11. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho. Instituto Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima. Perú. 1967.

LOSTAUNAU MOSCOL, Augusto. Anarcosindicalismo y Movimiento Obrero en Lima y El Callao. De la Pascua Roja a la Conquista de las Ocho Horas en 1913. Tesis de Licenciatura en Historia. Universidad Nacional Federico Villarreal. Lima-Perú. 2002.

SANTISTEVAN, JORGE Y ÁNGEL DELGADO. La Huelga en el Perú. Historia y Derecho. Centro de Estudios de Derecho y Sociedad. Lima-Perú. 1980.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El Derecho de Estabilidad en el Trabajo. p. 64. Asociación Laboral Para el Desarrollo ADEC-ATC. Lima-Perú. 1991.

DEL CASTILLO FLORES, José Gabriel. Los Decretos del Nuevo Perú. p. 313. Centro de Documentación Andina (CDI). Lima-Perú. 1992.

SAAVEDRA, Jaime. Mercados Laborales durante los Noventas. En: Después del Consenso de Washington. Pedro Pablo Kuczynski y John Williamson. Editores. p. 293. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Lima-Perú. 2003.

URQUIZA VEGA, Francisco. Comentarios a la Ley de Fomento del Empleo. p. 159. MARSOL PERÚ editores. Lima-Perú. 1996.

EESALUD. Reglamento Interno de Trabajo. Gerencia de Recursos Humanos. Lima-Perú. 2003.

MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO. Reglamento Para la Evaluación Semestral del personal. Oficina de Personal. Unidad de Evaluación y Capacitación. Lima-Perú. 1996.

ARIAS NIETO, Custodio. Trayectorias Sociales de los Trabajadores Agrícolas de la Costa Peruana. En: REVISTA DE SOCIOLOGÍA 15. UNMSM. Lima-Perú. 2004.

JARAMILLO BAANANTE, Miguel. Políticas de Recursos Humanos para la Agricultura Comercial Costeña. En: Políticas de Empleo en Perú. Tomo I. CIES-CE-DEP-IEP-PUCP-UNI. Lima-Perú. 2011.

GABRIELA ZAMBRANO NEGREIROS. Los Principios de Derecho del Trabajo en la Constitución de 1993. VI Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UNMSM. Lima-Perú. 1996.

GODIO, Julio. Reflexiones Sobre los Desafíos Actuales del Sindicalismo. Organización Internacional del Trabajo. Lima-Perú. 1991.

Exigibilidad jurídica de derechos laborales colectivos bajo el neoliberalismo

Elmer Arce Ortiz¹

Hablar de la exigibilidad de los derechos laborales colectivos en el marco del neoliberalismo, me parece una contradicción. ¿Por qué? Tratemos de no perdernos en el entresijo de temas jurídicos, pero veamos cuáles han sido los ámbitos que han imperado en la regulación de los derechos laborales y su relación con el poder empresarial. Si vemos el ámbito individual, el del trabajador como individuo, requiere un apoyo del ordenamiento jurídico, ya que solo no puede crear una relación equilibrada de poder con el empleador. Sin embargo, en el ámbito colectivo, el sindicato o las organizaciones de trabajadores intentan equilibrar esta posición de poder. Debido a esta simple constatación, me centraré en los derechos laborales colectivos, porque desde los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga operan la posibilidad de equilibrar lo que esta desequilibrado.

1. Neoliberalismo y derechos de los trabajadores

En primer lugar, al neoliberalismo lo podemos entender de distintas maneras. 'Neo' indica lo nuevo respecto a lo que ya existía antes: el liberalismo. Me da la impresión de que en el liberalismo -o neoliberalismo, como quiera llamársele- hay una suerte de fomento de la libertad individual por encima de otros principios o derechos fundamentales. Lo que quiere una sociedad liberal es tener una concepción de la libertad sin límites y donde el más fuerte, desde el punto de vista material, impondrá su libertad sobre los más débiles. Los más

1 Profesor de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz, España. Ex Director General de Inspecciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

débiles, desde este punto de vista material, no gozarán de una libertad plena, puesto que ella se verá restringida por el ejercicio de la libertad que hacen los más fuertes dentro de una sociedad. Digamos que estamos hablando de una libertad en sentido positivo y que los filósofos la han caracterizado así para efectos de establecer ciertos modelos. En una sociedad neoliberal, lo que hace el ordenamiento jurídico, es reconocer a todos como iguales y formalmente todos tienen libertad, pero, cuando llegamos a lo material, nos damos cuenta de que eso no existe, de que hay algunos que tienen más poder y de que con su poder material pueden coaccionar o restringir la libertad de los que menos tienen. Con lo cual, la libertad, en este marco ideológico, lo único que hace es potenciar las libertades de unos cuantos a costa de las libertades de los demás.

Al contrario, hay otra idea de libertad que está en la lógica de inclusión social e igualdad de oportunidades, donde sistemas jurídicos socialistas o republicanos pueden replantear la idea de libertad, la cual tendría como límite la libertad del otro. Es decir, no puedo lanzarme a defender mi libertad, potenciarle y fomentarle hasta límites impensados, si es que no respeto también la libertad del otro, dentro de una lógica de igualdad de oportunidades. Este sería un concepto más humano de libertad, donde la libertad de uno termina donde empieza la libertad del otro en términos de justicia.

¿Por qué empiezo con esta distinción? Porque si el neoliberalismo tiene esta visión de potenciar la libertad al infinito de quien quiera y pueda potenciarla, más bien la libertad sindical o los derechos colectivos buscan lo contrario: equilibrar y ponerle límites y topes a esa libertad, en principio, individual y sin limitación.

La constitucionalización de la libertad sindical, como la mayoría de derechos sociales, nace con la Constitución de Weimar en 1919 y la Constitución de Querétaro, México, en 1923, en cuyos textos se incorporan nuevos derechos sociales. Ello se produce desde un pacto tácito entre la burguesía liberal y el proletariado. Recordemos que en 1917 había explotado la Revolución Bolchevique y, eventualmente, la burguesía pactó en 1919, en Weimar, y, luego, en 1923, en Querétaro, dichas constituciones, para mantener una situación en la que el capitalismo se siga manteniendo y reproduciendo como organización económica social. Ello, claro está, no ocurrió por coincidencia.

Ahora bien, al neoliberalismo le corresponde, más o menos, el incumplimiento del pacto mencionado. Lo que en ese momento fue establecido como acuerdo, es el respeto de determinados derechos sociales y la inclusión de un grupo de personas (básicamente trabajadores), que hoy día nuevamente están fuera del sistema económico y social. Hoy en día, cuando volvemos escuchar los postulados de estas corrientes liberales, lo que estamos haciendo es hacer oídos sordos a ese pacto. Digamos que nacen las Constituciones con derechos sociales, pero hasta los años cuarenta. En la etapa de la posguerra (segunda guerra mundial), se adoptan los convenios de la Organización Internacional del Trabajo como el Convenio 87 y el Convenio 98, que son fundamentales, pues consideran la libertad sindical y la negociación colectiva. Este hito es muy importante porque es una especie de internacionalización de la intención de equilibrar las relaciones laborales, pues, desde una perspectiva política, el fin de la acción colectiva es el equilibrio de las posiciones de libertad dentro de una relación jurídica. Claro está, partiendo de la premisa que el trabajador, va a tener siempre una situación de menor poder. Entonces, el equilibrio se lo puede dar la acción colectiva, y ese equilibrio es lo que le permitiría obtener, luego, una libertad para la autodefensa del trabajador frente a las injerencias del gran poder que pueda tener un empresario.

Con lo cual, entiendo que la línea que debería seguir un ordenamiento laboral es la de conseguir formar a un trabajador más fuerte (a través de la acción colectiva), que sea capaz de repeler actos de hostilidad del empleador. El derecho laboral no puede ser completamente resarcitorio de los daños causados al trabajador, ya que ello equivale a aceptar la hostilidad o el despido solo a cambio de un pago en dinero. Si decimos que el derecho del trabajo va a admitir los actos de hostilidad, es decir, que se puede despedir al trabajador o cambiarle de lugar, o vulnerar su libertad sindical, a cambio de una indemnización, esa ya no es una situación de equilibrio, sino simplemente una reparación, una perspectiva de derecho más cercana a la libertad neoliberal. El derecho debe empoderar al trabajador de tal forma que impida que el empleador cometa actos arbitrarios o por capricho.

2. ¿Qué pasó en el Perú?

La Constitución de 1979 y la Constitución de 1993 confirman esta internacionalización de los derechos laborales, pero somos el único país en América Latina cuya regulación sobre derechos colectivos esta formalizada por un Decreto Ley. Es decir, una norma de un gobierno de facto. El Decreto Ley 25593 nace en el año 1992, y desde ese momento el Perú no ha cambiado dicha legislación. Es verdad que, en el año 2002, la OIT hace unas observaciones a ese Decreto Ley y el gobierno del presidente Toledo levanta solo algunas observaciones. No obstante, el modelo en general sigue siendo un modelo dictatorial y de represión de las organizaciones sindicales, aunque simbólicamente las acepta.

En la actualidad la poca exigibilidad del derecho colectivo del trabajo tiene dos explicaciones. Una es la propia legislación que ha ido teniendo una lógica de empobrecimiento y devaluación de la protección de la acción sindical y la otra explicación es el impacto de las nuevas formas organizativas empresariales sobre los derechos de los trabajadores. Hace una década, no teníamos grupos de empresas ni tercerización. Por ejemplo, hoy en día, en la minería, el 75% de los trabajadores están tercerizados. Eso también golpea a las organizaciones sindicales, porque definitivamente las leyes no les ayudan a adaptarse a estas nuevas formas de organización empresarial.

Veamos qué efectos tiene cada una de estas razones que explican el débil desarrollo de los derechos colectivos en el Perú de hoy.

3. Límites de la libertad sindical en la legislación laboral

Los derechos laborales colectivos constitucionalmente se organizan sobre la base del artículo 28º de la Constitución. De acuerdo a la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, dicho artículo se lee de conformidad con los tratados internacionales que ha suscrito el Perú. Así, cuando se habla de libertad sindical (sindicación, negociación colectiva y huelga), los contenidos de esos derechos hay que entenderlos conforme a los tratados de derechos humanos y a los convenios 87 y 98 de la OIT suscritos por nuestro país.

Los titulares del derecho de sindicación son todos los trabajadores. Según la Constitución, hay algunas excepciones, por ejemplo, funcionarios del estado que tienen poder de decisión, fuerzas armadas o policiales, y jueces y fiscales.

El derecho de sindicación es el derecho de constituir organizaciones sindicales y de afiliarse a las que ya existen. El Decreto Ley, que emitió Fujimori en 1992, permite que los sindicatos se puedan organizar en cuatro niveles, aunque son tres los que más funcionan en la realidad: el nivel de empresa, dentro del cual pueden haber subámbitos a través categorías o establecimientos, el nivel de rama de actividad y el nivel de gremio.

Este derecho fundamental está admitido en nuestro ordenamiento, pero existen algunas críticas en la medida que ciertos ámbitos de formación de sindicatos hoy día no se admiten, como sucede, por ejemplo, con el de grupo de empresas. En el grupo Telefónica más de una vez los trabajadores han pretendido formar un sindicato de grupo, ya que en la actualidad solo hay sindicatos empresariales. Ante ello, el Ministerio de Trabajo ha dicho que no procede, porque la ley no permite sindicato de grupo. La ley solo permite sindicatos de empresa, rama de actividad y gremio. Los trabajadores han alegado el Convenio 87 de la OIT, que efectivamente dice que pueden formar todas las organizaciones que crean convenientes, pero el Ministerio de Trabajo no lo ha aceptado. Pero, es más, aun cuando en el futuro algún sindicato de grupo obtenga su inscripción como tal, no podría negociar colectivamente, pues tendría que estar dentro de los ámbitos de la ley peruana. Esto sería como una victoria pírrica, en la medida que solo podría negociar si el empleador quiere.

En el aspecto colectivo, las organizaciones sindicales no pueden desaparecer por disolución en vía administrativa, pues solamente puede disolverlas un juez. Para la constitución de un sindicato de nivel empresarial, por ejemplo, esta organización debe tener como mínimo veinte trabajadores. No obstante, se han visto casos donde los empleadores han promovido la desaparición de sindicatos: comienzan a sacar trabajadores de una empresa, los pasan a otra y van reduciendo su número. Posteriormente, una vez que el número de trabajadores afiliados llega a disminuir a diecinueve o menos, el empleador, como sujeto con legítimo interés, pide la disolución del sindicato judicialmente y, después eventualmente, pide la desaparición del sindicato en el registro del Ministerio de Trabajo. Entonces, legalmente existe cierta protección judicial,

pero en la realidad los fraudes o los abusos exceden el rol protector de las normas.

Asimismo, a nivel colectivo, se pueden formar federaciones y confederaciones. Como se sabe, para formar una federación, se necesita mínimamente dos sindicatos de primer nivel, o sea, dos sindicatos de empresa, dos sindicatos de rama de actividad o dos sindicatos de gremio entrelazados. A su vez, entre dos federaciones, como mínimo, se puede formar una confederación. Por ejemplo, la CGTP o la CTP tienen este carácter. Son confederaciones que afilian a su vez federaciones, y estas federaciones afilian sindicatos de primer nivel. No es que un trabajador se puede afiliar directamente.

La sindicación es un derecho que aparentemente tiene reconocimiento en el Perú. Hay una intención de protegerlo, pero cuando analizamos los demás derechos (negociación colectiva y huelga), nos damos cuenta que se les ha ido estrangulando.

La negociación colectiva va teniendo más problemas que la sindicación. Al respecto, mencionaré tres temas importantes.

En primer lugar, la legislación peruana tiene la fijación que se negocie a nivel de empresa y no a nivel de rama de actividad. Aquí la pregunta es: ¿por qué no se negocia a nivel de rama de actividad, si sería mucho más fácil? La respuesta es muy simple: porque un sindicato de rama de actividad tiene más peso que un sindicato de empresa. Es decir, desde la perspectiva del empleador, es más fácil negociar con un sindicato de cuarenta o cincuenta trabajadores que negociar con un sindicato que exceda ese número de afiliados, por ejemplo, de construcción civil o de todos los textiles o de todos los bancos. Señala el artículo 45° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo que si hay un desacuerdo entre empleador y trabajador para negociar, ya sea en el nivel de empresa o el de rama, pues esa disyuntiva se va a definir a favor del nivel de empresa.

El segundo tema es que la negociación colectiva necesita que en algún punto le pongan el término porque, si no, una negociación, siendo realistas, puede durar años y nadie la cierra. Los trabajadores presentan su pliego, pasa todo el tiempo, se sientan a la negociación de trato directo, luego viene la conciliación y va pasando el tiempo y no acaba, de ahí que a las negociaciones que siguen

abiertas durante años se las haya denominado “negociaciones podridas”. Este tipo de negociaciones quedaban abiertas, básicamente por la negativa de negociar del empleador. Y ante la debilidad de las organizaciones sindicales de no poder recurrir al ejercicio del derecho de huelga, no había forma de poner término a la negociación. El arbitraje tampoco estuvo funcionando porque, para ir a arbitraje, había que tener el acuerdo de ambas partes, lo que era rechazado sistemáticamente por los empleadores. Recién a partir del 2011, con el Decreto Supremo 014-2011-TR, los trabajadores pueden llevar al empleador al arbitraje potestativo. Si los trabajadores quieren recurrir al arbitraje, simplemente arrastran al empleador a este procedimiento de término de la negociación. Habrá que ver cuál será el futuro de esta norma, ya que actualmente está cuestionada judicialmente por la Sociedad Nacional de Industria y la Sociedad Nacional de Minería a través de una acción popular.

El tercer tema es que los trabajadores del estado tienen una prohibición de negociar incrementos remunerativos, que es lo más importante en una negociación colectiva. Este también es un recorte grave del derecho de negociación que, virtualmente, desaparece el derecho de sindicación. ¿Quién se quiere afiliar a un sindicato si no podrá obtener incrementos remunerativos? Planteamos esta pregunta, sobre todo en el marco de un país como el nuestro, donde el 99% de las cláusulas de los convenios colectivos son básicamente remunerativas.

Si los trabajadores no solucionan su problema a nivel de negociación colectiva, se prevé la alternativa de ejercer el derecho a la huelga, pero, ¿qué pasa con la huelga? Se establece que la huelga tiene que ser hecha pacíficamente, pero con abandono del centro de trabajo. En consecuencia, las huelgas que se hagan dentro del centro de trabajo son huelgas prohibidas, aun cuando sean pacíficas, cosa que está en contra de la misma normativa de la OIT. Este organismo internacional señala que, si las huelgas son pacíficas, se admiten, pero la normativa fujimorista dice que, si las huelgas están dentro del centro de trabajo, se prohíben, lo cual es un exceso.

Estos son algunos ejemplos que prueban cómo la normativa va limitando los derechos colectivos de los trabajadores.

4. Impactos negativos de las nuevas formas de organización empresarial

Las empresas han cambiado su forma de actuar desde la década de los 90: grupos de empresa y tercerizaciones. Telefónica es un grupo de empresa paradigmático. En su organización existen varias personas jurídicas unidas por una dirección económica unitaria. La tercerización, por otra parte, es un fenómeno de colaboración entre empresas, donde parte del ciclo productivo de una empresa es trasladado a otra empresa que se encarga de prestar un encargo.

¿Qué pasa aquí? Imaginemos que el sindicato de grupo está permitido. Aun así, habría dificultades porque, ahora, los problemas serían si dicha organización puede negociar colectivamente. En principio, no todas las empresas de grupo son del mismo sector o de la misma rama de actividad. Podría suceder que una empresa especializada de mantenimiento de maquinaria al final no haga mantenimiento de maquinaria solamente en telecomunicaciones, sino haga mantenimiento de maquinaria en construcción o minería, y así saldría de la rama de actividad. Necesitamos una legislación que apoye la negociación colectiva en el grupo de empresa, porque si siguen los mismo criterios de hace treinta años, la legislación no llegará a regular los nuevos supuestos.

Otro problema es que se negocia en un solo nivel. Por ejemplo, siendo trabajadores del grupo Telefónica, se establece la negociación a nivel de empresa (es decir, con la persona jurídica con la que he firmado el contrato), pero además se pretende negociar a nivel de grupo. Eso la legislación no lo va a aceptar y, al contrario, dispone que los trabajadores deban escoger el nivel de negociación. Así lo establece el artículo 45º de la Ley de Relaciones Colectivas. Al impedir que se negocie simultáneamente, esta norma no tiene en cuenta que los poderes sociales dentro de un grupo son diversos y se ubican de forma simultánea tanto en el grupo como en las empresas individuales.

Existen problemas en la negociación colectiva a raíz de la tercerización laboral. Por ejemplo, una empresa minera contrata a una empresa contratista especializada para el servicio de mantenimiento de maquinaria, nuevamente, ¿qué pasa si esa empresa especializada que presta servicios a la empresa minera empieza a prestar servicios a otras empresas de otros sectores? Se cae el criterio de rama de actividad. De nada sirve negociar a nivel de empresa, porque la negociación

con la empresa minera y la empresa tercerizadora están separadas. Al trabajador de la tercerizadora lo que le interesa es negociar con el empleador, es decir, la empresa minera donde trabaja todos los días.

Aquí es muy fácil romper los criterios de rama de actividad. Lo que se debe tener es una legislación distinta que reconozca nuevas formas y ámbitos de negociación en el grupo de empresa, o que se pueda formar un sindicato con la empresa principal de la tercerizadora y con la empresa tercerizadora, en función de criterios de colaboración intensa. Ese debe ser el nuevo criterio: reorganizar y rearmar la libertad sindical desde su visión constitucional y legal.

La libertad sindical precisamente trata de equiparar y de dar igualdad de oportunidades, algo que al neoliberalismo no le va a gustar.

La imposibilidad de la negociación colectiva por rama de actividad con especial referencia a los trabajadores de las empresas MYPES

David Camarena Calero¹

La presente ponencia tiene como objetivo analizar la restricción de las disposiciones legales vigentes sobre la negociación colectiva por rama de actividad, haciendo referencia al particular estado de desprotección de los trabajadores de las empresas MYPE, por verse restringidos, en la práctica social, de su posibilidad de constituir sindicatos que conquisten mejores condiciones de trabajo y defiendan sus derechos.

En primer lugar, se desarrollará el sentido de los derechos sociales como derechos fundamentales, para luego analizar el derecho de negociación colectiva y exponer la regulación legal de la misma. En segundo, lugar se analizará la situación de los trabajadores de las empresas MYPE. Por último, se propondrán cambios legislativos al respecto.

1. Los derechos sociales como derechos fundamentales

Los derechos sociales son una categoría compuesta principalmente por el derecho del trabajo y el derecho de la seguridad social, en toda su extensión. Su contenido y eficacia han variado y se han extendido o retraído a través del tiempo, según la correlación de fuerzas de las organizaciones políticas y sindicales que representan a las clases sociales del sistema capitalista²,

1 Ayudante de Cátedra del Curso de Derecho del Trabajo II (Derecho colectivo) en la UNMSM. Miembro principal del Taller de investigación de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social "José Matías Manzanilla".

2 LYON-CAEN, Gérard. Manuel du droit du travail et de la sécurité sociale. 1^o Edición. Paris: Librairie générale de droit et de la jurisprudence. 1955. N^o 1

sobre el que se cierne el ordenamiento jurídico y se desarrollan las relaciones sociales.

El derecho del trabajo está compuesto, a su vez, por el derecho individual del trabajo, que está dirigido a fijar condiciones mínimas para celebrar contratos de trabajo, por el derecho colectivo del trabajo, que está destinado a garantizar la existencia de organizaciones de trabajadores para la defensa de sus intereses, el derecho procesal del trabajo, etc.

El derecho a la seguridad social está dirigido a regular las instituciones destinadas a proteger a la población ante los riesgos sociales existentes, como la vejez o la enfermedad, mediante prestaciones, como el régimen pensionario o los seguros de salud, por ejemplo.

Estos derechos surgieron en el Siglo XIX como respuesta a la denominada 'cuestión social', denominación que recibió la situación de miseria extrema, desempleo permanente, carencia de protección legal e inferioridad política que sufrió la clase obrera europea, como consecuencias de la primera revolución industrial, el auge del sistema de relaciones de producción capitalistas y la lógica de igualdad formal reinante en el naciente derecho civil, que era su expresión jurídica³.

Los derechos sociales fueron desarrollándose paulatinamente, llegando a elevarse a la categoría de derechos fundamentales en la primera parte del Siglo XX, producto del enorme movimiento obrero existente en el mundo⁴.

Este proceso comenzó con la aprobación de la Constitución Mexicana, aprobada el 31 de enero de 1917 en la ciudad de Querétaro, como respuesta a los reclamos de obreros y campesinos mexicanos que, bajo el lema de 'Tierra y libertad', habían pasado de luchar por la no reelección de Porfirio Díaz a exigir cambios en la estructura social y económica⁵.

3 RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. Derecho del Trabajo. Teoría General. 2ª edición. Lima: Griley. 2007. Tomo I. N° 1

4 LYON-CAEN. Gérard. "Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée" en *Le Droit Ouvrier*. Nueva Serie. N° 667. Febrero 2004. Paris: Confédération Générale du Travail

5 MARIÁTEGUI, José Carlos. "La revolución mexicana" en *Historia de la Crisis Mundial*. 5ª edición. Lima: Amauta. 1978

En el Artículo 137° del Título Sexto *Del Trabajo y de la Previsión Social* de esta Constitución, están contenidos 30 numerales donde se reconocen importantes derechos como los relativos a la jornada laboral máxima de ocho horas, a la estabilidad laboral, al descanso post natal para las mujeres, a un salario mínimo, a la libertad de asociación en defensa de intereses, a la huelga, etc.

La revolución de octubre de 1917 en Rusia, liderada por Lenin y los bolcheviques, tuvo como consecuencia el surgimiento de la primera república socialista, la URSS. Por toda Europa y el mundo se extendieron los ánimos revolucionarios para cambiar el sistema social. En algunos países, esto tuvo como consecuencia jurídica el reconocimiento de los derechos sociales y la creación de la OIT.

En este contexto, surge el segundo hito importante en esta evolución: la promulgación de la Constitución de Weimar de 1919, como la expresión jurídica del pacto político entre el Partido Socialdemócrata de Alemania, el Partido de Centro y el Partido Democrático Alemán. En esta, se legitimó una estructura económica capitalista conjuntamente con el reconocimiento de ciertos derechos sociales que buscaban apaciguar las innumerables huelgas y exigencias de las clases trabajadoras alemanas⁶.

Este pacto político se dio en el contexto del alzamiento en armas de la Liga Espartaquista, que representaba la tendencia revolucionaria del movimiento obrero alemán y que fue derrotada por las fuerzas militares del gobierno.

En esos años, surge la OIT como un organismo de concertación social internacional, destinado a emitir normas que contengan derechos sociales que deberían ser reconocidos y garantizados por todos los Estados del mundo, como lo mínimo aceptable por la comunidad internacional.

Luego de la crisis del petróleo en 1979, la implementación de las políticas neo liberales y la caída de la URSS y el llamado socialismo real, durante los años 90, la correlación de fuerzas pasó a estar del otro lado⁷, surgiendo el fenómeno de

6 RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. Documentos Constitucionales de la Historia Universal. 1° edición. Lima: EDIAL. 2003. Página 128

7 El profesor uruguayo Óscar ERMIDA URIARTE, al tratar de explicar las tendencias en la OIT, señala que "la caída del «socialismo real» modificó radicalmente el equilibrio de fuerzas dentro de la organización, en perjuicio de las posiciones del grupo trabajador. En efecto, hasta los años ochenta, los países de Europa del este a menudo votaban en bloque en los órganos tripartitos de la OIT, en línea con las

la flexibilización y la precarización de los derechos laborales, como ocurre en nuestro país y en América Latina.

En el Perú, la enorme distancia en materia de derechos sociales contemplados entre las Constituciones Políticas de 1979 y 1993 se entiende por el contexto político en que se realizaron las asambleas constituyentes respectivas. Durante la elaboración de la Constitución de 1979, el movimiento político y sindical de izquierda estaba en auge, mientras que en la elaboración de la segunda era prácticamente inexistente.

De este brevísimo análisis histórico se entiende el sentido de permanente lucha que significan los derechos sociales. Aunque estos hayan sido reconocidos en la Constitución o en un Tratado internacional, son necesarios altos niveles de organización sindical y política de las clases trabajadoras para garantizar su respeto. En este caso, por ejemplo, el derecho fundamental a la negociación colectiva fue limitado durante una dictadura servil a ciertos intereses patronales de dismantelar los derechos conquistados durante las etapas anteriores.

2. La negociación de las condiciones laborales

El derecho colectivo del trabajo está comprendido por una triangularidad de derechos complementarios e indivisibles entre sí, los de libertad sindical, negociación colectiva y huelga⁸. Esto se explica porque una organización sindical tiene que ser autónoma en su funcionamiento para garantizar lograr sus objetivos, entre los cuales el principal es el de reivindicar mejores condiciones de trabajo mediante la negociación con los empleadores y para lo cual tienen la facultad de ejercer el derecho huelga, como principal medio de autotutela de sus intereses.

posiciones de los trabajadores. Así lo hacían, por cierto, los delegados de los sindicatos, los de los Gobiernos y a menudo los de los empleadores, en tanto funcionarios del Estado. Luego de la «caída del muro» esa situación cambia radicalmente, en tanto los países del este se ubican más a la derecha que varios de los de Europa occidental.

En los órganos de la OIT, sus empresarios pasan a alinearse con el grupo empleador y la mayor parte de sus Gobiernos adoptan posiciones próximas a los de estos. El resultado es que la ecuación de poder pasa a ser claramente desfavorable a los trabajadores.” “Crítica de la Libertad Sindical” en *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*, N° 68. Lima: PUCP. 2012. Esta reflexión es extensible para todo el análisis de la evolución de los derechos sociales.

8 DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. 2ª edición. México D.F.: Porrúa. Tomo II. 1974 Página 532-533. 1974

En ese sentido, el derecho de negociación colectiva garantiza a los trabajadores el derecho de plantear mejoras en las condiciones laborales e impone, a su vez, a los empleadores la obligación de atender a los planteamientos formulados y negociarlos, buscando arribar a un acuerdo en la forma de convención o convenio colectivo⁹.

La convención colectiva es la fuente característica del derecho del trabajo. Esta contiene normas de origen privado, que responden a las necesidades propias y especiales de su ámbito de aplicación. La empresa o un conjunto de estas, que complementando las normas jurídicas de origen estatal, que son abstractas y generales, deben cumplir con la finalidad de garantizar condiciones dignas de trabajo para todos.

Respecto a los inicios de la negociación colectiva en nuestro país, Francisco Gómez Valdez¹⁰ señala que “los azucareros del norte del país presentaban sus pliegos de reclamos, haciéndolos llegar a sus patronos, a través de un cortejo de trabajadores de cuyo centro, impertérrito, salía una vara formada por muchas cañas de azúcar unidas en cuyo puntal se apreciaba la reclamación salarial”.

Asimismo, recuerda la importancia fundamental que la negociación colectiva ha cumplido en la conquista de los derechos laborales. Por ejemplo, el origen del derecho a la jornada laboral máxima de ocho horas, en nuestro país, fue reivindicada por esta vía por los trabajadores de la Dársena del Callao en 1913¹¹, antecedente del Decreto Supremo N° 15/01/1919, que lo reconoció para todos los trabajadores del país.

9 RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. Derecho del Trabajo Colectivo. 8ª edición. Lima: Grijley. 2014. N° 143

10 “Reflexiones acerca de la negociación colectiva”. En: *Ponencias del VI Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 1996. Página 305

11 SANTIESTEVEAN, Jorge y DELGADO, Ángel. *La Huelga en el Perú*. Lima: CEDYS, 1980. Citado por GÓMEZ VALDEZ, Francisco, “Reflexiones acerca de la negociación colectiva”. En: *Ponencias del VI Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 1996. Página 306.

3. Regulación del derecho de negociación colectiva

El derecho a la negociación colectiva encuentra sus fuentes en el Artículo 28° de la Constitución Política de 1993, que reconoce los derechos colectivos del trabajo, en la siguiente manera:

“Artículo 28.- Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga

El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.”

Los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. En esta última categoría, se encuentran los Convenios N° 87, 98 y 151 de la OIT, entre otros, y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La regulación legal de este derecho fundamental está contenida en el T.U.O. de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Decreto Ley N° 25593, aprobado mediante Decreto Supremo N° 10-2003-TR, el cual lo desarrolla en su Título III, junto a los otros derechos colectivos del trabajo. El Reglamento de la LRCT fue aprobado por el Decreto Supremo N° 11-92-TR, del 14 de octubre de 1992.

La LRCT regula el procedimiento de negociación colectiva con la finalidad que ambas partes arriben a acuerdos respecto de las mejoras en las condiciones laborales.

El procedimiento comienza con la presentación del pliego de reclamos por la organización de trabajadores al empleador o a la organización de empleadores, de manera directa, si es a nivel de empresa, o a través del MTPE si es a otro nivel, como el de rama de actividad. El pliego debe contener las propuestas de mejoras de condiciones laborales que serán debatidas por las partes.

La primera etapa es la negociación directa. Consiste en la discusión de manera directa de cada uno de los puntos contenidos en el pliego de reclamos, buscando llegar a consensos respecto de los mismos. La negociación puede terminar en esta etapa, si ambas partes arriban a acuerdos definitivos, pasando el acta en que figuran los acuerdos a tener carácter de convención colectiva.

Esta etapa puede concluir por decisión de cualquiera de las partes. Ante esto, la LRCT contempla la instalación de una junta de conciliación en donde una tercera persona, el conciliador, pasa a moderar el debate buscando que las partes lleguen a un acuerdo. Este conciliador puede hacer las veces de mediador, si así las partes lo deciden, caso en que debe presentar una propuesta de solución a la negociación. La labor del mediador concluye con la aceptación o negatoria de las partes de la propuesta formulada.

La legislación vigente establece que, ante el fracaso de la conciliación, los trabajadores pueden optar por declarar la huelga o someter el diferendo a arbitraje, señalando que en todo momento las partes pueden reunirse por su cuenta y acordar una solución al conflicto. La huelga además puede ser declarada en cualquier momento de la negociación, o fuera de ella, siempre que se cumplan con los requisitos legales establecidos.

La solución del conflicto por medio del arbitraje consiste en la instalación de un Tribunal Arbitral que optará por una de las propuestas finales que ofrecen ambas partes, mediante la emisión de un laudo arbitral que es equivalente a una convención colectiva.

El Decreto Supremo N° 006-71-TR, que regulaba los derechos colectivos del trabajo hasta su derogación por la LRCT en 1992 contemplaba la solución del conflicto por la Autoridad de Trabajo como última etapa del procedimiento de negociación colectiva en lugar del arbitraje.

4. La negociación colectiva por rama de actividad

La LRCT reconoce que se puede negociar colectivamente a nivel de empresa, de rama de actividad o de gremio, según la representatividad de las organizaciones que participen en la negociación, tanto de los trabajadores como de los empleadores.

La representación de los trabajadores se realiza normalmente por organizaciones sindicales, que pueden ser sindicatos a nivel de empresa, para lo cual se requiere como mínimo 20 trabajadores; sindicatos a nivel de rama de actividad, para lo que se requiere 50 trabajadores como mínimo; u otras formas previstas en la legislación vigente como los gremios o los delegados de trabajadores, figura prevista para los casos de empresas con menos de 20 trabajadores. Además, se regula que dos sindicatos a nivel de empresa pueden constituir una federación y dos federaciones pueden constituir, a su vez, una confederación.

En el caso de la negociación por rama de actividad, se deben involucrar representantes de los trabajadores, que pueden ser sindicatos a nivel de rama o federaciones, por ejemplo, y, por el otro lado, representantes de los empleadores de una misma actividad económica.

Al respecto Óscar Ermida Uriarte¹², enumera las ventajas que, a su criterio, presenta este tipo de negociación resumiéndolas en las siguientes:

- a) Tiende a cubrir a todos los trabajadores de un sector de la economía.
- b) Aproxima a las partes a la consideración de los problemas macroeconómicos, favoreciendo así el desenvolvimiento de las relaciones laborales y su funcionalidad respecto del desarrollo económico.
- c) Sería más racional y menos conflictiva, al ‘despersonalizar’ la negociación y ‘sacarla’ de los problemas cotidianos e ‘íntimos’ de cada empresa.
- d) En los países en los que predomina la pequeña o mediana empresa, solo la negociación por rama abarcaría a un número significativo de empleadores

12 “Estructura de la Negociación Colectiva” en: *Derecho Colectivo del Trabajo. Materiales de enseñanza*. 2ª Edición. Lima: Facultad de Derecho de la PUCP. 1990. Página 208

y trabajadores. En efecto, la negociación colectiva por empresa tendría un ámbito de aplicación subjetivo reducidísimo, ya que la existencia o debilidad del sindicato en todas las empresas pequeñas y medianas determinaría la inexistencia de convenio colectivo en las mismas.

El último punto tiene significación especial para nuestra realidad económica, debido al gran número de trabajadores que laboran en las empresas MYPE que no pueden negociar colectivamente mediante organizaciones sindicales, como se expondrá más adelante, trabajadores que de por sí ya tienen derechos laborales menores a los del régimen laboral común de la actividad privada.

Respecto a las desventajas que la negociación por rama de actividad presentaría, este autor enumera las siguientes¹³:

- a) Exigiría la presencia de organizaciones gremiales de empleadores suficientemente representativas.
- b) No siempre podría considerar los problemas y necesidades específicas de cada empresa.
- c) Ignoraría las diferencias de rentabilidad y de poder económico entre las empresas del mismo sector, lo que, en segunda instancia, podría llevar a fijar los beneficios convencionales al nivel de las empresas líderes de la rama respectiva, lo que, a su vez, en última instancia, provocaría la ruina de los establecimientos menores y la consecuente formación de monopolios u oligopolios.

Además, señala que los dos últimos problemas se podrían solucionar mediante la articulación de convenios colectivos de nivel de empresa y nivel de rama, figura prevista por el Artículo 45° del TUO de la LRCT, y por la fijación de niveles de cumplimiento de las obligaciones convencionales según la capacidad específica de una empresa determinada.

13 ERMIRA URIARTE, Óscar. *Ibíd.* Página 209

5. Restricción de la negociación colectiva por rama de actividad en nuestro ordenamiento jurídico

A pesar del reconocimiento expreso de la negociación colectiva en la Constitución Política de 1993 y su indiscutible reconocimiento como humano y universal, este derecho está seriamente limitado en nuestro ordenamiento jurídico toda vez que exige la buena voluntad de los empleadores para el inicio de la negociación.

Los dos primeros párrafos del Artículo 45° de la LRCT señalan que “si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior (de empresa, rama de actividad o gremio), las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo la negociación se llevará a nivel de empresa. De existir convención en algún nivel, para entablar otra en un nivel distinto, con carácter sustitutorio o complementario, es requisito indispensable el acuerdo de partes, no pudiendo establecerse por acto administrativo ni por laudo arbitral”.

Es decir, para que se negocie por rama de actividad, se debe tener la aceptación de los empleadores, caso contrario la negociación deberá realizarse a nivel de empresa. Como se puede prever, esta regulación legal prácticamente ha desaparecido la negociación colectiva por rama de actividad en nuestro país.

En términos exactos, ha llevado a que en el año 2013, de las 455 convenciones colectivas registradas por el MTPE a nivel nacional, solamente 2 corresponden a negociaciones iniciadas por federaciones¹⁴. Las restantes fueron producto de negociaciones a nivel de empresa.

El origen de esta restricción tiene su origen en el original Decreto Ley N° 25593, promulgado el 26 de junio de 1992 durante la dictadura fujimorista, teniendo como inspiración la legislación laboral chilena emitida durante la dictadura de Augusto Pinochet.

14 Consultar el cuadro N° 22 del Anuario Estadístico Sectorial elaborado por la Oficina General de Estadística y Tecnologías de la Información y Comunicaciones. http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/anuario/ANUARIO_ESTADISTICO_2013.pdf

En opinión, que compartimos, de Jorge Rendón Vásquez¹⁵ señala que:

“la limitación de la negociación colectiva a la empresa responde a un criterio básico de la tendencia favorable a la flexibilización del Derecho del Trabajo que rechaza la negociación por rama de actividad. El antecedente legislativo inmediato de las reglas de la LRCT es la legislación chilena del gobierno de Pinochet, cuya primera expresión fue el “Plan de Trabajo”, aprobado por el D. Ley 275, del 29/6/1979. Este Plan fue reproducido y ampliado por el Código de Trabajo, aprobado por la Ley 18620, del 27/6/1987, emitida por el general Augusto Pinochet Ugarte, en el cual se añadió la siguiente innovación importante: “Sólo los sindicatos de empresa tendrán derecho de negociar colectivamente” (art. 206°). El nuevo Código de Trabajo, expedido por quien fuera presidente de la República Patricio Aylwin Azócar, publicado el 24/14/1994, reproduce esta disposición clave del liberalismo chileno. En el Perú, el gobierno de Fujimori, con otros términos, dispuso exactamente lo mismo”.

Las estadísticas demuestran en el plano de la práctica social, único criterio de verdad, que la legislación impone un nivel de negociación. Podemos afirmar que el derecho a la negociación colectiva a nivel de rama carece de eficacia fáctica, a pesar de estar reconocido, debiéndose buscar fórmulas legislativas que garanticen su ejercicio.

Las disposiciones de la LRCT, al dejar sin contenido el derecho de negociación colectiva, afectan al conjunto del derecho colectivo del trabajo, recordemos su carácter triangular, siendo un desincentivo para la constitución de federaciones y sindicatos de rama de actividad, puesto que una organización sindical que no puede negociar carece de sentido y atractivo para sus potenciales miembros.

En una opinión ilustrativa, Adolfo Ciudad Reynaud¹⁶ señala que:

“el problema de este tipo de estructura negocial, en la que se negocia principalmente a nivel de centro de trabajo, es que la extensión personal de los convenios es generalmente muy reducida en vista de que los trabajadores de las pequeñas unidades de trabajo, por lo general, quedan al margen de la

15 Derecho del Trabajo Colectivo. Relaciones Colectivas en la Actividad Privada. 8° Edición. Lima: Grijley. 2014. Nota N° 35

16 “Estructura de la negociación colectiva” en: *Quo Vadis Jus? Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ricardo La Hoz Tirado*. Lima: Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM. 1994. Página 321

negociación colectiva, lo que es bastante significativo en la medida que la mayor cantidad de trabajadores está empleado en pequeñas empresas. Y en los casos en que la negociación colectiva es practicada también en tales pequeñas unidades de trabajo, se observa que el contenido de los convenios no se traduce en progresos sociales significativos”.

6. La situación de las empresas MYPE

Las MYPE son las siglas bajo las que se denominan a las micro y pequeñas empresas. Estas son unidades de producción pequeñas en cuanto al monto que facturan y al número de trabajadores que emplean, en contraste con las grandes empresas que pueden llegar a tener alcances internacionales, cuyos niveles de inversión no pueden ser comparados.

Las empresas MYPE tienen una importancia vital en la economía nacional por el dinamismo y los puestos de trabajo que ofrecen en el mercado. En este trabajo no ahondaremos en la problemática de informalidad y precariedad laboral en que ahonda la gran mayoría de estas, entendiendo que en estas pequeñas unidades de producción también existen intereses contrapuestos entre empleadores y trabajadores, por lo que la existencia de sindicatos representativos sería importante para contrarrestar estos problemas.

El Estado buscó promover la creación y formalización de empresas MYPES mediante un la promulgación de un régimen laboral especial, con menores derechos que el régimen laboral común, y la disposición de determinados beneficios tributarios, por ejemplo, la eliminación de la CTS, las gratificaciones por fiestas patrias o navidad, el pago de utilidades, en el caso de las micro empresas, y el pago de una CTS y gratificaciones en proporciones menores a las del régimen laboral privado general, en el caso de las pequeñas empresas.

La Ley N° 28015 previó que la micro empresa podía tener de 1 a 10 trabajadores como máximo y la pequeña empresa de 1 a 50. Esto fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1086 por el que las pequeñas empresas podían tener de 1 a 100 trabajadores. La Ley N° 30056, publicada el 2 de febrero de 2013, suprimió el requisito de un número máximo de trabajadores estableciendo que las micro empresas serán aquellas con ventas anuales máximas de 150 UIT y las pequeñas empresas con ventas anuales entre 150 UIT y 1700 UIT como máximo.

Las estadísticas de la realidad concreta indican que en mayo de 2012, en Lima, se registraron 5761 microempresas donde trabajaban un total de 14813 personas¹⁷, es decir, una media de 2.8 trabajadores por cada empresa. Asimismo, a nivel nacional se registraron 14 087 microempresas y un total de 34 722 trabajadores. La media en este caso es de 2.5 trabajadores por empresa.

Respecto a las pequeñas empresas, en Lima, se registraron 529 pequeñas empresas y un total de 2579 trabajadores. El promedio es de 4.8 trabajadores por cada una de ellas. A nivel nacional, se registraron 973 y un total 4 330 trabajadores. El promedio en este caso es de 4.5 trabajadores por cada pequeña empresa.

Tenemos que ningún trabajador de estas empresas puede constituir un sindicato a nivel de empresa, pues para ello se requieren 20 trabajadores. La única forma en que se pueden sindicalizar es mediante un sindicato de rama de actividad, para lo cual se requieren más de 50 trabajadores, pero estos últimos, en la práctica, no pueden negociar con sus empleadores, por las restricciones de la LRCT, como ya se expuso.

La única forma en que estas empresas ejerzan este derecho sería mediante la delegatura de dos representantes, contemplada en los Artículos 15° y 47° del TUO de la LRCT, siempre a nivel de empresa. Sin embargo, esto no podría igualarse a la fuerza de negociación y organización que tendría un sindicato a nivel de rama de actividad o siquiera un sindicato de empresa.

Nos encontramos entonces con una clara situación de desventaja de los 39 052 trabajadores que integran las MYPE, a quienes se les impone un régimen laboral con derechos recortados y, además, se restringe seriamente sus derechos de libertad sindical y negociación colectiva, que están reconocidos en la Constitución y que supuestamente deben ser respetados.

17 Información consultada en la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo: http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/dnpefp/REMYPE/2012/estadistica_remype_13052012.pdf

7. Propuesta de solución al problema

El respeto del derecho a la negociación colectiva por rama de actividad es necesario para lograr una eficacia real de los derechos fundamentales en nuestro país, con mayor razón si el Perú desarrolla su economía bajo el modelo de Economía Social de Mercado, Artículo 58° de la Constitución Política, donde el trabajo es base del bienestar social, un medio de realización de la persona y se promueven condiciones para el progreso social y económico de la sociedad, Artículos 22 y 23° de la Constitución Política.

Proponemos por tanto una modificación del Artículo 45° del T.U.O. del Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR, suprimiendo sus dos primeros párrafos, que contienen las restricciones desarrolladas en este trabajo, dejando a salvo la parte que regula la articulación de convenios colectivos de nivel de empresa y de rama, quedando regulado de la siguiente manera:

***“Artículo 45.-** Las convenciones de distinto nivel acordadas por las partes deberán articularse para definir las materias que serán tratadas en cada una. En caso de conflicto se aplicará la convención más favorable, confrontadas en su integridad.*

Podrán negociarse a nivel de empresa las materias no tratadas en una convención a nivel superior, que la reglamenten o que se refieran a condiciones de trabajo propias y exclusivas de la empresa”.

La obligatoriedad de la negociación encuentra su fundamento en la necesidad de promover la negociación colectiva, en cumplimiento del mandato contenido en el Artículo 28° de la Constitución Política de 1993. La acción conjunta de las organizaciones de trabajadores está destinada a que varios sindicatos a nivel de empresa puedan negociar conjuntamente, sin necesidad de tener que constituir una federación.

Uno de los problemas que se plantearon, respecto de la negociación colectiva por rama de actividad, es la diferencia entre las mejoras en las condiciones laborales que estarían dispuestas a aceptar una gran empresa y una MYPE.

Este eventual problema puede ser abordado mediante la negociación exclusivamente de empresas MYPE, excluyendo a las empresas grandes empresas, fijada mediante Ley o por la práctica misma de las organizaciones sindicales. El otro escenario planteado es que un convenio colectivo específico para las MYPE regule el grado de cumplimiento de un convenio colectivo general de un sector determinado de la economía, figura contemplada en el Artículo 45° del a LRCT.

Bibliografía

CIUDAD REYNAUD, Adolfo. "Estructura de la negociación colectiva" en: Quo Vadis Jus Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ricardo La Hoz Tirado. Lima: Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM. 1994

DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. 2º edición. México D.F.: Porrúa. 1974

ERMIRA URIARTE, Óscar. "Crítica de la Libertad Sindical" en Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP. N° 68. Lima: PUCP. 2012

ERMIRA URIARTE, Óscar. "Estructura de la Negociación Colectiva" en: Derecho Colectivo del Trabajo. Materiales de enseñanza. 2º Edición. Lima: Facultad de Derecho de la PUCP. 1990

GÓMEZ VALDEZ, Francisco. "Reflexiones acerca de la negociación colectiva". En: Ponencias del VI Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 1996

LYON-CAEN, Gérard. Manuel du droit du travail et de la sécurité sociale. 1º Edición. Paris: Librairie générale de droit et de la jurisprudence. 1955

LYON-CAEN, Gérard. "Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée" en Le Droit Ouvrier. Nueva Serie. N° 667. Paris: Confédération Générale du Travail. 2004

MARIÁTEGUI, José Carlos. "La revolución mexicana" en Historia de la Crisis Mundial. 5º edición. Lima: Amauta. 1978

RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. Derecho del Trabajo Colectivo. 8º edición. Lima: Gri-jley. 2014

RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. Derecho del Trabajo. Teoría General. 2º edición. Lima: Griyley. 2007

RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. Documentos Constitucionales de la Historia Universal. 1º edición. Lima: EDIAL. 2003

V. PUEBLOS INDÍGENAS Y MEDIO AMBIENTE

El derecho a la libre determinación de las comunidades o pueblos indígenas y el pluralismo jurídico

Antonio Peña Jampa¹

Los derechos de las comunidades o pueblos originarios o indígenas, el pluralismo jurídico y, en particular, el derecho de libre determinación o autodeterminación de los pueblos indígenas, son conceptos fundamentales que hoy ponen en discusión la situación jurídica de países como el Estado Peruano.

En el presente artículo, abordaremos dichos conceptos desde el derecho y la perspectiva de los actores sociales que los ponen en discusión: las comunidades o pueblos originarios, más conocidos en la legislación internacional como ‘pueblos indígenas’. En el Perú, como en los países latinoamericanos, y en continentes como África, Asia y Oceanía existen cientos o miles de estos pueblos originarios que han hecho posible una vida diferente o particular. Esta vida diferente (cultural, social, económica e histórica) está relacionada con la diversidad de sistemas jurídicos, con derechos particulares de cada grupo y con la necesidad de autonomía legítima en el gobierno y uso de sus recursos naturales, que justamente ponen en debate los conceptos de derechos de los pueblos originarios, pluralismo jurídico y el derecho de libre determinación o autodeterminación.

El Estado moderno, creado en la historia de la cultura occidental europea, fue construido con el paradigma de un solo sistema jurídico, una sola concepción ‘universal’ de los Derechos Humanos y desde un solo gobierno por territorio nacional. Confrontarlo con los conceptos de pluralismo jurídico, derechos particulares de los pueblos originarios y, específicamente, el derecho de autodeterminación, pone en crisis la naturaleza misma de ese concepto de Estado moderno.

1 Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Abogado, Master en CCSS, *Ph.D. in laws*.

Los conflictos socioambientales o socioculturales, que hoy se presentan en forma numerosa en países como el Perú, son la mejor muestra de la actualización de esta discusión. Desde el Estado o gobierno central se confrontan derechos nacionales con derechos locales para hacer posible un millonario proyecto de inversión. A pesar de tratarse de proyectos de inversión de miles de millones de dólares, la población local no acepta. ¿Por qué? Nuestra hipótesis es porque, tras esos conflictos, está puesto en discusión la propia estructura y función del Estado, a través de los conceptos de pluralismo jurídico, derechos particulares de las comunidades o pueblos originarios, y, en específico, el concepto de libre determinación o autodeterminación de estas comunidades o pueblos.

A continuación, analizamos el tema partiendo del concepto de comunidad o pueblo originario o pueblo indígena. Inmediatamente después, se tratan los conceptos de autodeterminación y pluralismo jurídico, para luego presentar una sistematización del contenido de dichos conceptos. La pregunta central que trataremos de absolver al final será la siguiente: ¿Cómo aplicar el derecho de libre determinación o autodeterminación de las comunidades, pueblos originarios o pueblos indígenas en países como el Perú?

1. El concepto de comunidad, pueblo originario o pueblo indígena

El concepto de pueblo originario o pueblo indígena tiene su origen en normas internacionales. En la legislación nacional del Perú, dichos conceptos están relacionados con lo que constitucionalmente conocemos como las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas. La norma internacional que regula a los pueblos indígenas corresponde al Convenio Internacional No 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) denominado “sobre pueblos indígenas y pueblos tribales en países independientes”. El artículo 1° del Convenio 169 de la OIT define al Pueblo Indígena en los siguientes términos:

Artículo 1°

1. El presente Convenio se aplica:

(....)

- b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.
- 2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

(....)

De acuerdo al artículo citado, el concepto de pueblo indígena se refiere a los pueblos cuyos miembros descienden de las poblaciones que habitaron el país antes de la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, además, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

Dicha definición justo se aplica a nuestras experiencias de Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas regulados en el artículo 89º de nuestra Constitución Política del Perú. En este artículo constitucional se regula a las Comunidades en los siguientes términos:

Artículo 89º

Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

Las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas son ante todo personas jurídicas ya constituidas, con autonomía en su organización comunal, en el uso de sus tierras, en su organización económica y administrativa, así como con un particular reconocimiento de su propiedad y el respeto de su identidad cultural. Al descender dichas comunidades de las numerosas culturas pre-Incas e Inca, que habitaron el territorio Peruano y de otros países sudamericanos antes de la Conquista y Colonización española, y al conservar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas en los términos que el artículo constitucional reconoce, no cabe duda que pueden ser identificados como Pueblos Indígenas, siguiendo la norma internacional.

Esta es la definición teórica de Pueblo Indígena y su aplicación práctica en el derecho peruano a través de los conceptos de Comunidad Campesina y Comunidad Nativa. Sin embargo, la realidad de estos pueblos o comunidades es más compleja. Solo para destacar tres de estas complejidades, nos referiremos al problema de aquellas organizaciones que no tienen la denominación de Comunidad, al problema de la extensión de los contenidos de las instituciones sociales, económicas, culturales y políticas que las definen, y al problema del estatus del migrante.

En las diferentes regiones del territorio del Perú, además de Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas, encontramos otras formas organizativas como la Ronda Campesina, el Caserío, el Anexo, el Centro Poblado, la Parcialidad, etc. ¿Son estas formas organizativas también Pueblos Indígenas o Comunidades Campesinas o Nativas?

Si cumplen las características mencionadas en la definición de la norma internacional y la norma constitucional, la respuesta es positiva. Para ello, la justificación jurídica se encuentra en la siguiente distinción: la situación jurídica de Comunidades Campesinas o Nativas reconocidas y no reconocidas. Las Rondas Campesina y Parcialidades, como los Caseríos, Anexos y Centros Poblados se refieren a Comunidades no reconocidas como tal, aunque muy bien cumplen con sus características. De ahí que cuando el artículo 89º de la Constitución regula a las comunidades hay que incluir también aquellas no reconocidas.

Además, la definición normativa es incompleta en la realidad de estas comunidades o pueblos indígenas cuando se regula sus instituciones sociales, eco-

nómicas, culturales y políticas en términos generales. El artículo constitucional destaca autonomía en el trabajo comunal, autonomía en el uso y disposición de la tierra, su reconocimiento particular de propiedad y de identidad cultural, pero el universo de las comunidades, reconocidas o no, es mucho más extensa y compleja. En la práctica, esta extensión y complejidad comprende al menos los siguientes elementos: su organización social comprende la familia nuclear y extendida; su organización política comprende a sus autoridades actuales y tradicionales, como a su asamblea comunal; su organización económica comprende una variedad de actividades como la agricultura, la ganadería, la pesca, la siembra y tala de árboles, y otras actividades extractivas; y su organización cultural comprende sus costumbres, pero también un inmenso conocimiento tradicional vinculada a su entorno y sus relaciones humanas que se renueva diariamente.

Un último aspecto de la realidad de las comunidades o pueblos indígenas que cabe destacar es el referido a la situación de sus miembros migrantes. Sobre ellos no se regula. De ahí que al menos cabe hacer una mención a su problemática. Cabe preguntar si estos comuneros migrantes, que se ubican masivamente en las grandes ciudades de la Costa, los Andes o la Amazonía del Perú, ¿conservan el estatus de comunero e indígena? Su respuesta conduce a un debate muy interesante, en tanto define propiamente la situación de quiénes son indígenas en Perú. En principio, los comuneros e indígenas se encuentran en las Comunidades Campesinas y las Comunidades Nativas, reconocidas y no reconocidas, pero también existen grupos o comunidades de migrantes quienes, directa o indirectamente, se han desplazado en forma personal o a través de sus padres y/o madres. En estos grupos, nos encontramos la mayoría de habitantes del Perú. Sea el origen de nuestros padres y madres quechua, ayмара, asháninka, aguaruna, shipibo, yanesha u otro, y, aunque nosotros ya no hablamos sus idiomas originarios y no practicamos sus instituciones tradicionales, siempre cabe la siguiente pregunta: ¿Somos o no somos pertenecientes a esas comunidades o pueblos indígenas? Frente a esta pregunta, adelantamos una respuesta genérica: se aplica el derecho de identidad cultural, regulado en la segunda parte del artículo 1° del Convenio 169 de la OIT y en la parte final del artículo 89° de la Constitución Política del Perú, antes citados. Siguiendo el contenido de este derecho, en el supuesto que los migrantes mantengan su identidad vinculada a las comunidades de origen o de sus antepasados, mantienen toda legitimidad para invocar ser reconocidos como tal.

2. El derecho de libre determinación o autodeterminación de los pueblos

El artículo 89º de la Constitución del Perú, antes citado, se refiere al derecho de autonomía de las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas que, a su vez, se relaciona con el derecho de autodeterminación. La regulación principal del contenido de dicho derecho lo encontramos en las normas internacionales.

El reconocimiento del derecho de libre determinación o autodeterminación parte de los pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos (1966) y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Ambos regulan el derecho de libre determinación en su primer artículo a través de la denominación del concepto de Pueblo.

Artículo 1º

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional, basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso, podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

Según la norma citada, el concepto de autodeterminación es amplio y controvertido. Es amplio en tanto todo pueblo, como resultan ser nuestras comunidades o pueblos indígenas, pueden invocar su aplicación, a su favor. Pero también es controvertido, en tanto si todo pueblo tiene ese derecho, se puede llegar a un extremo de atomización que conduce a desaparecer el concepto

de Estado que es sobre la que está basado el mismo Pacto o Convenio que reconoce el derecho.

Pero el concepto de autodeterminación es complejo en sí, porque tiene tras de sí el concepto de **soberanía**. Este es un concepto muy fuerte políticamente porque tiene implícito el concepto de poder de Estado o el *ius imperium*, que constituye la razón para proteger un territorio y oponer su titularidad frente a otros. Esta situación no le agrada hoy en día a los Estados reconocidos como Independientes por el temor a su fraccionamiento. Sin embargo, en el siglo XIX el concepto fue muy importante porque los países del mundo comenzaban a independizarse de los países colonizadores. Pero, el concepto también fue importante después de la segunda guerra mundial para reconocer aquellos pueblos que tenían la condición de Estado, para evitar futuras guerras, al extremo de regularse en la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y en los Pactos o Convenios Internacionales citados.

Siguiendo el contenido de la norma citada, podemos afirmar que, cuando se reconoce el derecho de libre determinación o autodeterminación a *todos los pueblos*, se presta en sí a un amplio espacio de interpretación y creación para la jurisprudencia internacional y nacional. Este amplio espacio de interpretación y creación involucra una suma de aspectos o subtemas, entre los que se encuentran el respeto de una perspectiva de desarrollo económico, social y cultural particular. Aquí se incluye un tema delicado muy actual, relacionado al desarrollo económico de las comunidades y al interés de las empresas transnacionales sobre los recursos naturales ubicados en los territorios de estas comunidades. Al respecto, el inciso 2 señala: *"Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales"*. Esto supone que las comunidades o pueblos que demandan su libre determinación pueden disponer libremente de todo tipo de riquezas o recursos naturales que se ubiquen dentro de su territorio.

Pero este derecho se ve limitado por la oposición de las autoridades del gobierno central al considerar que existe otro derecho superior, que a ellos les corresponde, basados en otra norma constitucional. Se trata de la norma que regula el derecho a los recursos naturales, renovables y no renovables, a favor del Estado. Al respecto el artículo 66º de la Constitución Política del Perú lo regula:

Artículo 66°

Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

La citada norma otorga al Estado peruano el derecho de aprovechar los recursos naturales renovables y no renovables de su territorio. Conforme a ello, se limitaría el derecho reconocido en los Pactos Internacionales a las comunidades o pueblos que demandan su libre determinación.

Al respecto, es importante comparar este derecho del Estado con las normas internacionales específicas relacionados con las comunidades o pueblos indígenas. En este sentido, el Convenio 169 de la OIT, si bien no regula el derecho de libre determinación para los pueblos indígenas, sí establece una regla para la explotación de sus recursos naturales. El artículo 15° lo regula en los siguientes términos:

Artículo 15°

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Como se aprecia, se distinguen entre recursos naturales de propiedad de las comunidades o pueblos indígenas, y recursos naturales reservados para el Estado. En este último caso, se reconoce a los recursos minerales y del subsuelo bajo propiedad del Estado, sin negar participación sobre los beneficios a las propias comunidades o pueblos indígenas.

Sin embargo, es en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, donde se reconoce el derecho de libre determinación y de propiedad de sus recursos naturales, tal como está regulado en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. El Derecho de libre determinación se encuentra regulado en los artículos 3º y 4º de la Declaración, en los siguientes términos:

Artículo 3º

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 4º

Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

En ambos artículos citados se reconoce el derecho de libre determinación de las comunidades o pueblos indígenas, pero no se regula el tema de sus recursos naturales. Para incluir el derecho a los recursos naturales, tenemos que recurrir a otra norma, el artículo 26º de la Declaración:

Artículo 26º

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la

propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

La norma distingue entre tierra, territorio y recursos naturales. En los tres casos, se le reconoce el derecho prioritario de las comunidades o pueblos indígenas. En tal sentido se retoma el contenido del derecho regulado en el artículo 1° de los Pactos Internacionales.

En forma complementaria, cabe citar una norma de la misma Declaración que precisa limitaciones al contenido del derecho de libre determinación o autodeterminación de las comunidades o pueblos indígenas en los países independientes. Esta norma corresponde al primer inciso del artículo 46° de la Declaración:

Artículo 46°

1. Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrario a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

(...)

En la norma citada, se limita el concepto de libre determinación o autodeterminación de las comunidades o pueblos indígenas cuando se trata de autorizar o alentar el quebrantamiento, total o parcial, de la integridad territorial de los Estados independientes. Sin embargo, esta norma final de la Declaración no puede limitar el desarrollo del derecho en sí. Este desarrollo depende del contexto y experiencia de cada grupo, comunidad o pueblo y de cada país independiente. Lo más importante a la fecha es que, en contextos como el peruano, el tema de los recursos naturales a favor de las comunidades o pueblos indígenas

no aparece limitado en ningún extremo. El derecho a la libre determinación o autodeterminación de las comunidades o pueblos indígenas incluye indiscutiblemente la autonomía, gestión y disposición de los recursos naturales que se localizan en sus territorios.

En suma, podemos afirmar que el derecho de libre determinación o autodeterminación de los pueblos incluye el derecho de autogobierno y de aprovechamiento de los recursos naturales. Las comunidades o pueblos indígenas del Perú gozan de ese derecho considerando la Constitución Política del Perú y las normas internacionales como los Pactos de Derechos Humanos, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

3. El pluralismo jurídico

El pluralismo jurídico es un hecho más que un concepto teórico en países como el Perú. La diversidad de organizaciones sociales y culturales, que desde períodos precoloniales sumaron cientos y que en la actualidad se presentan en decenas, hacen real su tratamiento. Por más que desde el Derecho estamos acostumbrados a sostener la existencia de un solo sistema jurídico, el que produce y renueva el Estado, el pluralismo jurídico como un concepto de la realidad sigue vigente.

Existe una pluralidad de definiciones del concepto de pluralismo jurídico. La definición clásica, que recoge las definiciones de otros teóricos, es la que sistematiza Sally Engle Merry (1988) en los siguientes términos:

“Pluralismo es la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos en un mismo espacio social” (Merry, 1988: 870)

En esta definición, se recogen los aportes de John Griffiths (1986), Sally Falk Moore (1986), Leopold Posposil (1971), entre otros profesionales, que han tratado el tema desde diversos trabajos de campo. Si bien el concepto ha sido construido de las experiencias en diferentes países y continentes, también podemos tomarlo en cuenta desde la experiencia peruana, a partir de numerosos trabajos de campo también realizados.

El concepto citado nos conduce por la discusión de tres elementos que se desprenden de la definición: el concepto de coexistencia, el concepto de sistemas jurídico y el concepto de espacio social.

Una primera cuestión discutible es qué se entiende por coexistencia. La coexistencia puede ser entendida como coordinación, armonía, sumisión, negación u otro concepto equivalente que hace viable la convivencia entre las comunidades o los pueblos en un espacio social determinado. Se trata de diversas aproximaciones que pueden conducir por convivencias o coexistencias que pueden ser pacíficas, conflictivas, violentas, etc. Por ejemplo, en el caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku, en Ecuador, conocido a partir de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), podemos conocer que las comunidades de este pueblo Kichwa convivían con otras comunidades a través de la forma de rivalidades, así como coexistían en conflicto con las empresas petroleras y las autoridades del Estado. En un momento determinado, las rivalidades con otras comunidades se intensifican tornándose también violentas. Bajo este ejemplo, se puede notar lo complejo del elemento de coexistencia en el concepto de pluralismo jurídico, lo que supone la relación entre las comunidades o pueblos en un espacio social determinado, pero también con organizaciones o instituciones externas, como son las empresas privadas y las instituciones del Estado.

El segundo elemento es el de los sistemas jurídicos. ¿Qué es un sistema jurídico? ¿Es lo mismo sistema jurídico que derecho? Los abogados tenemos una aproximación en su definición, pero también lo tienen los antropólogos y los científicos sociales en general. Los abogados no nos hacemos problema en distinguir sistema jurídico de derecho, dado que coinciden en una concepción moderna de derecho (Weber, 1974). En este sentido, normalmente un sistema jurídico supone un conjunto de normas, procedimiento y principios (Peña, 2013). Los antropólogos, de otro lado, históricamente han ido desarrollando un concepto basado sobre todo en lo que podemos entender por Derecho en la humanidad. Por ejemplo, se afirma que para que exista derecho tiene que haber obligaciones y normas, lo que lleva implícito el uso de la fuerza para hacerlas viables. Aunque esta contribución es un interesante punto de partida para generalizar el concepto de derecho en la humanidad, sigue siendo limitada. Hay sociedades que pueden no hacer uso de la fuerza sino operar en base al consenso, como también hay sociedades que no tienen normas escritas,

como nosotros las conocemos, dado que las normas están en la concepción de la gente; incluso algunos identifican normas con costumbres, que como tal existen en toda sociedad. En suma, retomando la perspectiva de los abogados, preferimos absolver este elemento de la definición afirmando que el sistema jurídico es aquel conjunto de normas, procedimientos y principios que identifica a un grupo social. Normas, procedimientos y principios son asumidos como conceptos generales que pueden ser encontrados en todo grupo social.

El último elemento, el de espacio social, es a la vez el más complejo. El espacio social para los migrantes es la comunidad de origen, pero también lo es el lugar que ocupa actualmente, por ejemplo, Lima. Existen poblaciones migrantes en Lima que están concentradas en un lugar, aunque se mueven en toda la capital, pero a su vez están conectadas con sus tierras de origen. También tenemos poblaciones amazónicas y andinas que están en distintos lugares, más allá de Lima. Por ejemplo, miles o millones de Aymaras, miembros de distintas comunidades se encuentran en las regiones de Puno, Arequipa, Tacna, Moquegua y Lima. A pesar de tener como origen las comunidades del sur y norte de la región de Puno, se han movilizad a lo largo de los años a las ciudades de Puno y a las de las otras regiones vecinas, incluida la capital del país. Cabe preguntarse si estos lugares de recepción también forman parte de su espacio social o solamente lo sería el espacio de origen donde antes estuvieron o lo es solo el espacio donde viven hoy. El concepto se presta a debate, sobre todo teniendo en cuenta la experiencia efectiva de las comunidades. Veamos su complejidad a partir de la experiencia de un grupo de comunidades de Huancané, en la región de Puno.

En Huancané (Puno), existen aproximadamente 86 comunidades cercanas. Pensemos en al menos tres de ellas, que visitan la ciudad de Huancané periódicamente: Calahuyo, Titihue y Tiquirni-Totería. En una de estas visitas, se produce un conflicto entre dos comuneros (pueden ser dos de una comunidad o dos de comunidades diferentes). Estos comuneros en pleito regresan a su comunidad, y la pregunta que brota es si los órganos de resolución de conflictos de estas comunidades son las competentes para atender el conflicto que se suscitó en la ciudad de Huancané, o, por la ubicación geográfica, resulta competente el fiscal adjunto o provincial del Ministerio Público y el juez de paz letrado, o el juez especializado en lo penal de la Corte Superior de Puno. Este tipo de problemas están detrás de la discusión sobre espacio social y del

concepto de pluralismo. En la práctica, a pesar del mandato legal, el caso citado es resuelto a través de los órganos de resolución de las comunidades a las que pertenecen los comuneros en pleito.

La explicación de los contenidos de estos tres elementos del concepto de pluralismo jurídico nos lleva, a su vez, a reflexionar sobre su tipología. Existen diversos tipos de pluralismo jurídico. Masaji Chiba hace una clasificación interesantísima desde la experiencia japonesa, distinguiendo tres dicotomías: la dicotomía del Derecho Oficial contra el Derecho No-Oficial; la dicotomía de los Postulados Legales contra los Postulados Normativos; y la dicotomía del Derecho Transplantado contra el Derecho Indígena (1988). Es una tipología que muestra la complejidad del concepto de Pluralismo Jurídico, pero sobre todo que lo relaciona con el de Cultura Legal, lo que lo hace más aplicable a nuestra realidad. Sin embargo, para el tema que estamos abordando, sobre la libre determinación o la autodeterminación de las comunidades o pueblos indígenas, cabe citar también la clasificación que presenta John Griffiths (1986). Este autor razona el pluralismo jurídico desde Europa y la experiencia africana distinguiendo dos tipos de pluralismo jurídico: el pluralismo jurídico fuerte y pluralismo jurídico débil. El pluralismo jurídico fuerte es aquel en el que la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos se produce bajo ciertas condiciones de equidad o igualdad, manifestándose en la armonía de los sistemas jurídicos sin que exista dominación de un sistema jurídico sobre los otros. El mejor ejemplo de pluralismo jurídico fuerte que podemos citar es el de Bélgica. Aquí se puede identificar tres grandes sistemas jurídicos (de los Walones, los Flamencos y los Germanos) que coexisten y ninguno se impone sobre los demás. Por ejemplo, el sistema jurídico de los germanos, a pesar de pertenecer a la comunidad más pequeña numéricamente en Bélgica, es respetado en las mismas condiciones de los otros sistemas jurídicos. De otro lado, el tipo de pluralismo jurídico débil es el más común en el mundo. Ocurre cuando, en la pluralidad de sistemas jurídicos, uno se impone sobre los otros. Este es el caso del pluralismo jurídico en el Perú, donde hay un sistema jurídico fuerte, el del Estado o el gobierno central, que somete a los otros sistemas jurídicos, como el de los quechuas, aymaras, asháninkas, aguarunas, shipibos, etc.

4. La libre determinación o la autodeterminación de los pueblos indígenas y el pluralismo jurídico

Ya definidos los conceptos que guían el presente artículo, conviene ahora analizar estos conceptos dentro de la problemática del tema. ¿Es posible sustentar la libre determinación o la autodeterminación de las comunidades o pueblos indígenas en el Perú y Latinoamérica?

Más allá de la existencia del derecho y de su aplicación o vigencia, existen limitaciones de diferentes niveles. Sin embargo, frente a estas limitaciones, el concepto de pluralismo jurídico nos puede ayudar.

Los límites al reconocimiento del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas no se encuentran en el derecho internacional o nacional, sino en la realidad de la población no indígena: los grupos de poder económico, la población urbana identificada con la cultura, la sociedad y la economía occidental, y los funcionarios que tienen el control de la gestión del Estado. La realidad de estos límites se sintetiza en una palabra, que antes ya hemos mencionado: soberanía. Existe el temor a perder soberanía o el temor a la fragmentación del territorio del Estado de un país independiente como es el Perú. Pero, detrás de este temor no solo se encuentra el interés geográfico-territorial, sino brotan otros intereses que podemos sintetizar en el poder político y económico.

Sin embargo, retomando la discusión jurídica, veamos sus alcances para que desde esta reflexionemos una respuesta. Como hemos visto, el derecho a la libre determinación o a la autodeterminación de las comunidades o pueblos indígenas tiene las siguientes características:

1. Es un derecho que tiene su origen en el artículo 1º de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos Civiles y Políticos, y de Derechos Humanos Sociales, Económicos y Culturales suscritos el año 1966, a nivel mundial.
2. A nivel nacional, el derecho de libre determinación o autodeterminación de las comunidades o pueblos indígenas se encuentra regulado en el artículo 89º de la Constitución Política del Perú bajo el concepto de autonomía. Se trata de la autonomía a nivel de trabajo comunal, de uso y disposición de sus tierras y autonomía económica y administrativa.

3. A nivel nacional, sin embargo, también existe una norma constitucional que limita el uso de los recursos naturales ubicados en territorio de las comunidades o pueblos indígenas. El artículo 66° de la Constitución Política del Perú reconoce en el Estado la titularidad de los recursos naturales, renovables y no renovables, ubicados en el territorio nacional.
4. En términos específicos el derecho de libre determinación o autodeterminación de las comunidades o pueblos indígenas aparece reconocido indirectamente en el artículo 15° del Convenio Internacional No 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. En dicho artículo, se reconoce la autonomía de los recursos naturales de las comunidades o pueblos indígenas, y, en el caso de los recursos minerales y del subsuelo, se garantiza el derecho de consulta previa y la distribución de beneficios a favor de dichas comunidades o pueblos.
5. En términos específicos o especializados, el derecho a la libre determinación o autodeterminación de las comunidades o pueblos indígenas aparece regulado expresamente en la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas. Los Artículos 3° y 4° regulan el derecho de libre determinación a favor de las comunidades o pueblos indígenas, y el artículo 26° resalta la libre disposición de sus tierras, territorio y recursos naturales. En forma complementaria, cabe referir que la misma Declaración, en su artículo 46°, señala que este derecho no debe entenderse como posibilidad de quebrantar o menoscabar la integridad territorial o unidad política de Estados independientes. Esto significa que el Derecho de libre determinación o autodeterminación de las comunidades o pueblos indígenas debe materializarse considerando, en principio, la integridad territorial o unidad política de los Estados soberanos o independientes donde se encuentren dichas comunidades o pueblos.

Teniendo en cuenta los límites y el marco jurídico previo, cabe absolver la pregunta que integra el conjunto de temas tratados ¿Cómo aplicar el Derecho a la libre determinación o autodeterminación de las comunidades o pueblos indígenas en países como el Perú?

La respuesta necesariamente va más allá del Derecho. Para ello, el concepto de Pluralismo Jurídico nos ofrece muchas posibilidades. Para lograr un reconoci-

miento pleno del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, debemos tener como paradigma el desarrollo del pluralismo jurídico fuerte, lo cual contrasta con nuestra realidad en la que hay un pluralismo jurídico débil. En el pluralismo jurídico fuerte ingresa el concepto de autodeterminación y debe interpretarse en un sentido no restrictivo. Asimismo, la autodeterminación incluye la autonomía y no al revés. La autonomía es un elemento de la autodeterminación y la autonomía se puede dar en distintos ámbitos. Por último, la relación que brota de este reconocimiento va más allá de la mera coexistencia de sumisión o jerarquía y sería más bien una relación de coordinación entre ordenamientos jurídicos o espacios que tienen autodeterminación.

Los efectos de este reconocimiento son:

- El derecho a sus tierras, territorio y recursos naturales, contemplado en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas, supone un derecho a ser Nación. En nuestro país, el artículo 89º de la Constitución Política reconoce la autonomía de las comunidades o pueblos indígenas en distintos ámbitos. Uniendo ambos conceptos, tenemos que existe jurídicamente el reconocimiento de la realidad de estas comunidades o pueblos indígenas como pequeños Estados con todas las prerrogativas de gobierno, facultades legislativas y de resolución de conflictos.
- El uso y disfrute de los recursos naturales que se encuentran en los territorios de las comunidades o pueblos indígenas, no tiene límites para los miembros de estas comunidades o pueblos. Los límites se encuentran en su propia organización o sistema jurídico, conforme al concepto de pluralismo jurídico y de sus derechos reconocidos. Cuando la Constitución Política regula, en su artículo 66º, que los recursos naturales le pertenecen al Estado o la Nación, debe entenderse de aquellos recursos naturales que no se encuentren en el territorio de las comunidades o pueblos indígenas. Teniendo en cuentas las normas internacionales sobre el derecho a la libre determinación o autodeterminación, y las normas nacionales sobre el derecho de autonomía en la gestión y uso y disposición de sus tierras, regulado en la Constitución, los recursos naturales del subsuelo y del sobresuelo le pertenecen a las comunidades o pueblos indígenas.

- El derecho de consulta previa, que corresponde a otro concepto interesante contenido en el Art. 6º del Convenio 169 de la OIT (que no ha sido objeto de su análisis en el presente ensayo), es un complemento o efecto del derecho de libre determinación o autodeterminación de las comunidades o pueblos indígenas. Al ser un complemento, no es necesario regularlo en forma independiente. Si las comunidades o pueblos indígenas tienen autonomía y autodeterminación, necesariamente tienen que ser consultados. La consulta previa no depende de ley ni de reglamento. Sin embargo, en nuestra mentalidad jurídica y por las condiciones económicas existentes, se exige ley y reglamento. La libre determinación o autodeterminación de las comunidades o pueblos indígenas lleva implícito el derecho de consulta y la posibilidad de aceptar o negar el uso o la explotación de recursos naturales que estén en su territorio.
- La participación política de las comunidades o pueblos indígenas en el escenario nacional también forma parte del derecho de libre determinación o autodeterminación. A pesar de la regulación de la participación política de estas comunidades o pueblos indígenas con base en el sistema de cuotas, hasta ahora, la materialización de esa participación ha sido muy limitada. Por ejemplo, a la fecha, las comunidades o pueblos indígenas no han participado con sus propios partidos o movimientos políticos. Son raros los grupos que se han hecho presentes en los procesos electorales de distritos o provincias, pero más raro es la participación a nivel de regiones y el gobierno central. Al respecto, cabe tener presente que el derecho de libre determinación o autodeterminación de las comunidades o pueblos indígenas supone el gobierno y el autogobierno de su territorio, lo que a su vez supone diversas formas de relación entre las comunidades o pueblos, pero también con organizaciones o instituciones del Estado, lo que lleva necesariamente a que los sujetos comunales participen en el ejercicio del poder político.
- El derecho de autonomía de gobierno y, con mayor razón, el derecho de libre determinación o autodeterminación de las comunidades o pueblos indígenas supone, además, gestión de presupuesto. Sin presupuesto no hay gobierno o autogobierno para garantizar, por ejemplo, servicios de educación, salud, justicia, entre otros. Cuando un profesor no va a la escuela de la comunidad o se porta 'mal' para esta, las autoridades comunales no

tienen dónde ni cómo reclamar efectivamente. Cuando estas autoridades reclaman ante las oficinas administrativas regionales o provinciales, no les hacen caso o la respuesta se inclina a favor del docente. Igual ocurre con las necesidades y reclamos en el servicio de salud. De ahí que reiteremos que el autogobierno supone necesariamente presupuesto. Si bien no es necesario que la comunidad tenga el dinero en sus manos, sí debería poder decir a quién le paga o no el Estado. Es un tema que aún los gobiernos no se atreven a discutir.

5. Balance y conclusión: pensando en el derecho a la libre determinación o autodeterminación de las comunidades o pueblos indígenas del Perú

Teniendo en cuenta los temas tratados previamente, podemos concluir que el derecho a la libre determinación o autodeterminación existe a favor de las comunidades campesinas y nativas, o de los pueblos originarios o indígenas. El problema de su efectividad ocurre en la práctica de nuestros gobernantes o autoridades del Estado, pero también en la actitud de las personas de la sociedad vinculada a estas autoridades y en los intereses de entes privados.

Frente a esta contradicción, lo que cabe hacer, en realidades como la peruana, es fortalecer a las comunidades nativas y campesinas, o pueblos originarios o indígenas. Esto supone reconocer su derecho de autodeterminación en el sentido más objetivo, considerando nuestro contexto plural. No se trata de llegar al extremo de buscar la división política del país, pero tampoco de restringir el derecho de libre determinación o autodeterminación a una autonomía de gestión o uso de recursos naturales limitados. Este es un tema que debe estar en discusión con las comunidades o pueblos indígenas, con las organizaciones sociales o privadas, y las instituciones públicas interesadas.

Por último, cabe considerar que el pluralismo jurídico permite el ejercicio de este derecho de libre determinación o autodeterminación en las comunidades o pueblos indígenas. Si es que reconocemos que vivimos en un contexto de pluralismo jurídico y si es que lo practicamos en los diferentes niveles de Estado, como la producción y aplicación de normas, no será necesario regular más. Las comunidades campesinas y las comunidades nativas, o los pueblos

indígenas tendrán sus propios derechos y obligaciones a disposición, más allá de los derechos y obligaciones que se produzcan o hagan efectivos dentro del Estado o gobierno central.

Bibliografía

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012): Sentencia del caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Estado de Ecuador. San José de Costa Rica: CIDH, sentencia de fecha 12 de junio de 2012.

CHIBA, Masaji (1987): "Three Dichotomies of Law in Pluralism". En Tokai Law Review, No 1, pp. 171-180.

GRIFFITHS, John (1986): "What is Legal Pluralism?". En Journal of Legal Pluralism. Universidad de Birmingham, Law School, Nro. 24, páginas 1-55.

MERRY, Sally Engle (1988): "Legal Pluralism", En Law and Society Review. Vol. 22, No 5, pp. 869-896.

MOORE, Sally Falk (1986): Social Facts and Fabrications: Customary Law on Kilimanjaro, 1880-1980. Cambridge: Cambridge University Press.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS - ONU (2007): Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Nueva York: ONU.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO – OIT (1989): Convenio Internacional sobre los Derechos de los Pueblos Tribales e Indígenas en Países Independientes. Ginebra: OIT.

PEÑA JUMPA, Antonio (2013): "El sistema jurídico de los testigos de Jehová" En Libro Homenaje a Manuel Marzal.

POSPOSIL, Leopold (1971): The Anthropology of Law: A Comparative Theory of Law. Nueva York: Harper and Row.

WEBER, Max (1974): Economía y Sociedad. México: Fondo de Cultura Económica.

La propiedad comunal.

Eficiencia vs. pluralismo jurídico y protección constitucional

Abner Francisco Casallo Trauco¹

La propiedad ha sido tradicionalmente entendida como un derecho patrimonial que faculta a un sujeto a usar y disfrutar del bien excluyendo a otros. Se defiende dicho concepto en tanto que el sistema privado es el que produce más riqueza. Una propiedad de vertiente colectiva es ineficiente². He aquí el punto de dónde partir. Así, por ejemplo, se ha dicho que la solución de diversos conflictos entre comuneros, Estado y mineras estaría en asignar la propiedad del subsuelo a los comuneros³. Muchos discursos han olvidado los aspectos culturales que fundamentan la protección de la propiedad comunal.

Desde una visión pro eficiencia, impregnada en nuestra legislación, e, incluso, en materia constitucional, se busca abrir el mercado, se busca reducir las trabas a la 'inversión' y se busca menos participación del Estado. El temor a los límites

1 Miembro principal del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

2 En cuanto a ello se menciona: "(...) En la actualidad como producto de la organización tribal, el uso de la tierra y de los pastos es común. Todos los pastores y agricultores usan este bien como un bien de todos. El efecto es el sobrepastoreo y la extinción de las escasas fuentes de agua existentes...". BULLARD, Alfredo. *Un Mundo sin Propiedad*. En: Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho N° 45. 1991. Lima, p. 131.

3 Se ha dicho: "Mi tesis entonces es que: en el caso de la propiedad minera existe violencia porque la propiedad está escindida y el propietario del suelo, los indígenas, las comunidades, los pueblos más pobres de América Latina, no son los dueños del subsuelo. Esa gente es violenta, rechaza la minería y la rechazará siempre en la medida en que no es la propietaria del subsuelo. Al ser propietario del subsuelo el Estado y al poder dar en concesión el Estado el derecho a explotar la minería lo que produce el recurso minero es una expropiación. [...] Supongamos pues que yo estoy arriba, soy un indio milenario de los andes con mi llamita viviendo en la prehistoria y abajo hay oro, viene el gobierno y se lo da a la empresa X ¿Qué me hizo? ¡Me robó! (...). [...] La teoría lo que sugiere es que si tú eres el dueño y te vas a beneficiar de las consecuencias de tu propiedad no te vas a quedar sentado encima, lo venderás, arrendarás o explotarás y sacarás mucha plata". GHERSI, Enrique. *Quién es dueño del subsuelo*. En: <http://enfocaderecho.com/%C2%BFquien-es-el-dueno-del-subsuelo/>. En resumen, la "solución" estaría en entregar la propiedad del subsuelo a las comunidades, estas podrían negociar la explotación con las mineras y todos felices y ricos. Se evidencia la parcialidad de esta propuesta, olvidando el análisis de factores culturales y constitucionales.

al mercado y la mayor regulación de este se condice con una idea: "Estar sometidos a control en nuestra actividad económica significa estar siempre controlados si no declaramos nuestro objetivo particular"⁴.

Lo cierto es que, en un país pluricultural como el nuestro, las tesis sobre eficiencia no deben ser tomadas en sentido absoluto. Tenemos otros 'valores objetivizados' que merecen ser evaluados a la hora de acordar decisiones que beneficien a unos o afecten a otros (por más que sean mayorías o minorías, evitando caer en un juego utilitarista).

En este orden de ideas, han surgido pensamientos que buscan reivindicar las formas de organización diferente a la estatal y/o la 'occidental'. Es el llamado pluralismo jurídico. Vinculado este con el pluralismo cultural, característico en nuestro país, se muestra a las normas que rigen en la comunidad nativa como una forma diversa de organización jurídica, de entender sus Instituciones, de entender la propiedad y de regular a esta dentro de su competencia.

Finalmente, la Constitución no es una carta cerrada de derechos. La regulación de las comunidades nativas no se agota en lo señalado por las disposiciones 'positivizadas' en nuestra Carta Magna. Son precisas las decisiones del Tribunal Constitucional y de los Tribunales Internacionales. Esperamos contribuir a una mejor interpretación del régimen de la propiedad comunal en nuestro país.

1. La propiedad comunal, más allá de la bipartición 'propiedad privada-colectiva'

Normalmente, se suelen contraponer dos conceptos: propiedad privada y propiedad colectiva⁵. Es, en la actualidad, la primera, "el derecho real por excelencia"⁶. El titular de dicho derecho puede excluir a los demás del disfrute

4 HAYEK, F. A. *Camino de servidumbre*. Biblioteca Libertad. Traducción al español de Carlo A. Caranci. España, p. 47.

5 Se dice que, aunque actualmente nos rijamos por un sistema de propiedad privada, en un comienzo "el derecho de propiedad y otros derechos reales no se atribuían por cabeza a los individuos, sino de modo indiviso a la familia o a otras comunidades superiores (municipio)". HEDEMANN, Justus Wilhem. *Derechos Reales*. Vol. II. Versión española y notas de José Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1955.

6 DIEZ- PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*; Vol. III. Editorial Tecnos, 5ta ed. 1990, p. 51.

y hacer ‘lo que quiera’ con el bien, siempre que no afecte a otros⁷. Esto no sucedería en un sistema de propiedad colectiva. El propietario no podría excluir a terceros de los bienes que posee. Vale preguntarse, ¿qué pasa si la propiedad comunal se subsume en uno de estos grupos? La respuesta es negativa. El fundamento de la propiedad comunal es otro⁸.

El debate no está en si la propiedad es totalmente colectiva o no. Como veremos más adelante, actualmente, la propiedad comunal campesina o nativa no se entiende como una meramente colectiva. Las investigaciones antropológicas en el Perú han demostrado que si bien la propiedad comunal es en principio colectiva, hay rastros de usufructos o provechos personales. Ello no es óbice para su protección, pues esta se vincula a la dignidad de los comuneros, influenciando en su forma de ver el mundo, su identidad cultural, su libertad, etc.⁹ El tema, entonces, escapa a la bipartición clásica de propiedad privada-colectiva. Asimismo, tenemos que diferenciar la propiedad colectiva de los bienes de acceso abierto.

2. Propiedad, eficiencia y comunidades nativas

Como dijimos, es común en nuestro medio pregonar que la propiedad privada es la forma más eficiente de asignación de recursos. La propiedad colectiva estaría condenada a la ‘ineficiencia’, normalmente por tres razones, que son resumidas desde un enfoque crítico por Elinor Ostrom:

- 7 Por otro lado, la mayor protección de la propiedad privada está íntimamente relacionada con el fin del feudalismo, la alborada del capitalismo y el pensamiento liberal de mercado. GONZALES BARRÓN, Gunther. *Tratado de Derechos Reales*. T. I. Jutistas Editores. 3ª edición. Lima. 2013. P. 727. Subyace a este razonamiento la anhelada seguridad jurídica y/o económica (razonamiento vinculado con el pensamiento monista del Derecho, como veremos).
- 8 Así el Tribunal Constitucional “recuerda que la propiedad comunal de los pueblos indígenas no puede fundamentarse en el enfoque clásico de “propiedad” sobre el que se basa el Derecho Civil. Para los pueblos indígenas la tierra no constituye un mero bien económico, sino un elemento fundamental con componentes de carácter espiritual, cultural, social, etc. (...)” EXP. N° 00024-2009-PI, numeral 18. (subrayado nuestro). En la misma línea, la CIDH ha señalado: “(...) Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastitngni vs. Nicaragua. Numeral 149.
- 9 Como se ha dicho: “Por vía de esta conciencia histórica, se establecen una serie de vínculos con la tierra y el territorio que se ocupa, de tal manera que muchas veces es indisoluble de la identidad del grupo comunero”. DIEZ, Alejandro. *Interculturalidad y comunidades: Propiedad colectiva y propiedad individual*. En: <http://www.cepes.org.pe/debate/debate36/Diez.pdf>, p. 72.

- 1) Porque nadie posee el producto de un recurso hasta que ellos son capturados y todos se comprometen en una carrera improductiva para capturar esos productos antes que otros lo hagan.
- 2) Los altos costos de transacción y ejecución esperados si los propietarios comunales fuesen a intentar crear normas estratégicas para reducir las externalidades de su mutuo sobreuso.
- 3) La baja productividad por falta de incentivos¹⁰.

No obstante, la premio Nobel de economía menciona que ello no es pacífico. El tema es discutido actualmente¹¹.

La verdad de las cosas es que en la actualidad argumentos como la famosa tragedia de los comunes no tienen asidero. Sin embargo, el estudio de ello amerita una amplitud mayor en el trabajo¹². Por ahora, nos limitaremos a señalar que aun si la propiedad privada fuese la más eficiente (lo cual, como ya dijimos, es muy discutido), ¿ello nos lleva a defender que todo (o lo escaso) debe ser privatizado y/o liberalizado? Una respuesta afirmativa olvidaría que en una sociedad democrática existen derechos fundamentales que limitan todo exceso de poder. ¿La eficiencia justifica su privatización a costa del valor cultural de dicha comunidad?

10 OSTROM, Elinor. *Private and Common property rights*. En: Encyclopedia of Law & Economics. 2000. Virtual: <http://encyclo.findlaw.com/2000book.pd>, p. 335.

11 En sede nacional se han dado algunos ejemplos, se dice que los vecinos del agricultor que ha invertido en producir el maíz se llevarían el maíz sin que este pueda hacer nada. Así “no habrá ningún incentivo para volver a sembrar y el campesino abandonará la agricultura”, así como una de sus conclusiones se dice que “la propiedad se considera como una necesidad en aquellos bienes considerados escasos”. Bullard. “Un Mundo sin Propiedad”. Op. Cit, p. 134. Dicha postura, dicho sea de paso, se remonta a la popular *tragedy of the commons* de Garrett Hardin. Postura que ya ha sido criticada por Elinor Ostrom, se puede revisar: OSTROM, Elinor. *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. Traducción de Corina de Iturbide Calvo y Andriana Sandoval. Fondo de cultura económica. UNAM. México. 2009.

12 En realidad, las defensas en sede nacional a la superioridad de la propiedad privada se han basado en una comparación meramente funcionalista. Para las críticas a esto, un trabajo reciente de Merino Acuña puede ser de gran utilidad. MERINO ACUÑA. Roger. *Descolonizando los Derechos de propiedad. Derechos indígenas comunales y el paradigma de la propiedad privada*. En: Boletín mexicano de Derecho comparado. N° 141. 2014. Virtual: biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/141/art4.pdf

Es que, en realidad, en un marco democrático no importa si la propiedad privada es la más eficiente o no. Lo que es preciso evaluar es si por dicha eficiencia es válido cometer abusos y dejar de lado los derechos fundamentales de las personas. Así, los derechos fundamentales se constituirían como un límite a la mera eficiencia (con corte de darwinismo social: solo los más fuertes [productivos] sobreviven en el mercado)¹³.

3. El pluralismo jurídico y su papel reivindicador del Derecho no estatal

Tradicionalmente se ha entendido que el Derecho es uno y es el estatal. El discurso monista (que el Derecho solo es el estatal) tiene explicaciones político-económicas. Dicho discurso toma fuerza en el proceso de 'desfeudalización'. En una etapa feudal, hablar de un solo ordenamiento era poco coherente. El señor feudal tenía cierta autonomía jurídica respecto a sus feudos.

Se evidencia así que la liberalización de la propiedad, capitalismo y monismo están vinculados. En una sociedad que requiere más eficiencia, la seguridad jurídica y económica prima y esta no se puede encontrar en un sistema pluralista. En contra de esas visiones unilaterales del Derecho, surge el pluralismo jurídico. Como se señala "se acuñado el término de Pluralismo Jurídico para designar formas de regulación social paralelas que, en muchos casos, compiten o inhiben la aspiración de monopolio del derecho en cabeza del aparato estatal"¹⁴. Veamos las principales tendencias:

13 Tener en cuenta que una exposición meramente 'eficientista' nos conllevaría de la tragedia de los comunes a lo que se ha llamado tragedia de los privados, donde al manejarnos por las redes de la oferta y la demanda llegaríamos a lo que Ferrajoli llama 'absolutismo de mercado'. FERRAJOLI, Luigi. Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado. Traducción al castellano de Miguel Carbonell. En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/349/8.pdf>, p. 104. Esto, no obstante, no niega la importancia que pueda tener las competencias blandas o similares. El punto está en evitar abusos de los grupos de poder (estatales o privados).

14 ARDILA AMAYA, Edgar. *Pluralismo jurídico: Apuntes para el debate*. En: El otro Derecho N° 26-27. Bogotá-Colombia, 2002, p.50.

4. Tipos de Pluralismo¹⁵

Como ha mencionado el profesor Antonio Carlos Wolkmer: “El tema del pluralismo atraviesa diferentes etapas de la historia occidental, en los mundos medieval, moderno y contemporáneo”¹⁶. Así, el pluralismo jurídico “designa la existencia de más de una realidad, de múltiples formas de acción práctica y de la diversidad de campos sociales con particularidad propia, o sea, envuelve el conjunto de fenómenos autónomos y elementos heterogéneos que no se reducen entre sí”.¹⁷ El campo del pluralismo jurídico es amplio y las diversas formas de clasificarlo también. Nosotros seguiremos el criterio de Ariza y Bonilla.

4.1 Colonialismo y post- colonialismo

Para entender las posturas colonialistas y poscolonialistas nos tenemos que remontar a las invasiones europeas. Se produce el encuentro entre dos Derechos ya formados: El Derecho europeo y el latinoamericano. “En el espacio colonial se verifica la coexistencia de dos formas de ver el mundo, cada una de las cuales posee su propia cultura y, por lo tanto, su propio *derecho*”¹⁸.

El Derecho latinoamericano sería relegado al grado de ‘costumbre’, encontrándose en un grado inferior al Derecho europeo que devendría en Derecho del Estado. Por ello, desde la perspectiva colonialista y poscolonialista hay diferenciación y competencia de dos Derechos dentro del mismo espacio¹⁹. Así “cada uno de los dos tipos de derecho es ubicado dentro de una relación binaria y jerárquica en la que uno pretende suplantar al otro siendo, por naturaleza, antes inconmensurables en tanto reflejan mundos distintos”²⁰.

15 ARIZA Y BONILLA. *El Pluralismo Jurídico: Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico*. En: Pluralismo Jurídico, Brian Tamanaha, Sally Engle Merry and John Griffiths. Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes - Instituto Pensar, 2007. Versión online: <http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Estudiopreliminar-ArizayBonilla-VersionparaAngel.pdf>, p. 17-25.

16 WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: *Nuevo marco emancipatorio en América Latina*. En: Derecho y sociedad en América Latina. ILSA. Bogotá – Colombia. 2003 p. 249.

17 WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. Editora Alfa omega. São Paulo. Brasil. 3ª Edición. 2001, pp. 171 y 172.

18 ARIZA Y BONILLA. *Ibíd.* 18.

19 ARIZA Y BONILLA. *Ibíd.* 21.

20 ARIZA Y BONILLA. *Ibíd.* 21.

En cuanto a la etapa poscolonial, cabe resaltar la utilidad del término colonialidad, si bien las relaciones jurídico coloniales se modificaron, las estructuras de poder implantadas por el colonialismo se mantuvieron. Así, se puede explicar problemas como el de la discriminación por raza, género, etc.²¹

4.2 El nuevo pluralismo jurídico

Se ha señalado que “como en la situación colonial, también hoy estos dos órdenes (transnacional y local) se presentan formalmente separados (en la competencia, en el poder, en la jurisdicción), pero revelan en realidad profunda interacción, que el concepto de pluralismo jurídico está en grado de explicar”²². Este pluralismo se encuentra en el contexto de la globalización. Ya no se encajaría en el mero contexto colonial. “Sobre un territorio independiente y soberano interactúan evidentemente dos dominios político- jurídicos, aquel local y aquel transnacional”²³.

Inclusive se ha señalado que en esta nueva faceta “el pluralismo jurídico se encuentra virtualmente en todas las sociedades, sin importar si tienen o no un pasado colonial”²⁴ y que “se centra, básicamente, en atacar y rechazar la suposición de que el derecho es el derecho que tiene su origen en el Estado, que es sistematizado y aplicado por operadores jurídicos especializados y que, finalmente, cuenta con un tipo de racionalidad formal-instrumental que le es característica”²⁵. Asimismo, ya no se trataría de dos ordenamientos totalmente diferenciados, sino que hay interacción entre ambos Derechos²⁶.

21 Como se sabe, el término *colonialidad* es aporte del profesor Aníbal Quijano. Sobre su pensamiento ver: QUIJANO, Anibal. *Cuestiones y horizontes (antología esencial)*. CLACSO. Buenos Aires, 2014.

22 PES, Luca Giuseppe. *Il Pluralismo Giuridico*. Versión online en: <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theorie-droit/memoires/pesmemoir.pdf>. 2003, p. 192.

23 PES, Luca Giuseppe. *Ibid.* 194.

24 ARIZA Y BONILLA. *Op. Cit.*, p. 22.

25 ARIZA Y BONILLA. *Ibid.* 23.

26 “A diferencia del pluralismo jurídico clásico, no concibe los distintos ordenamientos jurídicos como entidades separadas que pueden llegar a tocarse en algunos puntos de influencia, buscando mantener su identidad propia. Por el contrario, sostiene que existe relaciones de intersección, mezcla e interrelación entre los distintos sistemas jurídicos presentes en un espacio social determinado”. ARIZA Y BONILLA. *Ibid.* 24 y 25.

5. Propiedad comunal y el pluralismo jurídico- cultural

Una pregunta con la que debemos empezar es si la propiedad comunal es una de carácter eminentemente colectivo. Es decir, si no hay ningún tipo de manifestación de un disfrute privado de los bienes de la comunidad o si, por el contrario, hay manifestaciones de ella. Asimismo, cuál es la situación de la comunidad frente al mercado. Esto es relevante para no distorsionar el objeto de estudio.

Como bien se ha dicho: “Las investigaciones sobre las comunidades han pasado por distintas etapas y visiones. Desde aquellas románticas en donde se tenía una concepción idealista de la comunidad, que era vista como un conjunto de individuos que se desenvolvían al margen del mercado, desarrollando una economía de subsistencia en donde reinaba la colectividad y reciprocidad, hasta aquellas en las cuales se desmitifican algunas concepciones que se tenían, presentando a la comunidad como un conjunto de individuos que no se encuentran alejados del mercado y que, por el contrario, interactúan en él”²⁷.

Dentro de las investigaciones antropológicas se ha dicho que, aunque la regulación de la propiedad comunal es formalmente colectiva, la realidad es diversa²⁸, resaltándose que “en cuanto a la propiedad comunal de las comunidades campesinas, hemos visto que los trabajos de campo realizados han demostrado que si bien es cierto existe una propiedad colectiva del territorio considerado comunal, esto no quiere decir que no existan parcelas ni usufructos individuales explotados por los comuneros y sus respectivas unidades domésticas”²⁹.

Por ello, aunque en principio la propiedad comunal es de carácter colectivo, hay rasgos de carácter privado que no deben escapar a los ojos del Derecho

27 QUIÑÓNEZ ORÉ, Daniel. *Propiedad y organización comunal en las comunidades campesinas del Perú. Un análisis crítico*. En: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=daniel_quinonez, p. 1.

28 “En la tenencia familiar de las tierras existen importantes diferencias. En una misma comunidad (caso Huayllay) se puede poseer dos o 18 parcelas, lo que se expresa en siete hectáreas y un décimo de hectárea. A estas diferencias hay que añadir que existen también pobladores que no poseen tierras y que trabajan ofreciendo su fuerza de trabajo en chacras de otros comuneros (...). EGUREN, Fernando; DEL CASTILLO, Laureano; BUERNEO Zulema. *Los derechos de propiedad sobre la tierra en las comunidades campesinas*. En: Economía y Sociedad. CIES. Versión online: <http://www.landcoalition.org/sites/default/files/publication/792/71-eguren-castillo-burneo.pdf>, p. 31. Incluso se ha dicho que “las comunidades campesinas son culturalmente poblaciones mestizas, con clases sociales o económicas desarrolladas. Las comunidades están bastante estratificadas, e incluso se puede apreciar en ellas una división de clases sociales”. URRUTÍA, Jaime. *Cambios y permanencias comunales en medio siglo: Visita a un texto olvidado*. En: Debate Agrario N° 35. Lima, p. 188.

29 QUIÑÓNEZ ORE, Daniel. Op. Cit., p. 7.

para una mejor regulación y desarrollo de la cultura de dichas comunidades³⁰. Es así que el pluralismo jurídico 'moderno' es el que vale aplicar en estos casos, dependiendo del supuesto. La propiedad comunal no es ajena a la globalización ni al mercado, aun manteniendo, como ya dijimos, su carácter en principio colectivo.

Ahora bien, el que existan rasgos de provecho personal en la propiedad comunal no es óbice para su protección, pues el fundamento de esta es la dignidad del comunero en vinculación con su cultura y no si su propiedad es totalmente colectiva o no. Más bien, estos puntos deben de tomarse en cuenta para una mejor regulación de las normas sobre propiedad comunal.

6. El registro frente a la propiedad comunal: Más allá de la seguridad jurídica

Como bien se sabe, hay una tendencia al registro de la propiedad comunal³¹. Siguiendo las razones subyacentes de la propiedad privada, se busca la seguridad jurídica. Cabe preguntarse, cuáles son los requisitos *sine qua non* para la protección de la Comunidad Nativa a través de la existencia registral³². La CIDH ha dicho: "(...) la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro"³³.

En esta línea se han dado los presupuestos para la inscripción de una comunidad nativa: Bastará la posesión. Incluso, antes de su inscripción, tienen la pro-

30 Se ha señalado que "las leyes y reglamentos estatales no son conocidas por las comunidades y, en la práctica, se aplican normas que poco tienen que ver con las normas legales. Se requiere, por tanto, hacer una revisión y actualización completa de la legislación relacionada con las comunidades campesinas, en especial lo relativo al uso y al aprovechamiento de las tierras comunales, contando con los aportes del pluralismo jurídico". EGUREN, Fernando; DEL CASTILLO, Laureano; BUERNEO Zulema. Op. Cit., p. 37.

31 Así, en nuestro país tenemos la Directiva N° 10-2013-Sunarp/SN. En donde se toma como acto inscribible 'el reconocimiento' de la Comunidad Nativa. A partir de ello, la Comunidad Nativa adquiere personalidad jurídica, lo cual no tiene nada de negativo, pero no debe llevarse al extremo, pensando que solo tienen protección las comunidades inscritas en el registro.

32 Nuestro Tribunal Constitucional ha explicado que "(...) como ha indicado la Corte Interamericana, la posesión tradicional resulta equivalente al título de pleno dominio otorgado por el Estado, por lo que los indígenas tienen el derecho a exigir el reconocimiento oficial de su propiedad y su registro. (...) (subrayado nuestro). EXP. N° 00024-2009-PI, numeral 20.

33 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni vs. Nicaragua. Numeral 151.

tección del ordenamiento jurídico, como veremos más adelante. Recordemos que son 2 planos jurídicos-culturales los que encontramos aquí. Un formalismo 'estatal' no puede limitar dicha protección. Esto se puede complicar más frente a terceros que 'registralmente tienen propiedad privada sobre las tierras' o que han adquirido las tierras 'abandonadas' de buena fe.

7. ¿Abandono y adjudicación para su venta? Intentos de liberalizar la propiedad comunal³⁴

A diferencia de la Constitución de 1979, nuestra actual Constitución ha establecido que "las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta". No obstante, la Ley 26505 (Ley de Tierras) reduce en su art. 5 el supuesto de hecho a las tierras entregadas en concesión a terceros.³⁵ Consideramos que esto es parte de la política 'eficientista' que tiende a la liberalización de la propiedad comunal. El razonamiento es que las tierras abandonadas son tierras que no producen, ergo se deben 'privatizar' para generar riqueza a través de su explotación.

Preguntémonos, ¿cuáles son las razones para que una comunidad abandone sus tierras?, ¿por mero capricho? Por supuesto que no. Al respecto, tenemos los casos de las comunidades Yakye Axa y Sawhoyamaxa. Como bien se ha dicho, estos dos casos se "ubican en el contexto del desplazamiento interno de comunidades indígenas de sus tierras tradicionales que se vieron en la necesidad de abandonarlas como consecuencia de la marginación social y la extrema pobreza; en ambos se plantea, con crudeza, la cuestión del derecho de retorno como condición para una vida digna y para la preservación de la identidad cultural. En ellos se reclama la no devolución oportuna de tierras ancestrales y se establecen criterios importantes sobre la solución de contradicciones entre la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular"³⁶.

34 Artículo 88°. "(...)Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta". (subrayado nuestro).

35 Ley 26505 (Ley de Tierras): "Art. 5. El abandono de tierras, a que se refiere el Artículo 88° segundo párrafo de la Constitución Política del Perú, sólo se refiere a las tierras adjudicadas en concesión por el Estado, en los casos de incumplimiento de los términos y condiciones de aquella", lo que es redundante, pues el art. 88 de la Constitución, contextualizada, ha sido pensada para en caso de las concesiones. Lo que más bien aclara ello, es el carácter favorable hacia una política proconcesionaria.

36 DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. *Los aportes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la configuración del derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas*. En: <http://www.>

De allí que se haya señalado por la CIDH: “De conformidad con el artículo 2 de la Convención deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. *Los Estados deberán establecer dichos procedimientos a fin de resolver los reclamos de modo que estos pueblos tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras. (...)*”³⁷

Una pregunta sería, entonces, ¿cómo interpretar el art. 88 de la Constitución?, ¿se trataría de una norma inconstitucional, no obstante, regulada por la Constitución? Usando el criterio de la ‘concordancia práctica’ se evita el sacrificio de las directrices constitucionales.³⁸ Entonces, la *fattispecie* debe ser reducida para salvar la norma. Se deben evaluar los casos en los que el Estado esté legitimado para vender las tierras comuneras y aquellos en los que no. Así, el abandono de la comunidad por perturbación de terceros (como empresas) o por causas de pobreza por la mala gestión del Estado, no sería aplicable el art. 88.

8. Propiedad Comunal, recursos naturales y empresas

El papel de la comunidad nativa tiene un rol importante respecto a la conservación del medio ambiente³⁹. En cuanto a los recursos naturales se ha dicho: “El convenio núm. 169 dispone, como principio, que los pueblos indígenas tienen derecho a los *recursos naturales existentes en sus tierras*, que comprenden el derecho a *participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos*. La excepción al principio general ocurre en los casos en los que la propiedad de los minerales, de los recursos del subsuelo o de otros recursos recae en el Estado”⁴⁰.

law.yale.edu/documents/pdf/sela/Del_Toro_Spanish.pdf.

37 El subrayado es nuestro. *Yakye Axa vs. Paraguay*. Numeral 102. Así se ha dicho que“(...) 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas. El presente caso se encuadra dentro del último supuesto”. *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Numeral 218.

38 EXP. N° 5854-2005-PA/TC. (Numeral 12).

39 Se ha señalado que “se estima que son las comunidades con redes consolidadas de intercambio de semillas las que se encuentran en mejores condiciones de enfrentar el cambio climático, en comparación con comunidades con redes débiles o dispersas”. LAPEÑA. Isabel. Dicen que somos el atraso. Propiedad comunal y agrobiodiversidad en el Perú. Cuaderno de Investigación N°5. SPDA (Sociedad Peruana de Derecho Ambiental). Lima. 2012, p. 18.

40 Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender el convenio sobre pueblos indígenas y

Esto se relaciona en gran forma con la actividad empresarial del sector privado. Se deberán tomar en cuenta las normas internacionales que protegen a la comunidad. Ello para no afectar la 'seguridad jurídica'. Por ello, se dice que "al actuar conforme con los principios del convenio, los actores del sector privado benefician a la seguridad jurídica, de la legitimidad, del establecimiento de alianzas y de la sostenibilidad".⁴¹ Esto se condice con los efectos horizontales de las normas constitucionales, estableciendo deberes para el sector privado frente a otros privados y no solo para el Estado.

9. Conclusiones

1. En la doctrina, se apuesta por la propiedad privada, frente a la colectiva, como la forma más eficiente de asignación de recursos. Así, en nuestro medio, se ha dado una tendencia hacia salidas 'eficientes'. El régimen de la propiedad comunal no ha sido ajeno a dicha tendencia. Asimismo, se resalta que la protección de la propiedad comunal escapa a la clasificación bipartita 'propiedad privada-colectiva'. El fundamento de ella está en la identidad cultural que se manifiesta en la vinculación del comunero con la tierra, más allá de si la propiedad indígena es totalmente colectiva o no.
2. Los argumentos a favor del 'eficientismo' no son suficientes para afectar los derechos fundamentales de los comuneros. Ello olvidaría que en un Estado de Derecho existen diversos 'valores objetivizados' que deben respetarse evitando las decisiones unilaterales. Aun así, se sigue discutiendo si en verdad la privatización es la salida más eficiente en el campo económico o si ella corresponde más a intereses políticos de ciertos grupos favorecidos por dicha privatización.
3. El pluralismo jurídico surge como discurso que buscar designar y aceptar formas diversas de organización normativa a la Estatal, de allí que se permita a la comunidad nativa que pueda regular su 'Derecho' dentro de su competencia. Así, se dará un régimen a la propiedad comunal, régimen

tribales. 1989. Número 169. En: http://www.asamblea.gob.ni/stp-pia/Convencion2_In.pdf. 2013, p. 22

41 Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender el convenio sobre pueblos indígenas y tribales. 1989. *Ibíd.*, p 25.

que será diverso a la visión tradicional de propiedad que se ha tenido. Asimismo, se debe distinguir a la propiedad comunal de la del régimen de acceso abierto.

4. Aunque, en principio, la propiedad comunal sea de carácter colectivo, se ha evidenciado a través de los trabajos antropológicos que hay disfrutes personales así como usufructos dentro de la comunidad. No obstante, dejado de lado la visión 'idealista' de propiedad comunal, ello no es óbice para su protección, pues, como se dijo, el fundamento de esta no recae en si el régimen es o no absolutamente colectivo, sino en la especial vinculación del comunero con la tierra que viene implicada en su identidad, libertad religiosa, etc., ello en búsqueda de optimizar la dignidad del comunero. Así, más que una excusa para su desprotección, ello contribuye a comprender mejor la realidad comunal para una mejor regulación.
5. Tenemos la 'formalización' de la propiedad comunal a través de la inscripción registral como una clara muestra de la búsqueda de una 'mayor seguridad jurídica'. Como se ha señalado por parte del TC y la CIDH, la posesión (de carácter tradicional) es suficiente para inscribirse en dicho registro. No obstante, la posesión de las tierras no es requisito necesario para que la comunidad exija sus derechos, existiendo la posibilidad de 'reivindicar' dichas tierras en posesión de terceros. Por lo tanto, la inscripción registral no es un requisito sine qua non para la protección de la propiedad comunal (es declarativa y no constitutiva).
6. Una clara manifestación de la política 'eficientista' es lo estipulado en el artículo 88°, que regula una 'venta de las tierras abandonadas'. Como se ha explicado, a partir de lo señalado por la CIDH, la posesión no es un requisito necesario que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras. El Estado tiene el deber de crear mecanismo para facilitar la recuperación de las tierras que los comuneros han perdido por razones de fuerza mayor (como la extrema pobreza o la perturbación de su ambiente por las políticas empresariales). Así, en uso del criterio interpretativo de la 'concordancia práctica', el supuesto de hecho de la norma debe reducirse. Se deben evaluar los casos en los que el Estado esté legitimado a vender las tierras abandonadas por las comunidades.

7. Finalmente, se ha resaltado la importancia de las comunidades nativas respecto a la conservación de los recursos naturales. Ellas tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. De allí, el deber del Estado y de las empresas privadas de tomar en cuenta dichos criterios para que no se afecten la 'seguridad jurídica-económica' y, especialmente, el bienestar de la comunidad nativa.

Bibliografía

ARDILA AMAYA, Edgar. Pluralismo jurídico: apuntes para el debate. En: El otro Derecho N° 26-27. Bogotá- Colombia. 2002.

ARIZA Y BONILLA. El Pluralismo Jurídico: Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico. En: Pluralismo Jurídico, Brian Tamanaha, Sally Engle-Merry and John Griffiths. Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes - Instituto Pensar, 2007.

BULLARD, Alfredo. Un Mundo sin Propiedad. En: Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho N° 45. Lima. 1991.

DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. Los aportes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la configuración del derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas. En: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Del_Toro_Spanish.pdf.

DIEZ- PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil; Vol. III. Editorial Tecnos, 5ta ed. España. 1990.

DIEZ, Alejandro. Interculturalidad y comunidades: Propiedad colectiva y propiedad individual. En: <http://www.cepes.org.pe/debate/debate36/Diez.pdf>.

EGUREN, Fernando; DEL CASTILLO, Laureano; BUERNEO Zulema. Los derechos de propiedad sobre la tierra en las comunidades campesinas. En: Economía y Sociedad. CIES.

FERRAJOLI, Luigi. Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado. Traducción al castellano de Miguel Carbonell. En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/349/8.pdf>.

HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. En: Science, New Series, Vol. 162, N°. 3859. 1968.

GHERSI, Enrique. Quién es dueño del subsuelo. En: <http://enfocodederecho.com/%C2%BFquien-es-el-dueno-del-subsuelo/>.

GONZALES BARRÓN, Gunther. Tratado de Derechos Reales. T. I. Jutistas Editores. 3ª edición. Lima. 2013.

HAYEK, F.A. Camino de servidumbre. Biblioteca Libertad. Traducción al español de Carlo A. Caranci. España. <http://www.elcato.org/bibliotecadelalibertad/camino-de-servidumbre-html>.

HEDEMANN, Justus Wilhem. Derechos Reales. Vol. II. Versión española y notas de José Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1955.

LAPEÑA, Isabel. Dicen que somos el atraso. Propiedad comunal y agrobiodiversidad en el Perú. Cuaderno de Investigación N°5. SPDA (Sociedad Peruana de Derecho Ambiental). Lima. 2012.

MANUAL PARA LOS MANDANTES TRIPARTITOS DE LA OIT. Comprender el convenio sobre pueblos indígenas y tribales. 1989. Número 169.

MERINO ACUÑA, Roger. Descolonizando los Derechos de propiedad. Derechos indígenas comunales y el paradigma de la propiedad privada. En: Boletín mexicano de Derecho comparado. N° 141. 2014. Virtual: biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/141/art/art4.pdf

OSTROM, Elinor. El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva. Traducción de Corina de Iturbide Calvo y Andriana Sandoval. Fondo de cultura económica. UNAM. México. 2009.

OSTROM, Elinor. Private and Common property rights. En: *Encyclopedia of Law & Economics*. 2000. Virtual: <http://encyclo.findlaw.com/2000book.pdf>

PES, Luca Giuseppe. Il Pluralismo Giuridico. Versión online en: <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/memoires/pesmemoir.pdf>. 2003.

QUIJANO, Anibal. Cuestiones y horizontes (antología esencial). CLACSO. Buenos Aires, 2014.

QUIÑONEZ ORÉ, Daniel. Propiedad y organización comunal en las comunida-

des campesinas del Perú. Un análisis crítico. En: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=daniel_quinonez.

URRUTÍA, Jaime. Cambios y permanencias comunales en medio siglo: Revisita a un texto olvidado. En: Debate Agrario N° 35. Lima.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: Nuevo marco emancipatorio en América Latina. En: Derecho y sociedad en América Latina. ILSA. Bogotá – Colombia. 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura do Direito. Editora Alfa omega. São Paulo. 3ª Edición. 2001.

Casos

EXP. N° 5854-2005-PA/TC. En:
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-aa.html>.

EXP. N° 0022-2009-PI/TC.
En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>

EXP. N° 00024-2009-PI.
En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00024-2009-AI.html>.

EXP. N° 01126-2011-HC/TC.
En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01126-2011-HC.html>.

Caso Sawhoyamaya vs. Paraguay.
En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

Caso Yakye Axa vs. Paraguay.
En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf.

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni vs. Nicaragua.
En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf.

La humanidad del cambio climático

Antonio Zambrano Allende¹

En el Perú, difícilmente se puede hablar de alguna característica nacional que no esté profundamente relacionada con su posición y desarrollo geográfico. En su superficie, que bordea los 1'285,000 Km², se encuentran 84 de los 114 microclimas del planeta, marcados por la cordillera de los Andes y los ocho pisos altitudinales que se desarrollan a partir de ella. La presencia de esta cadena montañosa ha significado la adaptación del ser humano a una enorme variedad de espacios y condiciones, lo que hace imposible pensar el territorio peruano sin entenderlo a él mismo como el espacio en el que el ser humano interactúa con la naturaleza. Y, en ese proceso, construye las dimensiones sociales, políticas, económicas, ideológicas y culturales que la definen.

En ese sentido, no es posible entender los problemas nacionales de su coyuntura sin hacer una lectura detallada de su territorio y de las interacciones que ocurren entre sus pueblos y el ambiente que los rodea, así como las externalidades que nos definen en el mundo como un país dependiente y exportador de materias primas.

Por esto, es importante iniciar diciendo que, para efectos de este artículo, el determinante principal del medio ambiente en el mundo, hoy, es el Fenómeno del Cambio Climático y que, al mismo tiempo, el Cambio Climático, entendido como fenómeno humano, es definido por el Panel Intergubernamental de Cambio Climático - IPCC como aquella modificación identificable y persistente en el tiempo que se da en el clima, y aunque este puede deberse a causas naturales, de acuerdo a los científicos, el que vivimos en nuestro tiempos presenta un 95% de probabilidades de tener a la influencia humana como causa domi-

1 Polítólogo., Coordinador Nacional del Movimiento Ciudadano frente al Cambio Climático – MOCICC

nante². Es decir, entendemos al cambio climático como un fenómeno antropogénico.

1. Impactos del cambio climático

Nuestro país no es ajeno al proceso mundial de Cambio Climático sino que, por el contrario, en los últimos años, ha desarrollado impactos visibles en diferentes aspectos, dentro de los cuales cabe resaltar tres en particular que influyen a gran escala todo el país: el retroceso glaciar, el aumento de la frecuencia e intensidad del Fenómeno del Niño, la elevación del nivel del mar³.

1.1 Retroceso glaciar

El 71% de los glaciares tropicales del mundo se encuentran ubicados en nuestro país y alimentan de agua tanto a la vertiente del Pacífico como a la Cuenca Amazónica.

Por efecto del calentamiento global, que representa hoy apenas 0.89 °C por encima del promedio de la temperatura histórica del planeta, se ha descongelado ya, en los últimos 30 años, alrededor del 22% de toda la masa glaciar. Esto es alrededor de 7,000 millones de metros cúbicos de agua, lo cual representa aproximadamente 10 años de abastecimiento de agua potable para la ciudad de Lima.

Siendo el agua de río una de las principales fuentes de riego y de agua potable de nuestro país, se prevé que en los próximos años el stress hídrico afecte sensiblemente las ciudades, así como la vida en el campo y las zonas agrícolas.

Por otro lado, no hay que pasar por alto que buena parte de nuestro Sistema Eléctrico Interconectado Nacional - SEIN es abastecido por hidroenergía, es decir, que un porcentaje que supera el 30% de la electricidad que se genera en nuestro país depende de la presencia de agua en los ríos durante todo el año.

2 Quinto informe de evaluación del IPCC, noviembre 2014. ONU – PNUMA

3 El Cambio Climático y Sus Efectos en el Perú – Julio 2009 – Paola Vargas – Banco Central de Reserva del Perú – Lima

Por esto, los proyectos de infraestructura hidroeléctrica que se desean implementar en nuestra Amazonía, para las próximas décadas, no solamente afectarían enormemente la biodiversidad y las poblaciones en la cuenca amazónica, con la construcción de represas y estancamiento de sus aguas, sino que es altamente probable que no cumplan sus expectativas de producción energética a mediano plazo. Este factor estimulará aún más el debate de los próximos años sobre si seguir extrayendo combustibles fósiles para ser quemados en termoelectricas es un 'buen negocio, de la forma como lo hacemos hoy con el gas de Camisea, o, por el contrario, apostamos de una manera decidida por energías renovables no convencionales, como la solar y eólica para el futuro de nuestro país y el bienestar de su población.

1.2 El aumento de la frecuencia e intensidad del Fenómeno del Niño

El también llamado FEN es de lejos el fenómeno climático más importante de nuestro país que golpea fuertemente a nuestra economía y sociedad. Es sabido que el que aconteció entre 1997 – 1998 afectó profundamente las economías locales de gran parte del país con efectos particularmente duros en la costa norte, donde representó intensas lluvias e inundaciones, y la pérdida material, que significó alrededor del 5% del PBI de ese año, es decir, un monto equivalente al aporte de 5 años del gas de Camisea a nuestra economía, sin mencionar los desplazamientos, y pérdidas no materiales.

Con el cambio climático y el calentamiento global, se conoce que este fenómeno será cada vez más frecuente, así como es altamente probable que su fuerza aumente. En esa dirección, quizá el daño social más grande y generalizado alrededor de este fenómeno sea tanto la pérdida de zonas de cultivo, por la erosión o inundación de los mismos, así como el desplazamiento forzado que sufren las familias al desmoronarse o colapsar sus viviendas.

1.3 Elevación de nivel del mar⁴

Tanto por el deshielo de los glaciares o la dilatación del agua del mar, así como por la pérdida de la capacidad de retención de agua terrestre de los acuíferos,

4 El Cambio Climático y sus Efectos en el Perú – julio de 2009 – Paola Vargas – Banco Central de Reserva del Perú – Lima

entre algunas otras causas, cambian la elevación de los mares y su grado de penetración en las costas continentales. En el Perú, las proyecciones que genera este fenómeno no son significativas y van entre los 4cm y los 40cm. Esta última cifra es en presencia de un Fenómeno del Niño.

Esto puede implicar, en los próximos años y décadas, la pérdida de masa de fitoplancton y zooplancton, así como la acidificación de los océanos. Además, existe la posible filtración de agua salada, en las aguas subterráneas tierra adentro, causando posibles pérdidas cuantiosas en la agricultura del litoral.

2. El debate global

Todos estos fenómenos son y serán producto del cambio climático generado a gran escala y que afecta con elementos diferenciados a los distintos países. Esta es una evidencia que permite a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático establecer eventos políticos con tomadores de decisiones como la Conferencias de las Partes sobre Cambio Climático – COP para (intentar) tomar acuerdos vinculantes que detengan el fenómeno a niveles tolerables para el planeta y la humanidad.

Las discusiones implican una amplia serie de temas donde priman la mitigación, la adaptación, el financiamiento para las medidas tomadas, y las pérdidas y daños frente al cambio climático. Sin embargo, el tema de los derechos humanos es central para la aproximación global a la defensa de los territorios y las formas de vida que debemos preservar en el futuro inmediato y que, a pesar de los enormes esfuerzos de organizaciones en el mundo, se encuentra ingresando a los espacios de debate con suma dificultad.

Y aunque existe una amplia gama de derechos que serían vulnerables en este contexto, los impactos diferenciados en la vida de la gente y su calidad en nuestra región latinoamericana serían básicamente los siguientes⁵:

Pérdida de agua para consumo humano y agrícola: Para el año 2050, más de 50 millones de personas en la región andina serán víctimas de la pérdida de agua

5 Cambio Climático y Derechos humanos en América Latina – Lara Cushing y Jacob Kopas – AIDA – diciembre de 2011. Pág. 9

para la irrigación, el saneamiento y la energía hidroeléctrica durante las temporadas secas o sin lluvias. Se estima que, ya para el 2025, hasta 77 millones de personas más en América Latina experimentarán estrés hídrico debido al cambio climático, es decir, problemas en el acceso y abastecimiento de agua. Por otro lado, cerca del 90% de la agricultura en la región es estacional y por lluvias. Es decir, no existen métodos de riego tecnificado, por lo tanto, la agricultura es muy vulnerable a los cambios por la precipitación o los aumentos en la erosión del suelo. Así mismo, la erosión de las lluvias generará pérdidas en la tierra y vida de la gente.

El desplazamiento climático: Es quizá el efecto más significativo, ya que tanto las lluvias como los fenómenos extremos han generado que, en los últimos 7 años, en el mundo, cada segundo una persona se haya visto forzada a abandonar su hogar por desastres considerados aún naturales. Solamente, durante el año pasado (2014), 17.5 millones de personas en el planeta sufrieron esta violación de sus derechos por un fenómeno relacionado al clima⁶. No se ha determinado aún el número de personas que podrían verse desplazadas definitivamente a las ciudades en búsqueda de espacios seguros, pero todo indica que este número irá en incremento y relacionado a otras crisis (guerra, crisis económica, etc.), para las próximas décadas.

Al cambiar los regímenes de lluvias e intensificarse los periodos secos y los húmedos, la posibilidad de garantizar la seguridad y soberanía alimentaria de las poblaciones se verá directamente afectada, esto es, la posibilidad de acceder a comida adecuada y el derecho a decidir sobre la misma, con la posibilidad de incrementar la dependencia alimentaria de los grandes centros de producción mundial. De acuerdo a cifras de la FAO, para el 2030, los países en desarrollo importarán anualmente 265 millones de toneladas de cereales para satisfacer su demanda, lo que representa el 14% del total de su consumo⁷. Esto limita la posibilidad de tomar decisiones sobre su producción y su agricultura con serias implicancias para la nutrición y medios de subsistencia.

Tanto en la selva brasileña, como en los bosques mexicanos y chilenos, los incendios forestales han crecido en número, a través de toda la región, hacién-

6 Global Estimates 2015 People displaced by disasters - informe del Observatorio sobre Situaciones de Desplazamiento (IDMC) del Consejo Noruego para los Refugiados (NRC). Julio 2015

7 Agricultura mundial: hacia los años 2015/2030 - Informe resumido – FAO – 2015 – Roma

dose más extensos, intensos y frecuentes. La pérdida de la biodiversidad, la contaminación y la posterior desertificación son algunas de las consecuencias que, al no poderse recuperar, en términos de hábitat natural, en el corto ni mediano plazo, también terminan aportando aún más al fenómeno de migración y desplazamiento humano, al que nos referíamos líneas arriba, sin contar las numerosas muertes humanas que estas suelen traer consigo.

Finalmente, en nuestros territorios, los precarios sistemas de salud fuera de las ciudades y, muchas veces, dentro de ellas hacen que la proliferación y propagación de vectores de enfermedades se den como consecuencia de los fenómenos climáticos intensos. Epidemias como las del dengue o la malaria suelen seguir inmediatamente a las fuertes lluvias e inundaciones, así como también las enfermedades estomacales, las que generan muertes, especialmente en la población neonatal y adultos mayores, así como intensifican la pobreza.

“Se calcula que para el año 2030 que América Latina puede experimentar un crecimiento de hasta el 28% en el riesgo de malaria debido al cambio climático. Los días calientes, las noches calurosas y las olas de calor van en aumento y son la causa de muertes relacionadas con calor. Las temperaturas más altas del aire también exacerban el ozono a nivel del suelo y la contaminación de smog, contribuyendo a la generación de enfermedades respiratorias”⁸.

De acuerdo al libro blanco de defensa⁹ de nuestro país, el territorio posee un perfil geoestratégico en la región, que lo enmarca como un país marítimo, andino, amazónico, bioceánico y con presencia en la Antártida, que tiene en su seno potencialidades políticas y económicas así como retos para la integración física de nuestra infraestructura con nuestros países vecinos. Sin embargo, no se pone en relieve el significado del impacto que representa el cambio climático para la seguridad interna y externa ni los retos de diálogo con los países hermanos para reducir y adaptar nuestros territorios a los impactos futuros, una miopía que podría costar muchas vidas en los próximos años.

8 Cambio Climático y Derechos humanos en América Latina – Lara Cushing y Jacob Kopas – AIDA – diciembre de 2011. Pág. 9

9 Libro Blanco de Defensa – abril de 2005 – Ministerio de Defensa

3. El territorio nacional y el cambio climático

Entendiendo todo lo antes expuesto, podemos percibir la fragilidad del planeta ante la intervención humana. Se sabe que desde la revolución industrial se han desarrollado sectores estratégicos responsables, desde los países del norte geopolítico global, de la mayoría de emisiones de Gases de Efecto Invernadero que se encuentran hoy en la atmósfera. Esta responsabilidad va de la mano con la imposición de un modelo de sociedad y economía que radica en el consumo exacerbado y en la intervención masiva de los territorios. Este es uno de los motivos por el cual existen principios rectores de las negociaciones como el principio de Responsabilidades Comunes, pero Diferenciadas¹⁰, que ponen el acento en la humanidad y el desarrollo de sus economías como responsable histórico común, pero poniendo el acento en las evidentes diferencias en la cantidad de emisiones históricas entre el norte y el sur del planeta.

Y aunque en nuestro caso el fenómeno no dista del resto de países en desarrollo, el boom de precios de los minerales que se desató en los últimos años ha generado un auge sin precedente de megaproyectos y grandes inversiones, que vienen impactando en los territorios de nuestro país de una manera nunca antes vista hasta ahora.

Ya algunas instituciones independientes inician la investigación de las relaciones existentes entre la minería y el cambio climático¹¹ en el Perú, sector que tiene especial influencia en el país al tener más de 18'756,000 hectáreas concesionadas, que representan casi el 15% de todo el territorio nacional y más de 1'722,000 de ellas en plena actividad, según datos oficiales¹².

Esto ha conllevado a que la gran mayoría de los denominados conflictos sociales, que son registrados mes a mes por la Defensoría del Pueblo¹³, sean catalogados como Conflictos Socioambientales, es decir, aquellos procesos de resistencia social a grandes proyectos de inversión que amenazan la vida, salud y medio ambiente de comunidades y grupos sociales determinados. Estos me-

10 Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, 1992 – Pág. 8

11 Las industrias extractivas del Perú y el Cambio Climático Global: Implicancias de la Industria Minera – Edson Placencia – CooperAcción Lima Diciembre 2012

12 Ministerio de Energía y Minas – Dirección general de Minería – Dirección de promoción minera – Información – abril de 2015

13 <http://www.defensoria.gob.pe/>

gaproyectos suelen generar modificaciones profundas sobre la geografía, contaminar su entorno y perjudicar la salud de la población. Sin embargo, quizá el daño más grande que genera es en la cantidad de derechos civiles y políticos que son violados durante el proceso de resistencia que ejercen las poblaciones cuando rechazan estos proyectos una vez que son notificados de la llegada de los mismos.

Es en ese sentido que hoy, de acuerdo a la organización inglesa Global Witness, el Perú es el cuarto país más peligroso del planeta para la vida de las personas que defienden su medio ambiente¹⁴. Ya que no solamente hay muertes en cada gran proceso de resistencia previo al diálogo, sino, al mismo tiempo, una sistemática criminalización de la protesta social y hostigamiento a opositores y pobladores.

Si entendemos que la principal causa de emisiones de gases de efecto invernadero en el territorio nacional es el Cambio de Uso de Tierras o, en buen cristiano, la deforestación y degradación de los bosques, por lo que, dado la fragilidad de nuestros territorios, las cabeceras de cuencas y los valles fértiles deben ser urgentemente conservados y socialmente gestionados. Se entiende, entonces, que los intereses del Estado se encuentran en una dirección muy diferente cuando analizamos que, durante gobiernos como el de Alan García, se han registrado al menos 191 muertos en movilizaciones sociales y 60 durante los cuatro años del actual gobierno de Ollanta Humala.

El análisis es multisectorial, aunque es importante resaltar que la minería reserva su lugar principal en los procesos de rechazo ciudadano como el sector más representativo del modelo primario exportador, que representa el comercio internacional peruano. Sin embargo, se podría hablar en los mismos términos de la extracción de hidrocarburos en la Amazonía o de la construcción de carreteras de penetración como la Interoceánica Norte, Centro o Sur y los proyectos de infraestructura hidroenergética, todas ellas profundizando los impactos en el medio ambiente, sin consulta previa ni cálculo de los impactos acumulados de sus intervenciones.

14 El Ambiente Mortal de Perú – Global Witness – Lima, noviembre de 2014

Conclusiones

En definitiva, el cambio climático es un fenómeno humano que alterará en los próximos años, décadas y siglos nuestras vidas, de forma que la adaptación y gestión del planeta serán cada vez más importantes para determinar nuestro futuro como especie. Sin embargo, es, al mismo tiempo, un elemento que nos permite encontrarnos con nuestra democracia y la necesidad de concebir un cambio de modelo civilizatorio que no conculque nuestros derechos y no genere víctimas del desarrollo sino sociedades justas e inclusivas.

Nuestro país se encuentra distante de este escenario y, en apariencia, no hemos aprendido de nuestro pasado inmediato como para entender que la degradación de los bosques, el colapso de los acuíferos, el abandono de relaves o la exclusión social no son formas que permitan decirnos de manera honesta que nuestro país crece o se desarrolla. No hay gobernabilidad, gobernanza u algún otro término para nada inocuo que nos oculte las formas cómo viene siendo impuesto el sistema económico planetario.

Finalmente, no solamente es preciso y necesario la gestión de las emergencias ocurridas y por ocurrir frente a fenómenos climáticos extremos, ni la planificación de la gestión estatal ante estos acontecimientos, sino entender la formulación de las políticas de Estado con un enfoque de adaptación que represente y escuche a la ciudadanía, y que logre pensar con ellos un proyecto de nación que respete, en democracia, el derecho de todas las personas y seres vivos que habitan en él.

Bibliografía

CUSHING Lara y KOPAS Jacob, 2011, Cambio Climático y Derechos humanos en América Latina - Edición Electrónica, AIDA.

GLOBAL WITNESS, 2014, El Ambiente Mortal de Perú, Reino Unido, Global Witness Limited.

MINISTERIO DE DEFENSA, 2005, Libro Blanco de Defensa, Lima, MinDef

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS – Dirección general de Minería – Dirección de promoción minera, 2015, Infografía: Perú – Mapa de proyectos mineros, MINEM

NACIONES UNIDAS, 1992, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, ONU

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA – FAO, 2015, Agricultura mundial: hacia los años 2015/2030 - Informe resumido, ONU – FAO, Roma – Italia

PANEL INTERGUBERNAMENTAL DE CAMBIO CLIMÁTICO – IPCC, 2014, Quinto Informe de evaluación del IPCC, ONU – PNUMA

PLACENCIA. Edson, 2012, Las industrias extractivas del Perú y el cambio climático global – Implicancias de la industria minera, Lima – Perú, CooperAcción

VARGAS. Paola, 2009, El Cambio Climático y sus efectos en el Perú, Lima – Perú, Banco Central de Reserva del Perú – BCRP

YONETANI. Michelle (Coord.), 2015, Global Estimates 2015 People displaced by disasters – informe del Observatorio sobre Situaciones de Desplazamiento (IDMC), Ginebra, Consejo Noruego para los Refugiados (NRC).

El sistema de justicia penal y el derecho a la protesta: El caso del proyecto minero Conga (Cajamarca, 2011 - 2012)

José Saldaña Cuba¹

En tiempos recientes, los grandes proyectos de inversión en hidrocarburos han sido la fuente de los más graves conflictos sociales en el Perú, paradójicamente, en medio de un periodo sostenido de crecimiento económico. Las organizaciones sociales y campesinas potencialmente afectadas han demandado respeto por el medio ambiente y mejor redistribución de la riqueza, y, en algunos casos, sus protestas han infringido el orden público a través de bloqueos de carreteras, daños a la propiedad pública y privada, y otros similares. Frente a estos hechos, una de las formas de respuesta del Estado ha sido poner en funcionamiento su poder coercitivo en la modalidad de persecución penal. Así, se han abierto procesos judiciales contra muchos de los dirigentes sociales que han liderado estos movimientos, acusándolos por la comisión de diversos delitos que implican potencialmente prisión efectiva y penas elevadas.

El ejemplo más reciente de este fenómeno es la movilización contra el proyecto minero Conga de la empresa Yanacocha, que constituye una inversión de más de cuatro mil millones de dólares. A inicios de noviembre de 2011, al considerar que el proyecto representaba una amenaza para el medio ambiente de la región de Cajamarca, distintas organizaciones sociales realizaron acciones de protesta que fueron repelidas por la Policía, haciendo uso de la fuerza. Estos enfrentamientos devinieron con frecuencia en actos de violencia de uno y otro lado, y concitaron la atención de la población nacional a través de los medios masivos de comunicación. El resultado de las movilizaciones sociales fue la

1 Abogado y egresado de la Maestría en Ciencia Política y Gobierno de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

suspensión temporal del proyecto Conga. Sin embargo, la persecución penal contra los líderes de las organizaciones manifestantes no ha cesado. De hecho, en la actualidad, se reportan más de doscientos investigados entre dirigentes, ronderos campesinos y ciudadanos simpatizantes en general.

El problema de persecución penal indiscriminada contra los dirigentes sociales, que hemos denominado criminalización de la protesta social, debe ser estudiado a partir de las reglas formales (leyes, reglamentos y directivas), pero también a partir de las reglas informales (normas culturales, ideas y sistemas), pues solo así alcanzaremos a comprender su verdadero funcionamiento. Así, la hipótesis de esta presentación es que la criminalización se produce como consecuencia de la dinámica entre normas formales e informales de persecución penal en Cajamarca, sin dejar de lado que todo ello se realiza en un contexto social, político y económico de nivel nacional.

1. Las investigaciones y acusaciones penales

En primer lugar, encontramos el delito de disturbios (artículo 315° del Código Penal) por el que se puede aplicar una pena de entre 6 y 8 años, que consiste en atentar contra la integridad física de las personas y/o causar daños a la propiedad pública o privada en medio de una reunión tumultuosa.

En segundo lugar, el delito de atentado contra los medios de transporte de servicio público (artículo 280° Código Penal), que consiste en ejecutar cualquier acto que ponga en peligro la seguridad de cualquier medio de transporte colectivo y puede ser reprimido con penas de entre 3 y 6 años. Estos dos primeros tipos penales son los que habrían sido cometidos por los autores de los bloqueos de carretera que se han relatado.

En tercer lugar, también se suele investigar y/o acusar por resistencia y desobediencia a la autoridad, lo que puede representar una pena de hasta 2 años. También, está el delito de daño (pena de entre 1 y 6 años), que es cuando se daña, destruye o inutiliza un bien, con el agravante que sea sobre medios o vías de comunicación destinadas al servicio público, y la acción es ejecutada con violencia y amenaza contra las personas. Y los delitos de lesiones que consisten en causar a otro daño en el cuerpo o la salud, que pueden acarrear una pena de entre 3 y 8 años.

En cuarto lugar, se califican algunos hechos como delito de extorsión. Es decir, cuando se obliga, mediante violencia o amenaza, a otra persona a otorgar una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole y ello acarrea una pena de entre 20 y 30 años. Por último, se señala también la realización del delito de apología del delito que consiste en ensalzar un delito o a la persona que cometió el delito, que, al hacerse contra la seguridad y tranquilidad públicas del Estado, conlleva una pena no menor de 4 ni mayor de 6 años. Luego, está el tipo de asociación ilícita para delinquir, que, cuando se hace una organización destinada a cometer los delitos contra la seguridad y tranquilidad públicas del Estado y el orden constitucional, puede tener una pena de entre 8 y 35 años. También, está el delito de rebelión, que consiste en alzarse en armas para variar la forma de gobierno, deponer al gobierno o suprimir el régimen constitucional, lo que conllevaría una pena de entre 10 y 20 años, además de la expatriación.

2. Los mecanismos de criminalización de la protesta en el sistema penal

Mencionaremos brevemente algunos de los mecanismos de criminalización de la protesta social antes de desarrollar las condiciones que permiten o favorecen que ocurra este fenómeno.

Un primer mecanismo de criminalización son las investigaciones preventivas, pues sirven como excusa para el hostigamiento judicial. A través de las investigaciones preventivas, se flexibilizan los principios que garantizan las libertades, así como se permite la concurrencia de una multiplicidad de jueces y denuncias que impiden que los investigados se defiendan adecuadamente.

Por ejemplo, el Reglamento de las Fiscalías de Prevención del Delito otorga pocas y débiles atribuciones, y utiliza un lenguaje ambiguo que permite, ante la necesidad de actuar en operativos contra la protesta social, que los fiscales de prevención interpreten sus atribuciones de un modo amplio, que en algunos casos puede ser calificado de ilegal. La apertura de investigaciones preventivas no supone la imposición de medidas coercitivas y restricción de derechos. Sin embargo, atendiendo sobre todo a la frecuencia y direccionalidad con la que se hace, sí constituye un relajamiento de la presunción de inocencia, pues permite asociar al dirigente a un delincuente potencial, dando una especie de auto-

rización para que el Estado denuncie antes e investigue después. Por otro lado, la multiplicidad de denuncias preventivas afecta directamente la capacidad de los dirigentes para defenderse adecuadamente en un proceso judicial. Por los mismos hechos y de forma paralela, los dirigentes sociales son investigados en varias fiscalías de prevención de distintas provincias de Cajamarca.

Un segundo mecanismo es la excepcional eficiencia del sistema de justicia. Efectivamente, el mismo sistema de justicia, que es percibido, por la opinión pública mayoritaria, como corrupto e ineficiente, es el que persigue penalmente de forma implacable a los dirigentes sociales. Los policías, fiscales y jueces coordinan constantemente entre ellos, maximizan el uso de recursos y acortan los plazos para tomar decisiones. También existen niveles de coordinación intensa entre el Poder Ejecutivo y la empresa minera. No se puede decir que se trata de actos ilegales, pero sí de actos que no responden al accionar común, y en esa excepcionalidad reside su constitución como mecanismo de criminalización de la protesta social.

Finalmente, un mecanismo importante es el que guarda relación con la brutalidad policial. En específico, se trata de elementos como los estados de emergencia, las características del personal policial y la impunidad para el uso excesivo de la fuerza. Así, tenemos que la facultad excepcional del Poder Ejecutivo de declarar estados de emergencia se ha usado en muchos casos incumpliendo las formalidades legales: se ha pasado por alto su carácter excepcional. Otro elemento es la proveniencia lejana de la mayoría de los policías que ha facilitado el uso excesivo de la fuerza. Después de todo, en esa región no viven sus familiares ni amigos, por lo que no les une a ella nada más que el trabajo temporal. Por lo tanto, ahí no son reconocidos por sus pares y no son susceptibles de sanciones morales y/o sociales. También, existe una política generalizada de impunidad en casos de brutalidad policial. Todos los casos conocidos han permanecido impunes. Ninguno de los policías que cometió dichos excesos ha sido investigado y tampoco sancionado, ni en el ámbito disciplinario ni en el judicial.

3. Las razones que favorecen la criminalización de la protesta en el sistema penal

Nos proponemos desarrollar las causas por las cuales los mecanismos de criminalización desarrollado anteriormente aparecen como legítimos frente al Estado y a la sociedad, y por qué son aplicados de manera sostenida en el tiempo. A esto hemos denominado ‘los problemas y las razones’ que están en la base de la criminalización de la protesta, y que no son otra cosa más que las ideas de los actores involucrados, afianzados por instituciones y redes, que permiten el funcionamiento del sistema de la criminalización de la protesta social en Congo. El objetivo es, entonces, comprender los problemas de los procedimientos judiciales y las razones que los producen.

3.1 Actuar dentro de la ley para aplicar la ley

Cada vez que en las conversaciones con agentes del Estado se llegaba a un punto en el que parecía evidente que se cometieron ciertos excesos, la respuesta siempre tuvo el sentido de ‘Estamos aplicando la ley’, ‘Es nuestro trabajo’ o ‘Nosotros solo acatamos las normas’. Estas respuestas frecuente no son solamente una forma de eludir responsabilidad ante una pregunta incómoda, es también la manifestación de lo que hemos denominado ‘la idea de actuar dentro de la ley para aplicar la ley’. Es decir, es el convencimiento de los operadores del sistema de justicia acerca de que la ley es el parámetro adecuado de valoración del buen desempeño de funciones, también del orden público y, en consecuencia, del bienestar de la sociedad. Más allá de que ello sea correcto o no, la idea parece haber sido completamente interiorizada.

Una de las preguntas recurrentes que hicimos a los agentes del Estado fue si estaban al tanto de la cantidad y la gravedad de las denuncias en contra de los dirigentes sociales, y de que esta situación perjudicaba sus derechos ciudadanos y su derecho de defensa judicial. Sin embargo, las consecuencias negativas en los ciudadanos quedaban relegadas al segundo plano, pues, en su concepción, la aplicación de las leyes es una ciencia neutral y autosuficiente que no tiene que fijarse con ningún cuidado especial en la realidad, en el mundo donde se aplica. Así encontramos testimonios como los siguientes:

"No soy prominero, tampoco antiminero. Estoy en un sistema neutro. Yo solo cumplía con mi labor. Eso sí, no podía permitir que Cajamarca sea mancillado, cerrado. Imagínate que, para que te dejen pasar la carretera (sic), te digan págame 50 soles o dame pollos. Eso es extorsión" (agente del Estado).

"La fiscalía no actúa de modo excesivo. Es simplemente el defensor de la legalidad. Tiene que defender el orden público" (agente del Estado).

Ahora bien, esta parece ser una idea compartida también por otros actores como algunos de los abogados de los dirigentes sociales. Se comparte la idea de que el ejercicio de las labores fiscales puede o no afectar derechos fundamentales, siempre que se mantenga dentro de lo 'permitido por la ley'. Y también hay coincidencia con que es imposible que la aplicación de la ley pueda ser denominada como 'persecución'. Así, uno de los abogados de un dirigente procesado nos dice:

"Que un fiscal denuncie, para mí, no es una persecución. Es simplemente su labor. Los fiscales cuando ven disturbios tienen que actuar y eso no es persecución" (abogado).

El elemento en común entre todas estas opiniones es que han sido emitidas por profesionales del derecho, es decir, por personas que han recibido educación jurídica en alguna facultad de derecho del país. A partir de ello, venimos a sostener que la formación jurídica formalista configura la forma de pensar de los operadores jurídicos y los hace más proclives a aplicar normas sin considerar las posibles consecuencias negativas en contra de ciudadanos, como la criminalización de protestas sociales.

El formalismo jurídico, en la versión que hemos observado en el trabajo de campo, a saber la más peligrosa para los derechos ciudadanos, es una forma de entender el derecho únicamente a partir de los textos legales, ignorando o siendo indiferentes a las razones sustantivas que fundamentan dichas normas. Para Manuel Atienza, el operador jurídico formalista tiende, entre otras cosas, a 'la apelación frecuente a la profesionalidad, a la neutralidad a la objetividad, etc., como virtudes fundamentales de juzgador', al abuso del argumento de la seguridad jurídica y de las cuestiones procesales, al uso del lenguaje oscuro y evasivo, y a preferir las interpretaciones literales y descontextualizadas de las

normas (2011: 199-200). Tal como se presentan los argumentos utilizados por los jueces y fiscales que vieron el caso Conga (desarrollados en el segundo capítulo), es posible afirmar que se ha utilizado un lenguaje oscuro y ambiguo, y se ha apelado frecuentemente a la seguridad jurídica. Además, los testimonios muestran que los funcionarios públicos actúan convencidos de su absoluta neutralidad, la misma que es supuestamente otorgada por la ley. Por ejemplo, para incluir a líderes sociales en un caso de delito por disturbios en los que no participaron materialmente, utilizan el ambiguo concepto de 'grado de responsabilidad', por no orientar y velar por el carácter pacífico de la manifestación. Así también, ha sido constante la suma dificultad para identificar cuáles son los argumentos que sostienen las decisiones de los operadores judiciales. En consecuencia, siguiendo a Atienza, estamos en presencia de actores formalistas del Derecho.

La razón de esta situación, como adelantábamos líneas arriba, está en la formación jurídica que reciben en las distintas escuelas de Derecho del país. La deficiente calidad de la formación universitaria generalizada en todo el país y, en específico, la formación de tipo dogmática-exegética predominante en las Facultades de Derecho favorece la cultura formalista o legalista. Además, desprovee a los estudiantes de Derecho (abogados, fiscales y jueces en el futuro) de una conexión con la realidad, de una visión crítica de las leyes. No podemos olvidar que la carrera de derecho es históricamente la que ha aglutinado la mayor cantidad de estudiantes en el país y ello ha generado una saturación y baja de calidad tan graves que apenas estamos empezando a ver algunas de sus consecuencias. Alertando sobre sus consecuencias en el ámbito político, Gorky Gonzáles señala que:

"[...] el carácter precario de la enseñanza atañe centralmente al desarrollo de una cultura legal masificada gracias al crecimiento de las facultades de Derecho, que tiene como referente o paradigma una versión debilitada del positivismo jurídico. La formación legal, como se ha dicho, está moldeada por el influjo de la exégesis del siglo XIX, lo que se enseña en Derecho, está delimitado por esta visión que sirve para consolidar e invisibilizar la desigualdad, la exclusión social; y es renuente el análisis crítico del derecho en su relación con los fenómenos sociales y políticos. Por todas estas consideraciones, la idea del Derecho que emerge de este proceso resulta poco apta para construir institucionalidad democrática" (González, 2008: 120).

De ahí, creemos que, si existen formas de criminalización de la protesta en el ámbito judicial, es, en buena medida, a la predominancia del formalismo legal. Esta cultura jurídica que se autocalifica como aséptica y/u objetiva no es sino el terreno más fértil para que gobiernos autoritarios persigan disidentes políticos a través del sistema oficial de justicia. La implementación del programa del neoliberalismo en los años noventa y su conservación actual, pese a los conflictos sociales, se debe, entre otras cosas, a que el Estado supo utilizar el sistema de justicia legalista, con operadores formados para aplicar las leyes acríticamente, sin importar que se violen derechos ciudadanos.

3.2 Los dirigentes sociales como enemigos del progreso

La educación jurídica formalista es una forma de explicar la forma en que actúan algunos jueces y fiscales en Conga. Pero, ¿estamos en presencia de funcionarios acríticos, convencidos de la neutralidad de las leyes? Es decir, ¿el formalismo jurídico ha convencido verdaderamente a los juristas de que es el modo más plausible de aplicar el derecho o es solamente un discurso para justificar sus excesos? Si lo último es correcto, como creemos, al menos parcialmente, quedaría por determinar cuál es la razón real por la que criminalizan la protesta.

Así, la hipótesis de este apartado es que existe un elemento adicional que está presente y que explica la criminalización: el conjunto de ideas, creencias y/o prejuicios acerca de los dirigentes sociales de la protesta. A diferencia de la formación jurídica, es una característica más difícil de observar, pero que ha sido posible percibir a partir de las entrevistas. Para intentar conocer sobre esta variable, en algunos casos, bastaba escuchar las opiniones, pero, en otros casos, hacía falta además leer entre líneas y observar gestos y actitudes. Muchas veces, luego de la justificación inmediata del tipo 'actuamos así, porque así lo manda la ley', venía una explicación más detallada acerca de lo que pensaban sobre los manifestantes. Los momentos elegidos para profundizar en sus sentimientos más personales acerca del problema eran los minutos finales de las entrevistas, los momentos en que apagábamos el grabador de voz y se sentían seguros de que no quedaría registro.

"No es por nada, pero Cajamarca creció gracias a las minas. Hay centros comerciales, nuevas tiendas. Los dirigentes tienen sus intereses políticos. Ellos

no se orientan al diálogo, solo quieren escuchar lo que consideran que es su reclamo" (agente del Estado).

"Mayormente los dirigentes cumplen un rol político. Están organizados en frentes políticos de defensa" (agente del Estado).

Como vemos, predomina una idea acerca de los dirigentes sociales como actores políticos, en el peor sentido del calificativo. Según esta concepción, ellos defenderían intereses particulares y las protestas serían solamente una manera ilegítima de presionar al gobierno. Las demandas ecológicas de la protesta contra el proyecto Conga no serían nada más que una excusa para beneficiarse personalmente. Cuando hay un convencimiento tan grande acerca de la ilegitimidad del accionar de los dirigentes, parece fácil que fiscales y jueces se sientan llamados a investigarlos, perseguirlos y sancionarlos. Al fin y al cabo, no están ejerciendo ningún derecho como 'ciudadanos honorables'.

También, es posible notar otro tipo de ideas en este discurso, el mismo que nos puede ayudar a entender un poco mejor el pensamiento de los funcionarios. Por un lado, hacen referencia a que las empresas mineras han traído desarrollo y progreso a Cajamarca (estos se traducirían en la aparición de centros comerciales y tiendas nuevas) y, por otro lado, se piensa que las noticias de los desmanes en la ciudad, difundidas en todo el país a través de los medios de comunicación, han generado una imagen negativa de la ciudad, que resta a su honor, que ha 'mancillado' su nombre. De esta forma, los líderes de la protesta contra Conga serían nada menos que los enemigos del progreso y los responsables del deshonor de Cajamarca. Bajo esta mirada, la función del sistema de justicia sería acabar con los enemigos a través del sistema represivo penal.

Aún más, existen otras opiniones que asocian a los líderes sociales con el terrorismo. De hecho, uno de los líderes de la protesta, Wilfredo Saavedra, ha estado en prisión durante los años noventa por condena judicial, al comprobarse su participación en un atentado terrorista junto con el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA). Sin embargo, esta no es una idea individual o aislada. La idea más recurrente entre los funcionarios es que todos los líderes sociales son terroristas o aplican métodos de este tipo. Así lo sugieren los siguientes testimonios:

"Hay modalidades de actuación que vienen del terrorismo. La situación es politizada y cuando es politizada... En realidad, ¿quiénes están dirigiendo?, ¿con qué política dirigen? Son de extrema izquierda, ¿y qué pasa con ellos? Van contra todo lo que es Estado y nosotros somos una institución estatal. Nos quieren desaparecer. Nosotros luchamos contra eso" (agente del Estado).

"Este terrorista... ¿Cómo se llamaba? (Piensa unos segundos y me mira) ¿Por qué es terrorista, ah? No es mi idea nada más. Estuvo juzgado por terrorista. ¿Cómo se llamaba...? Como 10 años estuvo en la cárcel. Marreros me parece, Saavedra, sí, y los que resulten responsables (sic)" (agente del Estado).

Luego de esta asociación protestante-terrorista, se ha equiparado al dirigente de la protesta social contra la minera Yanacocha con el 'enemigo'. Recordemos que, según Schmitt, al enemigo no se le reconoce derechos, lo único que se hace con él es derrotarlo (Schmitt, 1998). Asociar al protestante con el enemigo es una forma de desproveerlo de derechos, una manera de autorizar los excesos en su contra, tanto más si las leyes son lo suficientemente favorables.

Además, esta asociación resulta efectiva para legitimar la actuación del sistema de justicia frente a la sociedad en general, para que los excesos pasen desapercibidos o sean vistos como medidas necesarias. Esto es porque la criminalización de la protesta social, entendida como violencia judicial, no es nada más que un reflejo de la sociedad, una sociedad que actúa prácticamente en complicidad con la policía y los operadores de la justicia (Tanner, 2000:104). Si la violencia contra estas personas no se presentara como legítima, frente a un sector importante de la sociedad (en cantidad de personas o en términos de poder), sería difícil sostenerla en el tiempo. Este grupo social estaría constituido sobre todo por las clases altas y medias que aceptan esta asociación, alentados también por la imagen del protestante, construida por los medios de comunicación (Tanner, 2000: 119). El soporte social proviene pues de un grupo social que quiere acabar con sus 'enemigos' y que, por tanto, es indiferente a algunos de los más graves abusos contra ellos.

Convertir a ciudadanos en enemigos puede no ser una tarea tan complicada cuando se trata de pobres, minorías étnicas o lingüísticas, es decir, de sectores marginalizados en general. La utilización del aparato represivo penal, el Levatán en su faceta más dura, ha estado direccionada normalmente hacia estos grupos. Esta estigmatización habría sido profundizada con el estable-

cimiento del neoliberalismo, que es cuando se ha utilizado ‘la ley y el orden’ para perseguir los comportamientos que se consideran indeseables, ofensivos o amenazantes. La irrupción del gran Estado penal sería pues una reacción a las rupturas causadas por el neoliberalismo y el blanco de esta violencia, los perdedores de la revolución neoliberal, serían los grupos estigmatizados. Así, la criminalización de la protesta social en el Perú sería una variante de lo que se ha denominado en otros contextos ‘criminalización de la pobreza’. Al respecto, dice Wacquant:

*“[En la estrategia de penalización] no se trata de comprender una situación de sufrimiento individual ni de contrarrestar una falencia social; el nómada urbano es categorizado como un delincuente (a través de ordenanzas municipales que declaran ilegales las acciones de mendigar o de estar tendido en la calle, por ejemplo) y tratado como tal; deja de pertenecer a los “sin techo” apenas se le coloca tras las rejas. La “construcción legal de la situación de quien no tiene hogar como instinto de supervivencia” socava sus derechos, lo reduce a un no ciudadano y facilita su enjuiciamiento penal. La penalización funciona como una **técnica para la invisibilización de los “problemas” sociales** que el Estado, como palanca burocrática de la voluntad colectiva, ya no puede o no quiere tratar desde sus causas, y la cárcel actúa como un contenedor judicial donde se arrojan los desechos humanos de la sociedad de mercado” (Wacquant, 2010: 26 - 26).*

Bibliografía

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. 2011. "Cómo desenmascarar a un formalista", en: Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho, N° 34, abril.

GONZÁLES MANTILLA, Gorky. 2008. La enseñanza del Derecho o los molinos de viento: Cambios, resistencias y continuidades. Lima: Palestra, mayo.

SCHMITT, Carl 1998. Teología Política. Cuatro ensayos sobre la soberanía. Buenos Aires: Editorial Struhart & Cía.

TANNER, Murray. 2000. "Will the State bring You back in? Policing and Democratization", en: Comparative Politics, Vol. 33, N° 1, octubre, págs. 101 – 104.

WACQUANT, Loïc. 2010. Castigar a los pobres: El gobierno neoliberal de la inseguridad social. Barcelona: Gedisa Editorial.

Los derechos de la naturaleza: un nuevo paradigma de protección frente a la crisis climática¹

Mario Melo Cevallos²

El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho es un tema especialmente interesante. Esta presentación se referirá a algunos antecedentes y la situación jurídica, con referencia a algún caso importante respecto a la aplicación práctica de los derechos de la naturaleza, en el foro ecuatoriano.

1. Dos paradigmas de relación con la naturaleza

Existen dos personajes que simbolizan dos visiones o paradigmas respecto de las relaciones del ser humano con la naturaleza. El primero es un *cowboy*. Muchos con seguridad estarán familiarizados con este personaje a través del cine. Es una persona audaz, que representa a quienes, a finales del siglo XIX, emprendieron una epopeya: la conquista del oeste en los Estados Unidos. En aquella época, la población en Estados Unidos estaba asentada mayoritariamente en la costa Este. Por razones en las que el mercado mundial demandaba por la carne de vacuno, ellos vieron una oportunidad de ir hacia el Oeste, para encontrarse con extensas regiones de pastos naturales a conquistar, ocuparlas en la ganadería y hacer un negocio con Europa.

Entonces, los pioneros fueron y enfrentaron las rigurosidades del clima y la distancia para vencer a la naturaleza. Llegaron a esas extensiones y encontraron llanuras vacías. No había nada, es decir había pastos, bisontes y había indios, pero para ellos, en el momento histórico que les tocó vivir, no había nada. Pero

1 Este artículo se basa en la transcripción de la conferencia pronunciada por el autor el 16 de octubre de 2014 en el marco del III Congreso Peruano de Derechos Humanos.

2 Coordinador del Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Abogado del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku.

en la realidad no era así, esos eran territorios ocupados, en primer lugar, por un conjunto de especies de animales y vegetales en perfecta armonía, que mantenían la salud del ecosistema y que, además, eran propiedad ancestral de pueblos indígenas que vivían también en armonía con la naturaleza, en esos espacios naturales. Sin embargo, en ese momento, los cowboys no lo podían ver así. Conquistaron y eliminaron todo aquello que se interponía en el negocio que querían realizar. A los bisontes americanos los eliminaron y a los indígenas también.

Ese es un paradigma, respecto a la relación del ser humano con la naturaleza como una relación de conquista, que se subordina a los intereses económicos.

El segundo personaje es el astronauta, que nos recuerda otra gran epopeya de la humanidad, esta vez, de los años 60 del siglo XX. A través del proyecto Apolo, el ser humano por primera vez tuvo la experiencia de salir del sistema de soporte de vida que da el planeta, trasladarse hacia la luna y regresar. En ese viaje, que duraba cuatro o cinco días, la sobrevivencia de los astronautas dentro del modulo lunar se basaba en una delicada relación entre aquello que consumían y aquello que desechaban. En ese pequeño espacio, había un sistema de soporte de vida, cuya viabilidad dependía del mantenimiento de esa muy delicada relación, entre lo que se consume y se desecha. Estos viajes espaciales dejaron hondas reflexiones y cuestionamientos a la humanidad. Al fin, poco a poco, los seres humanos nos hemos dado cuenta de que la situación en la que estaban los astronautas es la misma situación en la que estamos todos nosotros como seres humanos, transitando por el cosmos en una pequeña nave espacial, y nuestra sobrevivencia depende de ese delicado equilibrio entre lo que consumimos y desechamos. Entonces, aquí surge un nuevo paradigma en relación al ser humano y la naturaleza, que podemos llamar paradigma de la nave espacial.

2. La hipótesis Gaia

Si observamos una imagen de nuestra tierra, miramos lo hermosa y frágil que es nuestra casa. Nosotros somos nada más que unos inquilinos dentro de millones y millones de inquilinos que ocupan una casa común, pero a veces somos inquilinos molestos con la capacidad de perturbar la supervivencia del

conjunto de los habitantes de la casa. James Lovelock, un pensador vinculado al proyecto Apolo en los años 70, formuló lo que era la hipótesis Gaia, al sostener que, en definitiva Gaia, nuestro planeta, no es sino un sistema complejo formado por otros sistemas, con una característica que se le llamó homeostasis, es decir, la capacidad de recuperar el equilibrio cuando por alguna razón lo pierde.

En aquella época, había un temor universal por las consecuencias de una posible guerra nuclear y se pensaba que los seres humanos teníamos la capacidad de destruir el planeta, pero al parecer eso era demasiada vanidad. Nosotros no podemos destruir el planeta, lo que podemos hacer es obligarle al planeta a cambiar su punto de equilibrio. En ese nuevo punto de equilibrio, tal vez no haya un lugar para nosotros. Los seres humanos estamos en el planeta gracias a condiciones muy específicas. Por ejemplo, vivimos en un rango específico de temperatura. Si por alguna razón –que puede ser producto de nuestros propios errores– la naturaleza necesita cambiar el rango de temperatura del planeta, seguirá existiendo el planeta, pero tal vez no haya un lugar para nosotros. Son profundas reflexiones. Al pasar treinta o cuarenta años, la hipótesis Gaia ya no es una hipótesis sino una teoría, porque es una explicación integral de los que está pasando en relación al cambio climático.

3. Crisis ambiental, derechos de la naturaleza y proceso constituyente

Hay una crisis ambiental por el cambio climático que se viene sintiendo desde los años 60 y sobre la cual hay un conjunto de políticas públicas globales a partir de 1972. También hay un fenómeno complejo que se llama globalización. Por tanto, la información sobre estos temas está cada vez más al alcance del gran público. Todos miramos, discutimos y nos preocupamos por el cambio climático debido a medios de comunicación globalizados. Ya no se trata de un tema de especialistas, se discute incluso en el hogar.

Algunos casos nos llevan a reflexionar acerca de esta estrecha relación entre los seres humanos y la naturaleza.

El primer caso que fue muy emblemático, en relación con los derechos de la naturaleza, fue el caso Sierra Club vs. Morton, en la Suprema Corte de Estados

Unidos. La corporación Disney había decidido realizar uno de sus parques temáticos en el Bosque Nacional Sequoia, que contaba con árboles milenarios gigantes que representan, además, un símbolo de la identidad californiana. Una organización no gubernamental llamada Sierra Club planteó judicialmente una oposición al proyecto y la Corte resolvió a favor de Morton, representante de la corporación Disney, con el argumento de que Sierra Club no era dueño, ni tenía ningún interés específico por el mantenimiento del bosque, por tanto no tenía legitimación activa. Sin embargo, el juez Douglas, apartándose del criterio de la mayoría de la Corte, preguntó, en su voto salvado, si no será que los árboles tengan que acudir ellos mismos a reclamar por su propia sobrevivencia. Y a partir de esa pregunta, comenzó una discusión con respecto a cuáles son las posibilidades que la propia naturaleza tenga una dignidad relevante para el derecho, que le permita acceder a justicia por sí misma, como forma de protección del equilibrio ecológico.

El segundo caso es Sarayaku, un caso de Ecuador, en el cual un pueblo indígena es agredido por la industria petrolera a través de una acción militar. La industria petrolera entra a hacer su trabajo, pero ese trabajo implica un deterioro profundo de la calidad ambiental. Consiste en la colocación masiva de explosivos en el bosque para hacer exploración sísmica, pero afecta la relación delicada entre la cosmovisión indígena y su propio entorno.

Este tipo de casos, y muchos otros más, hacen sentir la necesidad de nuevas herramientas jurídicas que manifiesten una preocupación renovada por la salud de la naturaleza. En Ecuador, en el año 2007, se genera un proceso político muy interesante: se convoca a la Asamblea Constituyente, que se reúne en Montecristi. Esa era una respuesta al ‘hambre de cambio’ luego de un largo periodo de inestabilidad política, deterioro de las instituciones y pérdida de credibilidad de la democracia. Se quería otro modelo de país y, para ese nuevo modelo, se plantea una nueva Constitución, que necesariamente tenía que traer propuestas revolucionarias.

La Constitución de Montecristi tiene tres pilares ideológicos fundamentales: la plurinacionalidad, es decir, que el Estado ecuatoriano cobija varias nacionalidades y todas en pie de igualdad; la orientación de los procesos de desarrollo hacia el *sumak kawsay*, o buen vivir, que es una palabra sagrada para los quechuahablantes de Ecuador y para muchos pueblos de las Américas, y represen-

ta la vida en armonía, la vida plena; y, el pilar más avanzado desde el punto de vista jurídico, el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho. En otras palabras, se reconoce que la naturaleza tiene derechos y estos derechos son exigibles.

El nuevo texto constitucional, que está vigente en el Ecuador, reconoce algunos derechos cuya titularidad corresponde a la naturaleza. El artículo 71° sostiene: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”. Ese es el derecho fundamental que la Constitución del Ecuador reconoce a la naturaleza. Asimismo, el artículo 73° de la Constitución señala que el Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se trata de derechos constitucionales que tienen la misma jerarquía jurídica que los derechos humanos, pero cuya titularidad no corresponde a los seres humanos sino a la naturaleza o Pacha Mama, como dice el texto constitucional. Es un avance muy grande que parte en dos la historia del derecho, En nuestra tradición jurídica, los derechos son manifestaciones de la dignidad humana. Lo que ha planteado la Constitución del Ecuador es que hay otro ente que también tiene una dignidad relevante al punto de requerir derechos para que se la proteja: la naturaleza.

4. Casos de exigibilidad judicial de los derechos de la naturaleza en Ecuador

Un cambio tan profundo nunca puede ser pacífico. Ha habido varios debates fuertes en los que algunas personas se han posicionado en favor de este cambio como una alternativa viable e interesante para responder a la crisis generada por el cambio climático, y otras personas han considerado que es un cambio demasiado audaz. Hay debates incluso entre académicos y juristas, sobre si es lógico y viable que alguien que no sea humano tenga derechos. Al fin y al cabo, ese es un debate superado en Ecuador, pues la Constitución reconoce que la naturaleza tiene derechos y, por lo tanto, esos derechos son exigibles directamente. Ha habido algunos casos en los cuales ya se ha exigido judicialmente los derechos de la naturaleza.

El primer caso tal vez es el más interesante. Es una acción de protección equivalente más o menos a la acción de amparo que tiene el sistema peruano, interpuesta en contra del Gobierno Provincial de Loja, una provincia limítrofe con el Perú, por la ampliación de la carretera Vilcabamba-Quinara. Sucede que el gobierno provincial realizaba una obra que parece loable: ampliar una carretera que es de uso de las familias de la zona, pero lo hace sin un estudio previo de impacto ambiental ni el menor cuidado ambiental. Su mecanismo de manejo de los desechos pétreos consistía en colocarlos en el lecho del río, un ecosistema acuático que requiere un equilibrio para cumplir sus funciones ambientales, pues, para poder encausar las aguas, el cauce debe estar limpio. Cuando las volquetas y los camiones grandes volcaban los desechos pétreos en el río, le impedían que cumpla ese ciclo natural, y el resultado era que caían lluvias y se inundaba gran parte de la cuenca del río, provocando daños a la naturaleza y a los pobladores locales.

Una familia de habitantes de la zona interpuso una acción constitucional en contra del Gobierno Provincial de Loja, invocando a los derechos de la naturaleza. La Corte Provincial de Loja reconoció que esa acción del gobierno provincial era violatoria de los derechos de la naturaleza. La impidieron y dictaron medidas de reparación. Esta fue una primera experiencia interesante de justiciabilidad de los derechos de la naturaleza.

Una segunda experiencia está relacionada con determinados ríos que tiene potencial aurífero. Normalmente, en zonas muy remotas, trasladan en helicóptero palas mecánicas que colocan en medio del río. Las palas levantan el lecho del río y pasan por un proceso industrial muy grosero, que termina destruyendo el cauce para extraer de manera muy deficiente el oro. Lo hacen de manera ilegal, sin estudios previos ni concesión, y producen una gran destrucción. A veces, la gente se confunde y piensa que son pequeños mineros, pero en realidad, para hacer esas operaciones, hay que transportar maquinarias que son muy costosas y se requiere mucho capital. Aparentemente, están financiados por negocios ilegales que se dedican a esta actividad con gran destrucción de la naturaleza. El Ministerio del Interior interpuso unas medidas cautelares constitucionales fundadas en los derechos de la naturaleza. El juez ordenó que se tutelaran los derechos a la naturaleza, haciendo un operativo muy grande, donde se capturaron unas cincuenta o sesenta palas mecánicas. Luego, mandó

a que se destruyan sus motores. Esta fue una medida muy controvertida, que impedía que vuelvan a ser utilizadas de la misma forma.

En conclusión, se va generando una jurisprudencia todavía muy exigua respecto a la justiciabilidad de los derechos de la naturaleza, pero es un proceso que va avanzando. Lo más interesante es la proyección internacional que ha tenido el tema de los derechos de la naturaleza. Tuvo iniciativa en el Ecuador, pero previamente hubo casos de gobiernos locales en los Estados Unidos, que han reconocido los derechos a la naturaleza, y algunas experiencias en Sudáfrica, donde determinadas especies han sido reconocidas como sujetos de derechos. Tal vez, en Ecuador, tenemos la protección de más alto nivel jurídico porque está reconocido en la Constitución. A partir de esa experiencia, hubo motivación en varios otros países. Por ejemplo, en el año 2010, el presidente de Bolivia Evo Morales convocó a la Cumbre de la Tierra, en Cochabamba. El resultado principal fue el proyecto de Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra, que tiene un contenido interesante. Por ejemplo, reconoce que todos somos parte de la Madre Tierra, una comunidad indivisible y vital de seres interdependientes e interrelacionados con un destino común. Este proyecto ha tenido un recorrido en las Naciones Unidas y se han emitido algunos informes en espacios, como el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, donde se va construyendo una propuesta de declaración universal, que esperamos sea aprobada en un momento posterior, se convierta en soft law y, luego, eventualmente, en hard law. Es decir, se convierta en una convención obligatoria.

En varios otros países del mundo, se están reconociendo derechos de la naturaleza en diferente dimensión. Se va generando un movimiento global que responde a la angustia mundial por el cambio climático. Por lo tanto, el paradigma de los derechos de la naturaleza es una herramienta política y jurídica interesante que puede ser aprovechada en defensa de valores fundamentales, como la relación especial y estrecha entre las comunidades humanas y el hogar común que es la naturaleza.

VI. ALGUNAS POLÍTICAS EN DEBATE

Derecho a la salud y reforma de sistema público de salud

Alexandro Saco Valdivia¹

FOROSALUD, como movimiento ciudadano, basa sus expectativas y acciones en los derechos humanos. Los derechos humanos son absolutos. No son simples aspiraciones sino obligaciones que los estados están obligados a cumplir porque se han comprometido a través de pactos y convenios internacionales. El derecho a la salud es un derecho humano. Está en la carta constitutiva de la Organización Mundial de la Salud y en el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales. En nuestra constitución, el derecho humano a la salud está formulado ambiguamente. Por eso, nosotros nos basamos en los tratados y convenios internacionales.

¿Se cumple el ejercicio del derecho humano a la salud en nuestro país actualmente?

Es obvio que no. Nuestro sistema o nuestros subsistemas de salud no brindan cobertura ni atención necesaria a toda la población. Parar enfrentar esa realidad es necesario partir de un principio básico: los derechos humanos son para todos y tienen el mismo alcance. Todos los peruanos tienen el mismo derecho a la salud. Eso no sucede en la práctica.

Básicamente tenemos tres sistemas de salud o formas de acceso a la atención de salud. ESSALUD, al cual se ingresa a través del aporte emanado del trabajo formal o planilla laboral, cuenta con diez millones de afiliados, cinco millones de aportantes y cinco millones de derecho habientes. En el papel, los asegurados en ESSALUD tienen derecho a que se le cubran todas las atenciones necesarias para recuperar su salud, pero la realidad demuestra que solo un tercio de asegurados que busca atención la logra tener de forma oportuna.

1 Coordinador Nacional de FOROSALUD

El otro gran sistema público que tenemos en el país es el Seguro Integral de Salud (SIS), el cual tiene un defecto de nacimiento pues se instauró para la atención a la población en pobreza y pobreza extrema, por eso la condición para ingresar al SIS del Ministerio de Salud era hasta hace poco la demostración de la pobreza mediante el Sistema de Focalización de Hogares (SISFOH), que es una base de datos del Ministerio de Economía.

Cuando una persona va a afiliarse al SIS, se debe revisar dicha base de datos para determinar si esa persona tiene derecho a afiliarse o no. No es su condición humana la que le otorga el derecho, sino un programa asentado en el Ministerio de Economía. Hoy, en buena hora, gracias a la presión social, la afiliación se está facilitando y casi dieciséis millones de peruanos cuentan con el SIS. Se está tratando de ampliar la afiliación al SIS hacia las pequeñas empresas, pero como se trata de un seguro nacido bajo esa lógica focalizada, no se le reconoce al afiliado lo que tiene un trabajador de planilla en ESSALUD, sino le van a dar lo que alcanza en el presupuesto.

Antes, hasta mediados de los setenta, existía el seguro obrero con el Hospital Obrero –hoy llamado Hospital Almenara– y el seguro del empleado con el Hospital del Empleado –ahora se llama Rebagliati–. En algún momento, se cuestionó que los obreros se atiendan en un lugar y los empleados en otro, porque se establecían diferencias. Hoy nos preguntamos si hay diferencias entre un peruano con SIS y un peruano de ESALUD, y categóricamente afirmamos que no la hay. Todos somos peruanos. La única forma de avanzar hacia una reforma que garantice el derecho a la salud en los sistemas públicos del país es asumir la igualdad por condición de ciudadanía. Puede haber aportes relacionados al trabajo, como en ESSALUD, y un financiamiento producto de los impuestos generales, como en el SIS, pero el plan de atención debe ser igual e integral de atención. No se puede avanzar de otra manera.

Hace 20 años, cuando salíamos de graves problemas económicos y políticos, se podía entender de alguna manera el hecho de empezar a cerrar brechas, atendiendo en forma diferenciada a los pobres, pero, luego del crecimiento sostenido de la economía desde hace 15 años, necesitamos contar con un sistema de salud para todos.

En el mundo los sistemas de salud que funcionan mejor son sistemas que se han integrado progresivamente, sea en sus fondos, sea en su aparato presta-

cional. Si no se han unido totalmente, tienen dos o tres fondos, como en Alemania que tiene cuatro grandes fondos que administran los contratos de prestación de salud. La característica de cualquier sistema de salud en el mundo que funciona adecuadamente es que todos los ciudadanos tienen los mismos derechos en el sistema público. En la orilla opuesta, tenemos como ejemplo del peor sistema de salud en el mundo de un país que tiene dinero a Estados Unidos. Barack Obama ha pretendido hacer una reforma en el sector salud. Todos los presidentes demócratas en Estados Unidos han querido hacer dicha reforma y no han podido porque, siendo el país que más gasta en salud, el 18 % de su PBI, tiene un pésimo sistema de salud porque está basado en los seguros privados. La idea de Obama era crear un seguro público que significaría un mayor financiamiento público, por tanto, menos negocio para los seguros privados, pero no lo logró por las presiones de las aseguradoras privadas.

Los sistemas de salud que funcionan mejor son los de carácter público, basado sobre todo en el control del financiamiento público ya que, desde ahí, el Estado puede contratar a empresas privadas que dan servicios, pero con condiciones adecuadas, reglas y parámetros que aseguren un servicio adecuado y de calidad, sin dejar de priorizar el sistema público a su cargo. En nuestro país, no sucede eso, pues ESSALUD deriva 1'400,000 de soles en tercerizaciones, pero la capacidad de regulación del Estado es mínima. Esta limitación se puede graficar con el caso de los cinco niños que murieron en la Clínica San Pablo por infecciones contraídas en la que se supone que es una de las mejores clínicas del país, contratada para evitar los riesgos de hospitales públicos, pero dos de ellos murieron carbonizados en incubadoras. Imaginemos lo que hubiese pasado si esos dos niños hubiesen muerto en el Hospital Loayza. Ya hubiesen cerrado el hospital y los responsables estarían en la cárcel, pero aquí se mide con distinta vara, y ese es un problema central y forma parte del contexto de privatización y desregulación en diversos ámbitos, frente a una capacidad mínima o nula de regulación pública. Por eso, lo que consideramos adecuado en la discusión sobre la reforma de la salud ha sido el principio de igualdad y el fortalecimiento adecuado de nuestro sistema público.

La historia reciente es que el 9 de enero de 2013 se promulga un Decreto Supremo en el que el presidente Humala y la Ministra de Salud encargan al Consejo Nacional de Salud elaborar los lineamientos de la reforma de la salud. A FOROSALUD le tocó representar a la sociedad civil en este Consejo Nacional de Salud, pero no hubo ninguna discusión sino una presentación de los funciona-

rios del sistema de salud para que el Consejo Nacional de Salud los valide. No se aceptó ninguna crítica, ni ninguna incorporación que vaya a los temas de fondo de nuestro sistema de salud.

El 4 de julio de 2013 se vota ese documento, elaborado por el Gobierno en el Consejo Nacional de Salud. FOROSALUD fue la única representación que votó en contra. Luego, el Ministerio de Salud pide facultades legislativas al Congreso para trasladar ese documento a normas, con el apoyo del Ministerio de Economía, para tener así carta libre para elaborar 23 Decretos Legislativos que no cambian en nada fundamental el sistema de salud. Optimizan algunas cuestiones en relación al MINSA y algunos aspectos secundarios, pero no es una reforma, pues mantiene exactamente igual nuestro sistema tripartito: a) La seguridad social no mejora. b) El SIS incrementa sus presupuestos, pero su brecha, para cubrir sus propias necesidades, todavía es seis o siete veces más de su presupuesto. c) El sistema de salud privado está que, cada día, crece más de forma desregulada. Tenemos en el Perú dos millones y medio de contratos de seguros privados. La salud privada en nuestro país hoy en día está, en buena medida, en manos de empresas financieras. Nosotros nos rebelamos ante eso, porque los bancos atienden primero su ganancia y, luego, se preocupan por la salud. Son lógicas distintas las que están en juego.

Ante esta realidad, la única manera de proteger el derecho a la salud y avanzar hacia un sistema universal es construyendo un sentido común, que ponga por delante el derecho de cada peruano y peruana, para poner al servicio de la ciudadanía el sistema de salud. Ello requiere tener un sinceramiento adecuado de las brechas que debemos cerrar como país en el mediano y largo plazo, incorporando el aspecto clave del financiamiento sostenible.

De lo que se trata es de hacer un movimiento social de la salud. No hay la posibilidad que seamos libres si al menos no tenemos los derechos básicos. No podemos dejar que este tipo de temas se resuelvan en el mercado. Nuestro país debe tener un sistema de salud con una atención integral en igualdad de condiciones. El mercado privado de la salud siempre va a existir. Aquel que quiera ir a una clínica, está en todo su derecho, pero a nadie se le puede restringir su protección en el sistema público. Nos han hecho creer que aquel que tiene plata se debe comprar su seguro y nos olvidamos de él. Así no avanzaremos. Requerimos un sistema público integrado, con igualdad en la atención, profesionales bien capacitados y remunerados, para proteger los derechos de todos.

DESC, lesbofobia y Plan Nacional de Derechos Humanos en Perú: el caso de Pilar Fachín

Estefanía Pomajambo Figueroa¹

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos busca comprometer a los Estados en la protección de sus ciudadanos y ciudadanas de toda forma de discriminación para garantizar el bienestar integral de su población. Si bien el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que todos y todas somos iguales ante la ley y que es deber de cada Estado brindar protección contra toda discriminación, la población LGTBIQ en el Perú enfrenta constantes vulneraciones a sus derechos fundamentales. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) de Naciones Unidas recomendó a nuestro país, durante su 48va Sesión (2012), la aprobación de legislación específica y sensibilización de la población para que las personas lesbianas, transexuales, gais y bisexuales no sean objeto de discriminación por su orientación sexual e identidad de género.

En el 2013, el Congreso de la República rechazó, dentro de la nueva propuesta del Código Penal, el agravante en los delitos de discriminación para los casos de orientación sexual e identidad de género. Lo mismo sucedió el 2014 en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, durante la aprobación del Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016. En ambos casos, los organismos del Estado Peruano tuvieron estadísticas e informes elaborados por la sociedad civil desde el 2005, en los cuales se indican la cantidad de homicidios, crímenes de odio y casos de discriminación por orientación sexual y/o identidad de género que se presentan. La baja o nula regulación por parte del Estado Peruano de esta violencia, a pesar de haber asumido responsabilidades en los pactos internacionales, se expresa en un silencio jurídico que respalda la violencia sistemática simbólica, psicológica y física hacia minorías.

1 Integrante del Programa de Derechos Sexuales y Ciudadanía en Salud del Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán.

El 5 de marzo del 2014 ocurrió un caso específico de crimen de odio contra Pilar Fachín Paiva, mujer lesbiana con un hijo de 11 años y conviviente de Yorgui Vásquez Saldaña, quien fue atacada brutalmente por el hermano de su pareja. Su vida fue salvada gracias a la rápida intervención del alcalde, quien la derivó de manera urgente del hospital local a un hospital principal en la capital del país para ser operada. Vulnerada en sus derechos a la vida y a la salud por parte de su entorno social, y, luego, desde el Estado peruano, al no ser reconocida legalmente su unión homosexual, el viaje significó huir de su ciudad con su familia directa y generar cambios para su sobrevivencia. A pesar de ello, ha logrado, con el apoyo de activistas, instituciones sociales y funcionarios individuales del Estado, seguir con vida y adaptarse a su nueva situación.

El presente caso expuesto en este texto recopila la experiencia de intersección de acciones puntuales de funcionarios de los gobiernos locales y el gobierno nacional, y de la sociedad civil. Presento, entonces, las consecuencias en la vida y el desarrollo integral de las personas del no cumplimiento de los pactos internacionales firmados y las leyes y normas nacionales por parte del Estado Peruano. Refleja, así, la necesidad de cubrir la carencia de planes de acción que protejan a la población LGTBIQ. Planteo, por tanto, la relación entre la ausencia de políticas públicas explícitas y el ejercicio cotidiano de la violencia contra mujeres lesbianas.

1. El control de la vida, el cuerpo y la comunicación social bajo el modelo empresarial

1.1. La *vitalpolitik* y la sociedad judicial

El término *vitalpolitik* fue acuñado por Alexander Rüstow² en los años 30 para designar “una *política de la vida* que no esté esencialmente orientada, como la política social tradicional, hacia el aumento de los salarios y la reducción del tiempo de trabajo, sino que tome conciencia de la situación vital de conjunto del trabajador, su situación real, concreta, de la mañana a la noche y de la noche a la mañana”. Como parte de la teoría crítica, Foucault señala que la *vitalpolitik* se refiere al poder de la vida, puesto que es la intensificación del

2 Rüstow fue miembro del ordoliberalismo alemán.

programa de racionalización de la sociedad por parte del neoliberalismo³. Según Foucault⁴, la vitalpolitik tiene por correlato la generalización del modelo empresa a nivel humano, lo cual genera una 'economía humana'. Esto hace, de la transferencia del modelo económico al individuo, su propiedad privada y la familia, un modelo por excelencia de las relaciones sociales. De esa manera, la vivienda, la propiedad privada y las comunidades de vecindario son modos de empresa. Además, Foucault resalta que el modelo de vitalpolitik no busca la relación del ser humano con la naturaleza; va hacia un punto aparentemente opuesto, en el cual cada una de nosotras somos una empresa. Nuestro entorno básico (supuestamente la familia) es una empresa y cada acción que hagamos será en aras de generar empresa. Por tanto, manifiesto una primera cuestión. Dentro de la vitalpolitik del neoliberalismo, ¿los seres humanos somos mercancías? ¿Debemos fomentar la renovación de lo que no sirve? ¿Eliminamos a los seres humanos que ya no son eficientes (como en la función reproductiva, por ejemplo)?

Foucault desarrolló el concepto de la 'sociedad judicial' dentro del neoliberalismo. Esta consiste en presentar las sociedades occidentales con una multiplicidad de instituciones judiciales⁵ redefinidas, junto a las reglas de derecho, para que sean compatibles con una sociedad regulada a partir y en función de la economía competitiva de mercado⁶. Mencionó en su libro que, durante el Coloquio Walter Lippmann⁷, realizado en París en 1938, el filósofo francés Louis Rougier presentó al orden legal, dentro del neoliberalismo, como un ente supeditado a "los descubrimientos científicos, los progresos de la organización y la técnica económicas, los cambios de estructura de la sociedad y las exigencias de la conciencia contemporánea"⁸. De este modo, se asume el arbitraje concertado del Estado para asegurar la libertad, lealtad y eficiencia del mercado.

3 Se consigna a Rüstow como uno de los primero en usar públicamente el término 'neoliberalismo' y que se tenga registro de ello.

4 "Nacimiento de la biopolítica".

5 Clases del 14 y 21 de febrero de 1979, págs. 162 y 163.

6 Ibid., pág. 164.

7 El propósito del coloquio fue analizar el estado de la defensa de la libertad en épocas de preguerra.

8 Ibid., págs. 166.

1.2. La acción comunicativa en los discursos escritos

El filósofo y sociólogo Habermas hizo una distinción entre las acciones llevadas a cabo en un contexto social y las que se realizan en uno no social. Los tres tipos de acción son los siguientes: *Acción instrumental*: Cuando la acción está orientada al éxito en un contexto no social.

Acción estratégica: Cuando la acción se orienta al éxito en un contexto social.

Acción comunicativa: Cuando el objetivo es la comprensión mutua en un contexto social.

La acción comunicativa muestra que la interacción social se realiza también a través del signo lingüístico, como parte de la reproducción cultural. Cuando se producen perturbaciones en la comunicación, se entiende que, en el proceso comunicador, se presentan supuestos no admitidos. Lo expresado por el otro es falso, no se entiende o no se recibe, sea de manera oral o escrita. De no restablecerse la comunicación, se puede producir violencia. Para volver al estado ideal de comunicación, se deberá generar un consenso en base a la coacción del mejor argumento, además de las diferencias entre comunicación ideal y real.

Entendiendo el PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y el Plan Nacional de Derechos Humanos del Perú como documentos de comunicación, dichos signos lingüísticos representan ejemplos de comunicación ideal y comunicación real, respectivamente. El primero es un documento normativo del deber ser dentro de los países miembros de la ONU, mientras que el último es la redacción de un acuerdo conjunto entre instituciones y organismos gubernamentales dentro del país.

1.3. El discurso y el biopoder en la sexualidad, según Foucault

El concepto de 'normalización de la vida', desarrollado por Foucault, describe el proceso del poder social como normalizador y regulador en la racionalización de la vida. En el libro *Historia de la Sexualidad* indica que, dentro de las relaciones de poder, la sexualidad aparece como un punto de pasaje entre hombres y mujeres o entre jóvenes y viejos⁹. Además, los mecanismos de poder alrededor

9 Foucault 1998, volumen 1, pág. 62

de la sexualidad se plasman en el discurso, al articularse poder y saber de manera irregular en una multiplicidad de elementos discursivos que actúan con estrategias diferentes¹⁰. Por ende, Foucault no se restringe a la división dicotómica entre discurso excluido y aceptado, o discurso dominante y dominado. Dentro de estas variantes, también se encuentran las estrategias del silencio y del secreto, los cuales también “abrigan poder, negocian tolerancias y liberan apresamientos”. Es decir, transgreden relaciones de sometimiento o dominación. El doble funcionamiento de muchos comportamientos sociales lleva a la paradoja de severidad en el discurso y tolerancia en la práctica. Además, el ‘discurso del rechazo’, como elemento táctico en las relaciones de fuerza, no solo es externo a un grupo, sino que también circula dentro de la misma estrategia de aceptación. Por ende, para analizar un discurso relacionado con la sexualidad, Foucault indica que debe hacerse en dos niveles: su ‘productividad táctica’ (qué efectos recíprocos de poder y saber aseguran) y su ‘integración estratégica’ (bajo qué coyuntura y relación de fuerzas se presenta la situación).

Por otro lado, el ‘biopoder’ es un concepto que explica cómo la sexualidad femenina se limita a través de diversos dispositivos estratégicos. En primer lugar, la función reproductora, la forma heterosexual y adulta y la legitimidad matrimonial¹¹ pretenden regular la fecundidad de las mujeres. Además de ellos, existe el mecanismo de la ‘histerización del cuerpo de la mujer’, el cual califica al cuerpo femenino como elemento saturado de sexualidad. Se restringe a la mujer al espacio familiar bajo la justificación de ser un ‘elemento sustancial y funcional’. Un tercer modo de control es la ‘pedagogización del sexo del niño’, la cual delega a seres ‘superiores’ dentro de las categorías sociales (padres, familia, educadores, entre otras) la responsabilidad de educar en todo momento la sexualidad. En cuarto lugar, está la ‘psiquiatrización del placer perverso’, la cual busca aplicar correcciones a las ‘anomalías sexuales’. Finalmente, luego de haber perdido importancia la alianza del matrimonio en el último siglo, la nueva alianza alrededor de la sexualidad edifica “un conjunto de reglas que definen lo permitido y lo prohibido, lo prescrito y lo ilícito; [...] según técnicas móviles, polimorfos y coyunturales de poder”¹².

10 Ibid. pág.60.

11 Ibid. pág.62.

12 Ibid., págs. 64.

2. Políticas públicas en Perú para mujeres lesbianas

2.1. Marco jurídico de la situación de las mujeres lesbianas en el Perú

El Estado peruano, suscrito a varias convenciones internacionales de la ONU, no cuenta con legislación nacional ni políticas públicas a favor de las lesbianas, gais, bisexuales y personas transexuales y transgéneros¹³. El texto original de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), a la que Perú está suscrito desde 1980, no es explícito en la visibilización de la diversidad de mujeres y sus discriminaciones específicas. Sin embargo, el comité que vela por su cumplimiento recibe informes sombra de organizaciones sociales de los países miembros, en los cuales se incluye la situación de las mujeres pertenecientes a la población LGTBIQ. De la misma manera, los comités de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Humanos de la ONU cuentan con similares reportes.

El último reporte entregado por organizaciones peruanas al CEDAW, en julio de este año, indica la poca o nula mención de la protección que da el Estado para evitar discriminaciones por orientación sexual y/o identidad de género, y para proteger a la población LGTBIQ. Existe mención sobre la no discriminación por sexo en el artículo 2° inciso 2 de la Constitución, sobre la no discriminación por orientación sexual. Sin embargo, no existe legislación explícita sobre identidad de género en el Código Procesal Constitucional, sobre la población LGTBIQ en el Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010, sobre la homofobia en el Plan Nacional de Violencia contra la Mujer 2009-2015 ni sobre campañas contra prácticas discriminatorias basadas en la orientación sexual en el Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017 (PLANIG 2012-2017). En los casos de la Ley 28983 de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres y del Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016, hay ausencia de reconocimiento explícito de la orientación sexual y de la identidad de género, pues fueron excluidas del listado de categorías protegidas en ambos documentos.

13 Informe sombra sobre la situación de las mujeres en el Perú, presentado ante el comité CEDAW el 1 de julio de 2014, en Ginebra (Suiza). Inédito. La sección correspondiente a las mujeres lesbianas y transgénero fue elaborada por Belissa Andía (Instituto Runa) y Mónica Coronado (colectivo KRL).

2.2. Ejecución de políticas públicas referidas a mujeres lesbianas e intervención de la sociedad civil

2.2.1. Recopilación de información oficial básica: el empadronamiento clóset

En el 2013, el protocolo usado en el Empadronamiento de hogares y viviendas de Lima y Callao, realizado por el INEI¹⁴ contaba con “la indicación expresa de no reconocer a las personas del mismo sexo como pareja ni como familia”¹⁵. Esto fue denunciado por organizaciones de lesbianas, comunidad LGTB y feministas a la opinión pública y en redes sociales¹⁶, lo cual generó una aparente rectificación del organismo encargado. En la práctica, tampoco se hizo un reconocimiento explícito de la diversidad de familias existentes. Los representantes del INEI adujeron haber cometido un ‘error involuntario’, haber hecho la modificación del texto y haber dado nuevas indicaciones al personal. Estas en realidad seguían sin reconocer a las parejas LGTB como tales, puesto que los empadronadores debían colocar el código 11 ‘otro no pariente’, con lo cual quedan registrados como no consanguíneos pero no como pareja.

2.2.2. Políticas de salud pública para la población LGTBQ

En lo referido a políticas públicas relacionadas con la salud de las personas LGTBQ, existen dos organismos del poder ejecutivo encargados de promover la igualdad de género. Por un lado, el Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017 (PLANIG 2012-2017), elaborado por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (en adelante MIMP), es el documento que sirve para garantizar el goce y ejercicio de los derechos de las personas sin ningún tipo de discriminación. Propone la implementación de protocolos de atención en salud que integren el enfoque de género e interculturalidad y respeto a la orientación sexual. Sin embargo, no especifica resultados ni indicadores para combatir la

14 Instituto Nacional de Estadística e Informática

15 Informe sombra sobre la situación de las mujeres en el Perú 2014, presentado ante el CEDAW, en la sección sobre mujeres lesbianas y transgénero.

En caso de empadronar a una pareja homosexual, a una persona se le debía consignar como jefe de hogar y a la otra como “no pariente” (código 10).

16 Se usó la campaña virtual con el hashtag #NoMeCensos. También, colectivos LGTBQ imprimieron *stickers* para colocar en las puertas de los domicilios, en los cuales se indicó que no se recibiría la atención de los empadronadores.

discriminación hacia las mujeres lesbianas ni para la implementación de protocolos de atención acorde a sus necesidades específicas. Por otro lado, el Ministerio de Salud solo cuenta con normativa de atención referida a mujeres heterosexuales, por lo que la Articulación de Lesbianas Feministas de Lima ha presentado una Propuesta Técnica para la Atención Médica para las Mujeres Lesbianas en las Guías Nacionales¹⁷ en el 2014. En ninguno de los dos casos, se establece alguna normativa para proteger la salud de mujeres lesbianas con igualdad de derechos que cualquier mujer heterosexual y en atención a las especificaciones según su expresión afectivo-sexual.

2.2.3. Planes nacionales relacionados a la violencia contra mujeres lesbianas

La igualdad es un derecho que genera obligaciones al Estado. Sin embargo, no ha sido reconocida para todas las minorías dentro de las leyes peruanas. Por tanto, se presenta la consiguiente invisibilización de la igualdad para mujeres lesbianas por falta de estrategias contra los diversos tipos de violencia que sufren. Por un lado, el Plan Nacional de Violencia contra la Mujer 2009-2015 incluyó la homofobia como un tipo de violencia de género que también afecta a las lesbianas¹⁸, pero sin mención específica de la lesbofobia y la transfobia. Esto implica la ausencia de reconocimiento por parte del MIMP de la vulneración constante que mujeres lesbianas y transexuales sufren por su orientación sexual.

En lo que se refiere a los planes de acción, no se ha contemplado resultados ni actividades concretas para prevenir y erradicar la homofobia en general. Durante la elaboración del PLANIG 2012-2017, grupos de lesbianas feministas brindaron propuestas en función de las recomendaciones del CEDAW¹⁹. Esta propuesta se basaba en la demanda de un reconocimiento específico de la diversidad de mujeres para que cada grupo minoritario tuviera pleno acceso a la igualdad y para que sean identificadas las causas particulares de discriminación. A pesar de ello, no se reconoció a las lesbianas como sujetos políticos. Con

17 Disponible en: <http://lifisperu.org/version-digital-de-la-propuesta-tecnica-para-la-atencion-medica-para-lesbianas/>; <http://lifisperu.org/presentacion-de-la-propuesta-tecnica-para-la-atencion-medica-para-las-mujeres-lesbianas/>

18 Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, "Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer 2009-2015", págs. 5 y 14.

19 LIFS (Lesbianas Independientes Feministas Socialistas), "Lesbianas: Presencias y Ausencias en el Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017". 2013, p. 3.

respecto a los resultados a recoger, este plan incluye medidas, metas e indicadores sobre la erradicación de la discriminación por orientación sexual y para la atención de salud y registro de la violencia contra la comunidad LGTB. Sin embargo, no hay indicadores de resultados que midan cambios en materia de identidad sexual, derechos sexuales y derechos reproductivos, sino solo sobre participación y violencia de género.

El último Plan Nacional de Derechos Humanos ha tenido una historia más accidentada. Ya que debe ser la continuación del plan 2006-2010, el Estado propuso hacerlo vigente del 2012 al 2016. En junio del 2013, se evidenció el debate que en el Congreso de la República producía la inclusión de 'temas polémicos' como el aborto y los crímenes de odio por orientación sexual e identidad de género. En consecuencia, congresistas integrantes de la comisión de Justicia, pertenecientes a grupos conservadores tanto en el aspecto político como en el de creencias religiosas, eliminaron el agravante de delito por discriminación cuando se asesina a un gay, lesbiana, bisexual o transexual. Finalmente, durante las fechas de transmisión del Mundial de Fútbol, con poca atención de los medios de comunicación y de la población a las actividades congresales, se aprobó el plan para los años 2014-2016 dentro de un grupo de aprobaciones hechas por el Congreso y el Poder Ejecutivo desde la segunda mitad de junio hasta la primera mitad de julio de 2014.

Se contempla entonces que, a pesar de la intervención organizada de agrupaciones de lesbianas feministas y lesbianas activistas independientes en diversos espacios de consulta para la elaboración de políticas públicas, sus propuestas no son consideradas de manera explícita en los documentos de alcance nacional. A esto se añade el escaso número de casos de discriminación y violencia denunciados ante la autoridad policial o tramitados en el sistema de justicia, lo cual, según el informe sombra ante CEDAW, guarda estrecha relación con el maltrato que suelen recibir por parte de los operadores de los servicios a causa de su orientación sexual.

2.3. Informes anuales sobre derechos humanos de personas transexuales, lesbianas, gais y bisexuales en el Perú

Estos informes son redactados desde el 2005 por varias organizaciones sociales que trabajan por los derechos de la población LGTBIQ, para lo cual toman

como referencia los veintinueve principios de Yogyakarta²⁰. En dichos informes se señala, por ejemplo, el subregistro de los asesinatos a personas LGTBIQ, el desinterés de las instituciones para investigar los casos y la situación en la que este grupo social vive, la falta de políticas públicas que permitan una protección del derecho a la vida, la permisividad a los discursos discriminadores por parte de los medios de comunicación y de instituciones sociales, la afectación al derecho a la seguridad personal, etc. Con respecto a las lesbianas, indica que son las personas con mayor invisibilización en el sistema, por lo cual está relacionado con la violencia doméstica ejercida por familiares, parejas y ex parejas. Por tanto, las iniciativas del Estado deben dejar de ser declarativas y pasar a una implementación real.

En lo que respecta a los llamados derechos de segunda generación, se consideran una realidad muy lejana pues ni siquiera las personas con comportamientos aceptados por la heteronormatividad reciben protección por parte del Estado. Así como se indicó para el derecho a la salud, en lo que respecta a la educación, la vivienda y el acceso a trabajo digno, las mujeres lesbianas se ven afectadas ante esta múltiple vulneración de derechos.

3. El análisis del caso

3.1. La vulneración de los derechos a la vida y seguridad personal

El 28 de febrero de 2014, a las 9:30 p. m., ocurrió un caso específico de crimen de odio, el cual fue informado al país por los medios de comunicación masiva y generó la acción de la comunidad LGTBIQ y de activistas feministas organizadas. Pilar Fachín Paiva, mujer lesbiana con un hijo de 11 años y conviviente de Yorgui Vásquez Saldaña (27 años) dentro de una relación de 11 años, fue atacada por el hermano de su pareja, Francisco Vásquez Saldaña (25 años)²¹. Esto sucedió en la calle Pucallpa 307, del barrio de La Florida, ciudad de Yurimaguas, provincia de Alto Amazonas, región Loreto, en la selva norte peruana. Pilar reci-

20 Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

21 Información extraída de dos radios: http://www.rpp.com.pe/2014-03-03-yurimaguas-desfiguran-a-mujer-por-defender-a-su-pareja-noticia_674084.html (RPP Noticias), http://www.youtube.com/watch?v=6g1NeM6b_HQ (Programa Apertura Informativa, RTV Oriente)

bió siete machetazos en el rostro, cuello y cabeza, luego de intervenir para que su pareja no sea golpeada por el hermano. Luego del brutal ataque, fue salvada gracias a la rápida intervención del alcalde, quien la derivó de manera urgente del hospital local de apoyo Santa Gema al hospital Hipólito Unanue (conocido como Bravo Chico, en el distrito El Agustino, Lima) para ser operada. Junto a ella, viajaron su hermana, Yorgui y el hijo de Pilar, Anderson. Vulnerada en sus derechos a la vida y a la salud, ha debido huir de su ciudad con su familia hasta la capital del país y ha salido adelante con el apoyo de activistas, instituciones sociales y funcionarios individuales del Estado. El tiempo que estuvo en el hospital Unanue, la familiar responsable era su hermana, pues no existen matrimonios legales entre personas del mismo sexo en el Perú. Adicionalmente, su vida laboral ha cambiado, porque antes era el sostén de su abuela y de su hijo, mientras que, en la nueva ciudad, Yorgui trabajó como ayudante de cocina en un chifa para mantener la familia. Con respecto a su atacante, fue denunciado a los pocos días de lo ocurrido por una tía de Pilar. La organización PROMSEX²² ha asumido su caso como caso emblemático y hasta el momento sigue en prisión.

3.2. Los ámbitos legal y social del contexto

En el Perú, en líneas generales, las leyes se cumplen según el entorno de cada persona o grupo social. Es decir, el homicidio y el feminicidio tienen penas severas de cárcel, pero, dado que las leyes nacionales no castigan de manera explícita los crímenes de odio por orientación sexual y/o identidad de género, se produce un silencio que es asumido como permisivo para generar estos tipos de violencias. Por otro lado, los acuerdos internacionales suscritos por el Perú lo obligan a respetar y proteger a todo grupo minoritario y a generar normas y leyes de mayor protección en caso de ser grupos vulnerables. Estos acuerdos y pactos tienen dos dificultades en el país:

1. *No se aplican en las leyes nacionales:* La sociedad civil debe continuamente exigir su legislación y reglamentación. Estas leyes deberían ser aplicadas a todo nivel. Es decir, también debe incluir a los gobiernos locales. Sin embargo, hay escasez de ordenanzas de no discriminación en los distritos.
2. *Los pactos internacionales son desconocidos por la mayoría de la población*

22 Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos

peruana: Si las personas e instituciones incumplen las leyes peruanas y el Estado peruano no difunde ni vigila su correcta aplicación, las leyes internacionales reciben mucha menor atención.

A este contexto jurídico práctico se añade el desconocimiento general de la población de términos como ‘orientación sexual’ e ‘identidad de género’. Es decir, el discurso dominante silencia términos neutros que identifican sexualidades no heteronormativas. Los que se usan son ‘opción sexual’, ‘enfermedad’, además de palabras denigrantes para referirse a las personas LGBTIQ, tanto dentro de un discurso mesurado como en momentos de violencia verbal o simbólica.

En conclusión, el silencio discursivo se manifiesta en los niveles social y legal nacional.

3.3. El discurso y el biopoder

La relación de pareja entre Pilar y Yorgui no cumple la ‘estrategia del secreto’ mencionada dentro del concepto de normalización de la vida. Además de expresarse públicamente ante la sociedad, también lo hacían ante sus familias y el hijo de Pilar, Anderson.

Si bien existe el ‘discurso del rechazo’, es decir, la lesbofobia social y el silencio jurídico, que va en contra de la población LGBTIQ, el comportamiento público de la pareja era aceptado, dentro de lo que permite la sociedad homolesbófoba y tradicionalista. Ellas vivían juntas en la casa de los padres de Yorgui. Como bien indica Foucault, “el rechazo no tiene una única forma”, sino que varía según los grupos o según las personas. Personas como el cuñado, muestran que dentro de un grupo tolerante existen individuos que manifiestan una forma mucho más grave de rechazo (el físico) y atentan incluso contra la vida de quien no cumple su modelo de sexualidad. Es el ‘biopoder’ de un hombre hacia una mujer, expresado a través del ‘dispositivo estratégico de la forma heterosexual’, dado que Pilar no es heterosexual. Pilar tampoco cumple con un ‘cuerpo histerizado’, un cuerpo cargado de sexualidad, en el sentido que la sexualidad externa de ella no cumple con los patrones heteronormativos. Ella, haciendo uso de su libertad y autonomía de cuerpo, cumple con mostrar una sexualidad como considere conveniente. Según el patrón heteronormativo, su aspecto es más masculino que femenino, lo cual lleva a quienes rechazan esa

decisión, a aplicar correcciones sobre su ‘anomalía sexual’. Su sexualidad debe pasar por la aprobación de otras personas, ni siquiera por la de Yorgui o de su hijo, sino por una persona con quien no comparte su intimidad, quien aplica el dispositivo estratégico de control de la sexualidad, la ‘psiquiatrización del placer perverso’.

3.4. Artículos del PIDESC involucrados

El artículo 2.2 del PIDESC dispone que

“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”.

Este artículo busca reafirmar su existencia en base a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, relacionándolo con el artículo 3:

“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”.

El artículo 8 reconoce el derecho al trabajo que genere condiciones de existencia digna para las personas y sus familias y el artículo 9 reconoce el derecho a la seguridad y al seguro social. El artículo 10.1 reconoce que los Estados Partes deben proteger a las familias en cuanto a cuidado y educación de los hijos, y el 10.3 obliga a 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.

El artículo 11 reconoce 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. También reconoce el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, incluso adoptando programas concretos.

El artículo 12 reconoce el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, entre otras cosas bajo la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica.

El artículo 13 reconoce el derecho de toda persona a la educación, para lograr 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. La educación también debe capacitar a todas las personas para participar en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todos los grupos sociales, así como promover el mantenimiento de la paz.

Finalmente, el artículo 15 reconoce el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.

El 05 de julio de 2014, la publicación del Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016 excluyó los derechos humanos de la comunidad LGBTI, luego de haber participado en consultas nacionales realizadas durante el 2012, donde se consensuaron 18 acciones que debía contener el plan, tales como leyes y ordenanzas contra la discriminación y los crímenes de odio, medidas preventivas del *bullying* homofóbico, el reconocimiento de derechos de las parejas homosexuales y la ratificación de tratados internacionales. Sin dichas medidas, que refrendan los derechos humanos fundamentales a la vida y la libertad, el Estado Peruano no tiene capacidad para cumplir plenamente sus responsabilidades definidas en el PIDESC.

El desarraigo sufrido por Pilar y su familia, su migración forzada debido, por una parte, a la agresión sufrida, pero también para recibir un servicio adecuado de salud que solo era posible en Lima, la asesoría legal y el apoyo psicológico dado por organizaciones de derechos de las mujeres, concentradas principalmente en la capital, no le permiten un resarcimiento pleno de su bienestar y dignidad como persona. Incluso en Lima, gran parte de la responsabilidad emocional, legal y económica la ha asumido la sociedad civil y quienes han financiado y apoyado por parte del gobierno, han sido mayormente funcionarios a título individual o por empatía personal, dado que su caso debía ser tratado con el cuidado respectivo para evitar nuevas discriminaciones por orientación sexual e identidad de género. Los costos sociales como el aban-

dono forzado del trabajo, la transferencia de su hijo a una escuela diferente, la exposición del mismo a un *bullying* homofóbico por vivir dentro de una familia no tradicional, tampoco han sido asumidos por el Estado. La implementación de la vivienda fue realizada a través de donaciones de activistas feministas y LGBTI. Cabe mencionar que el acercamiento de estas últimas le ha permitido un nuevo círculo de amistad en una ciudad extraña.

Bibliografía

CLADEM Perú. Informe Alternativo al Séptimo y Octavo Informe Periódico del Estado Peruano, para el 58 Periodo de Sesiones del Comité CEDAW [en línea]. Lima, 2014. 42 págs. Disponible en: <http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/PER/INT_CEDAW_NGO_PER_17371_S.pdf>

CONSEJO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Ministerio de Justicia. Plan nacional de derechos humanos 2006-2010 [en línea]. Perú, 11 de diciembre de 2005. 40 págs. Disponible en: <<http://www.mindef.gob.pe/informacion/documentos/Plan%20Nacional%20de%20DD.HH%202006-2010.pdf>>

ESPINOZA, Susan. Personas homosexuales no son incluidas en el empadronamiento del INEI. Spacio Libre [en línea]. Lima, 10 de julio de 2013. [Fecha de consulta: 10 de setiembre de 2014]. Disponible en: <<http://www.spaciolibre.pe/personas-homosexuales-no-son-incluidas-en-el-empadronamiento-del-inei/>>

FOUCAULT, Michel. Historia de la sexualidad 1: La voluntad del saber. Vigésimo-quinta edición en español. México, Siglo veintiuno editores, s.a. 1998. 95 págs.

FOUCAULT, Michel. Nacimiento de la biopolítica: Curso del Collège de France (1978-1979). Primera edición. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica. 2007. 401 págs.

JAIME Ballero, Martín (relator), Red Peruana TLGB y PROMSEX. Informe anual sobre derechos humanos de personas Trans, Lesbianas, Gays y Bisexuales en el Perú 2008. Lima, 2009. 127 págs.

LIFS (Lesbianas Independientes Feministas Socialistas). Propuesta Técnica para la Atención Médica para las Mujeres Lesbianas en las Guías Nacionales [en línea]. Lima, 2014. 40 págs. Disponible en: <<http://lifsperu.org/version-digital-de-la-propuesta-tecnica-para-la-atencion-medica-para-lesbianas/>> y <<http://lifsperu.org/presentacion-de-la-propuesta-tecnica-para-la-atencion-medica-para-las-mujeres-lesbianas/>>

LIFS (Lesbianas Independientes Feministas Socialistas). Lesbianas: Presencias y Ausencias en el Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017. Lima, 2013.

MEZA Caballero, Carla (relatora), Red Peruana TLGB y PROMSEX. Informe anual sobre derechos humanos de personas Trans, Lesbianas, Gays y Bisexuales en el Perú 2013-2014. Lima, 2014. 115 págs.

MIMDES - Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social. Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer 2009-2015 (PNCVHM 2009-2015) [en línea]. Lima, 2009. 50 págs. Disponible en: <http://www.unfpa.org.pe/Legislacion/PDF/20090326-MIMDES-Plan-Nacional-Contra-la-Violencia-Hacia-la-Mujer_2009-2015.pdf>

MIMP - Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017 (PLANIG 2012-2017) [en línea]. Lima, 2012. 72 págs. Disponible en: <http://www.mimp.gob.pe/files/planes/planig_2012_2017.pdf>

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Plan nacional de derechos humanos 2014-2016. Perú, junio de 2014.

Se terminó de imprimir, en los talleres
de Sonimágenes del Perú SCRL
en el mes de diciembre de 2015
Teléf.: (511) 652-3444

**El III Congreso Peruano
de Derechos Humanos
fue organizado por:**

Coordinadora Nacional
de Derechos Humanos,
APRODEH y Taller de
Derechos Humanos Alfredo
Torero; con el apoyo de
la Escuela Académico
Profesional de Ciencia Política
de la Universidad Nacional
Mayor de San Marcos y la
Coalición Flamenca para la
Cooperación Norte – Sur
11.11.11.

