

**Anuario de Derecho
Constitucional Latinoamericano**

27° año

Anuario 2021

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
2021

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2021

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO

Publicación anual del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

Se especializa en derecho constitucional y también publica artículos relativos a otras ramas del derecho, tales como el derecho procesal constitucional, el derecho administrativo, los derechos y las garantías individuales, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de la integración.

Estos temas constituyen, además, los ejes del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la entidad editora, la Fundación Konrad Adenauer.

El ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO tiene como objetivo difundir trabajos de investigación de autores latinoamericanos y pretende lograr una distribución equitativa de temas y de nacionalidades de los autores.

Los artículos que se publican deben ser inéditos y de contenido científico. Se destina, asimismo, un espacio para el análisis de jurisprudencia relevante en materia constitucional.

Esta publicación se distribuye gratuitamente, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

© 2021 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e.V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (+49-30) 269 96 453

Fax: (+49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica

Calle 93 B n.º 18 - 12, piso 7

Bogotá

República de Colombia

Tel.: (+57 601) 743 09 47

Fax: (+57 601) 743 09 47-7

www.kas.de/iusla

iusla@kas.de

Twitter: @KASiusLA

Facebook: www.facebook.com/kasiusla

Instagram: @KASiusLA

Editores responsables

Marie-Christine Fuchs

Hartmut Rank

Coordinación editorial

Magdalena Schaffler

Coordinación académica

Anna Luisa Walter de Santana

Revisión de textos

Emma Ariza, María José Díaz Granados (español)

Paulo Baptista (portugués)

Traducción

Paulo Baptista, Alexandre Xifre, Jana Speidel (portugués)

Dieter Schonebohm (alemán)

Daniel Kaplan (inglés)

Diagramación

Marta Rojas

Impresión

Editorial Temis

ISSN 2346-0849

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Correspondencia, contribuciones, solicitudes de canje o donación e-mail: iusla@kas.de

El ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO está registrado en el Directorio Latindex.

Contenido

Presentación	9
--------------------	---

Notas y ponencias especiales

- Hernán Salgado Pesantes (Ecuador)
*Las restricciones de derechos en pandemia
y el rol de los jueces constitucionales*.....17
- Stephan Harbarth (Alemania)
*La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania
sobre la protección de los derechos fundamentales
en tiempos de pandemia*27
- Arturo Zaldívar (México)
La justicia mexicana frente a la pandemia.....35
- José Antonio Dias Toffoli (Brasil)
*Jurisprudência dos tribunais, cortes e salas constitucionais da região
para proteger as liberdades fundamentais em tempos de pandemia*39

Eje 1. La interacción compleja y ambigua del derecho a la protesta social y el uso de la fuerza en las democracias de la región

- Pablo Roberto Toledo (Argentina)
Ignacio Noble (Argentina)
*Protesta social: participación, tensiones y necesidad
de un abordaje dialógico*.....45
- César Francisco Gallegos Pazmiño (Ecuador)
*¿Constitucionalismo revolucionario o revolución constitucional?:
reflexiones sobre las implicaciones constitucionales de la revolución*.....75
- Gerardo Tripolone (Argentina)
*Fuerzas armadas, protesta social y los límites
del sistema interamericano de derechos humanos* 111

- José Reynel Cristancho Díaz (Colombia)
Protesta social, derechos humanos y discurso de las “manzanas podridas” en Colombia..... 131
- Ingrid Valia Valdivia Vargas (Perú)
 Andrés Eduardo Salcedo Camacho (Colombia)
Conceptualización del derecho a la protesta y su ejercicio en tiempos de pandemia 155
- Álvaro Másquez Salvador (Perú)
 Luis Purizaga Vértiz (Perú)
Un diagnóstico de la protesta social en el Perú del Bicentenario: desde su criminalización hasta el reconocimiento como derecho fundamental 181
- Víctor Alfonso Mamani Cusiatau (Perú)
El ombudsman y su rol en Perú y Latinoamérica como garante de la sociedad ante el desproporcionado uso de la fuerza pública durante las protestas sociales 211
- Alex Valle Franco (Ecuador)
 Daniel De La Vega (Ecuador)
Crónica de una represión anunciada: análisis de las protestas de octubre de 2019 en el Ecuador 237
- Armando Chaguaceda Noriega (Cuba)
 Arturo Miguel Chípuli Castillo (México)
La impronta schmittiana: (ab)usos autoritarios del derecho y el poder en la actualidad política latinoamericana 261

Eje 2. El constitucionalismo feminista o un derecho constitucional más inclusivo

- Edward J. Pérez (Venezuela)
 María Fernanda Perico (Colombia)
La perspectiva de género como principio de interpretación del derecho interamericano 281
- Raquel Victoria Domínguez Padilla (Ecuador)
*¿Igualdad para diversos?
Problemas de la igualdad material frente a la diversidad*..... 311
- Luísa Lacerda (Brasil)
 Nina Pencak (Brasil)
O constitucionalismo feminista e a sua influência no Supremo Tribunal Federal do Brasil 333

- Camila Arias Trujillo (Ecuador)
Amalia Fernández Salvador (Ecuador)
*Un análisis del constitucionalismo feminista ecuatoriano
bajo el lente de las generaciones del feminismo jurídico*..... 353
- Máriam Joaquim (Brasil)
*Os discursos feministas à luz da teoria do poder-saber
e da sua importância para uma leitura plural
do Estado Democrático do Brasil* 375
- Daniel Quintanilla Castro (México)
*De la igualdad formal al juicio con perspectiva de género:
una breve historia sobre la evolución del concepto de igualdad
a partir de la reforma del artículo 4º, primer párrafo,
de la Constitución mexicana* 395
- Manuellita Hermes (Brasil)
Tahiana Vieira (Brasil)
*Representación femenina en el Poder Judicial y en la Abogacía
General del Estado de Brasil: tiempo, dinámica, constitución
y transformación*..... 415
- Wilson Engelmann (Brasil)
Hérica Cristina Paes Nascimento (Brasil)
Patrícia da Silveira Oliveira (Brasil)
*A desigualdade de gênero frente às possibilidades
e desafios trazidos pela Quarta Revolução Industrial* 435
- Héctor Alberto Pérez Rivera (México)
*Feminicidio: tipificación y atención.
Ejemplo de incorporación del derecho internacional
de los derechos humanos en el derecho penal nacional*..... 463
- Flávia Piovesan (Brasil)
Melina Girardi Fachin (Brasil)
Catarina Mendes Valente Ramos (Brasil)
*A escolha da mulher latino-americana: comentários sobre
o aborto no contexto interamericano de defesa dos direitos humanos*..... 485
- Tatiana Limas Córdoba (Colombia)
Daniela Camacho Vinuela (Colombia)
*Mujeres de paz: el papel de la mujer víctima de graves violaciones
de los derechos humanos en la construcción de memoria* 503
Instrucciones para la presentación de artículos 533

Presentación

Con orgullo y satisfacción presentamos el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, el cual es un esfuerzo para reflexionar y generar nuevo conocimiento acerca de los principios generales que le dan sustento al constitucionalismo moderno, a partir de los contextos de cada uno de los países estudiados. Los análisis realizados por los diferentes autores invitados han permitido empezar a comprender las coyunturas, los cambios, las constantes, las tensiones y las necesidades de los Estados constitucionales occidentales. En este sentido, y entendiendo que las crisis de las democracias modernas ya no se presentan a partir de dictaduras explícitas que vetan cualquier tipo de crítica, sino a través de mecanismos sofisticados de control ciudadano que no permiten la libertad plena de los derechos humanos, la vigesimoséptima edición de este anuario se ha enfocado en generar conciencia sobre estos nuevos tipos de límites.

La perspectiva dialógica ha sido siempre la base de creación de nuestros textos, y, en estos 27 años, el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* se ha convertido en una publicación que ha visto el derecho como una forma de imaginar la realidad. Por lo tanto, la visión de autores de diferentes países de América Latina ha facilitado a los juristas alemanes y europeos en general el acceso a las discusiones constitucionales actuales de los dos continentes.

Para la presente edición, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica ha compilado 20 valiosos artículos en dos ejes temáticos i) la interacción compleja y ambigua del derecho a la protesta social y el uso de la fuerza en las democracias de la región, y (ii) el constitucionalismo feminista o un derecho constitucional más inclusivo. Además, el Anuario se abre con cuatro artículos especiales, que son el resultado de ponencias presentadas en el marco del XVII Encuentro Anual de Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de América Latina, el cual se llevó a cabo en julio de 2021, y cuyo eje es la función de los jueces en la protección de los derechos humanos en tiempos de pandemia. Las temáticas nos motivan a continuar haciendo análisis de coyuntura y a seguir acrecentando el conocimiento de la historia global de los países en estudio. Además, esta pandemia, caracterizada como tal por la Organización Mundial de la Salud (OMS) a inicios de 2020, no solo cambió las perspectivas desde el punto de vista económico y de la salud en la región y en el

mundo, sino que abrió un espacio para el surgimiento de nuevas propuestas epistemológicas a nivel social y jurídico, a las que hay que prestarles atención, ya que hacer consciente un evento es también empezar a crear alternativas para su solución. En efecto, el Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer parte de generar consciencia desde el ámbito jurídico y político para la creación de propuestas novedosas que se vayan fortaleciendo en los espacios académicos.

La protesta social y el uso de la fuerza en las democracias de la región

En este primer eje temático hemos invitado a los autores a reflexionar sobre la protesta social en relación con su estructura, su reconocimiento y sus límites, así como sobre la función que debe cumplir el Estado para garantizar o limitar dicha protesta. En efecto, con el planteamiento de este tema se busca fomentar el debate respecto a la protesta y su protección en los ámbitos nacionales e internacionales, y también sobre las medidas muchas veces represivas que han tomado algunos Estados de la región para limitarla de manera ilegítima.

Los efectos de la pandemia llevaron a acentuar las desigualdades económicas, ya de por sí marcadas en América Latina, y, con ello, al inmediato estallido de protestas sociales a las que el derecho protege, pero a las que también el Estado tiene derecho a limitar. Los distintos mecanismos y límites son el principal estudio de este eje temático, así como la función que cumple el derecho para abrir posibilidades o limitar los derechos de los ciudadanos a protestar. En efecto, los mecanismos constitucionales de cada uno de los países en estudio permiten hacer una reflexión general acerca de los principios de la protesta y de sus cláusulas de protección, así como de los efectos que el derecho a la protesta consigue de manera inmediata y a largo plazo.

Esta primera parte condujo a los autores a examinar temas específicos, como la conceptualización de la protesta, las garantías que se deben concretar para la misma en el marco de los derechos humanos y, finalmente, a analizar las funciones que ha cumplido la fuerza pública, así como el desbordamiento que esta ha tenido en el uso de la fuerza, en países como Colombia y Ecuador. Esta primera parte también nos presenta reflexiones dogmáticas acerca de las características de la protesta y su relación con la estructura del Estado, lo que la impulsa y la función que presta para garantizar otros derechos humanos.

Cada uno de los asuntos que se van desarrollando en la presente edición permitirá ir creando un corpus académico a partir del cual fortalecer la democracia de los países, para que estos puedan abrir espacios de debate que cambien la violencia por ámbitos dialógicos y de protección que garanticen los derechos civiles y políticos.

El constitucionalismo feminista o un derecho constitucional más inclusivo

El segundo eje temático de esta edición del *Anuario* se concentra en analizar la perspectiva de género en los ámbitos internacionales, nacionales, constitucionales, y en

su inmediata relación con el principio de igualdad. Desde una perspectiva jurídica fue necesario convocar a los autores y las autoras a hacer estudio alrededor de los límites impuestos a las diferentes formas de expresión identitarias. Las relaciones de poder han creado espacios restrictivos, los cuales no permiten ingreso, acceso o ascenso social por igual a diferentes personas, en relación con su sexo o raza.

Los estudios interseccionales han generado espacios de diálogo y reflexión sobre los diferentes mecanismos de discriminación, así como sobre las garantías que han ido desarrollando los diferentes países en estudio. Los estudios de género y el feminismo son marcos metodológicos que permiten abrir espacios para imaginar nuevas realidades y, a partir de estas, pensar en los avales necesarios para que el derecho pueda garantizar el libre desarrollo de las diferentes identidades, las cuales enriquecen la cultura del mundo.

En este segundo eje temático se encuentran consideraciones en torno a la perspectiva de género y el feminismo como marcos interpretativos para entender la protección que se debe brindar a la diversidad, tanto en el derecho internacional como en el nacional. La garantía de crear un derecho igualitario para la diversidad ha llevado a las constituciones modernas a crear cláusulas de igualdad, las cuales no solo garantizan la igualdad formal ante la ley, sino que también crean espacios para dicha igualdad formal, con acciones afirmativas o mecanismos de protección identitarios.

La historia del feminismo, la protección de las mujeres por medio de la tipificación de delitos que tienen una pena mayor cuando esta es sujeto de protección, la apertura o los límites del derecho y del sistema judicial para la protección de género son la base que fundamenta esta segunda parte. Esperamos que esta introspección conduzca a ver los avances que en este tema se han logrado, pero también que sea un llamado de atención acerca de las diferentes formas de discriminación que se han venido desarrollando, y que no son del todo visibles, o al menos conscientes, en muchos ámbitos sociales.

Ejes temáticos para la vigesimoctava edición

Una vez presentado el bosquejo general de esta edición, queremos anunciar que la vigesimoctava edición del *Anuario de Derecho Constitucional* versará particularmente sobre un problema que por años ha afectado la economía, la cultura, la ética y el buen desarrollo de las instituciones de los países latinoamericanos: la corrupción y los derechos humanos en el ámbito del derecho constitucional.

Como siempre, esperamos motivar a una gran cantidad de autores para que nos compartan sus trabajos, especialmente a autoras, quienes siguen estando subrepresentadas en las publicaciones jurídicas especializadas en la región, incluida esta publicación. Con mucha preocupación hemos observado que, con la pandemia, la presencia de mujeres en espacios académicos y en la investigación disminuyó considerablemente.

Esta temática se pretende abrir con el debate sobre la capacitación a jueces en ética y conductas judiciales contra la corrupción: una prioridad para los poderes judiciales. Partir de una discusión acerca de los conceptos éticos en el poder judicial es empezar a tejer un sistema de mecanismos para que el derecho comience a crear consciencia entorno a la función que deben cumplir los abogados. En países tan burocratizados como los latinoamericanos, la generación de distintas herramientas, tanto legales como simbólicas, podría permitir un mayor control sobre los procesos que se desarrollan en la función pública. El debate sobre la corrupción se encuentra en todas las campañas presidenciales de la región, y crear propuestas alrededor de la misma, especialmente a través de la capacitación en el poder judicial, seguramente abrirá puertas a nuevas posibilidades de control.

Ahora bien, el eje de toda la temática de nuestra convocatoria es la convergencia y las tensiones que se crean entre la corrupción y los derechos humanos. Las discusiones que se plantean aquí tienen que ver con la creación de una carta de navegación internacional, que permita llamar la atención sobre la necesidad de un estatuto general de principios que den cuenta de la relación entre la corrupción y la violación sistemática de varios derechos humanos. En este sentido, la globalización del derecho permitirá elevar peticiones internacionales para que los Estados se hagan responsables de la violación de los derechos humanos por culpa de la corrupción institucional. Este paso, por supuesto, no es inmediato, y será necesario reflexionar acerca de tipologías, delitos y otras cuestiones para hacer visible lo que implica la corrupción en el deterioro institucional y ciudadano de los países que la padecen.

Los derechos económicos, sociales y culturales también se ven afectados por la falta de recursos, que se pierden, pues los dineros no logran llegar a su destino, lo que genera desigualdad, materializada en brechas sociales que conducen a la violencia y cierran espacios dialógicos necesarios. La corrupción, por lo tanto, es un proceso que debilita la democracia y los derechos individuales y sociales. Por ello, es un deber ético de nuestra Fundación empezar a abrir espacios de discusión, donde tengan cabida los académicos de diferentes regiones para que piensen en nuevas formas de detener un problema tan generalizado como la corrupción, por medio de mecanismos constitucionales e internacionales.

Queremos, además, invitar a los autores a sentirse libres de enviarnos sus contribuciones académicas con enfoques que se encuentren fuera del eje específico mencionado. Esto, con la finalidad de retomar la diversidad de artículos académicos relacionados con el derecho constitucional contemporáneo y que, seguramente, serán de primordial importancia nacional e internacional.

Una vez formulado el eje temático específico de la convocatoria general que estructurará la siguiente edición, queremos extender nuestros agradecimientos profundos a todas las autoras y los autores de esta obra por la calidad y el rigor académico de sus trabajos y por su disposición permanente para contribuir al engrandecimiento del *Anuario*, promoviendo el diálogo regional y constitucional a través de sus aportes. De igual forma, queremos agradecer de manera especial al Comité

Editorial por sus comentarios y revisiones críticas, que han permitido enriquecer cada uno de los artículos aquí publicados y, de forma general, a todo el equipo del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer por su incansable trabajo.

Esperamos que esta publicación del *Anuario de Derecho Constitucional* sea, como en las pasadas ediciones, de utilidad para los proyectos de las lectoras y los lectores, y represente una significativa y útil contribución al diálogo constitucional transnacional en la región.

Hartmut Rank

Director del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Fundación Konrad Adenauer

Magdalena Schaffler

Coordinadora de Proyectos del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Fundación Konrad Adenauer

Notas y ponencias especiales

- **Hernán Salgado Pesantes (Ecuador)**
Las restricciones de derechos en pandemia y el rol de los jueces constitucionales
- **Stephan Harbarth (Alemania)**
La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre la protección de los derechos fundamentales en tiempos de pandemia
- **Arturo Zaldívar (México)**
La justicia mexicana frente a la pandemia
- **José Antonio Dias Toffoli (Brasil)**
Jurisprudência dos tribunais, cortes e salas constitucionais da região para proteger as liberdades fundamentais em tempos de pandemia

Hernán Salgado Pesantes* (Ecuador)

Las restricciones de derechos en pandemia y el rol de los jueces constitucionales

The restrictions of rights in a pandemic and the role of constitutional judges

Introducción

El 12 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró una situación grave de pandemia mundial en razón de la rápida expansión ocasionada por el covid-19. Esta situación representó un reto y, en muchos casos, un peligro para el funcionamiento de las democracias, el Estado de derecho y la garantía de los derechos humanos. La mayoría de los Estados del mundo ha declarado estados de emergencia o excepción sanitaria, o sus equivalentes (estados de alarma), y ha adoptado medidas extraordinarias para enfrentar los peligros y la grave situación creada por la pandemia. Los retos derivados de esta situación exigieron al Estado constitucional ser operativo y funcional en la medida en que las soluciones a la emergencia requerían capacidad de coordinación y ejecución, así como respuestas razonables.¹

Dentro de este contexto, las cortes y los tribunales constitucionales tienen el deber de vigilar que las medidas extraordinarias que se adopten para enfrentar la pandemia causada por el covid-19 estén dirigidas a utilizar los medios en forma proporcional para lograr el fin legítimo de garantizar los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de las personas; pero no para restringir sus derechos de manera innecesaria o desproporcionada, buscando siempre mantener el Estado constitucional y el convivir democrático.

* Ph. D. en Ciencia Política, Universidad Panteón Sorbona - París. Presidente de la Corte Constitucional del Ecuador, expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. hernan.salgado@cce.gob.ec.

¹ Diego Valadés, “Reflexiones constitucionales a propósito del covid-19”, *Revista Derechos en Acción* 5, n.º 15 (2020): 321-329.

Los estados de excepción o de emergencia no deben afectar el funcionamiento de los poderes públicos. De allí la importancia fundamental de garantizar el funcionamiento activo del Estado constitucional y democrático de derecho, bajo la situación extraordinaria de la pandemia causada por el covid-19, para que los actos extraordinarios que tengan que ser dictados por el Gobierno puedan ser controlados por el poder legislativo y por los tribunales, especialmente los de la jurisdicción constitucional. Pero, además, es importante que esas medidas extraordinarias se sujeten al derecho convencional y puedan ser sometidas a sus controles, a fin de alcanzar la efectiva protección de las personas.

En Ecuador, el primer caso de covid-19 fue reportado a inicios de marzo de 2020. A mitad de ese mes, el país entró en un estado de excepción que, entre otras medidas, dispuso un toque de queda. A pesar de estas medidas, las provincias de Pichincha, Guayas y Manabí fueron duramente afectadas. El índice de mortalidad alcanzó picos extraordinarios y el sistema de salud colapsó. El sistema hospitalario tuvo serias limitaciones en cuanto a su capacidad de respuesta. Esta precaria situación estuvo relacionada con la baja disponibilidad de equipos y medicina especializada, pero también con los escándalos de corrupción por sobrepagos en la adquisición de insumos médicos.

Este artículo abarca varios puntos que vale la pena destacar. Primero, se analiza el rol del control de constitucionalidad en el contexto de la pandemia. Segundo, se expone el marco de actuación de los jueces constitucionales durante la emergencia a partir de la actividad de la Corte Constitucional del Ecuador (CC o CCE). Finalmente, se anotan algunas conclusiones derivadas de los puntos anteriores.

1. Rol del control de constitucionalidad durante la pandemia por el covid-19

En este contexto, el rol de los jueces constitucionales abarca el control de varias dimensiones: garantizar que las medidas adoptadas por el Gobierno guarden conformidad con los estándares constitucionales e internacionales. Es decir que el ejercicio del poder esté comprometido con la realización de los derechos y sometido a las categorías institucionales (división, responsabilidad y control) que generan libertad, así como asegurar que la excepción (fáctica y jurídica) se convierta en norma.² De esta manera, esas medidas excepcionales deben ser necesarias, graduales, temporales, idóneas y proporcionales para lograr el fin legítimo de garantizar los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de las personas. No obstante, dichas medidas

² Miguel Revenga Sánchez y José Joaquín Fernández Alles, “Reflexiones constitucionales (españolas y europeas) a propósito de la pandemia”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* VI, n.º 11 (2020).

no podrán restringir derechos de manera innecesaria o desproporcionada, y mucho menos dismantelar la Constitución y restringir el Estado de derecho y la democracia.

En este sentido, en nuestro continente, el juez controla que las medidas sean *necesarias y adecuadas*, tanto médica como técnicamente, para lograr el fin de prevenir la propagación del virus y hacer posible el tratamiento de las personas afectadas. La *gradualidad* también es esencial en ambos sentidos: incremental, de menor a mayor intensidad frente a la gravedad de la situación excepcional; y decreciente, de mayor a menor intensidad según la gravedad de la situación excepcional. La *temporalidad* de las medidas excepcionales es otro elemento esencial, ya que su duración está estrictamente limitada a las exigencias de la situación, por lo cual depende directamente de la existencia objetiva de la situación excepcional causada por la pandemia. En relación con la *proporcionalidad* se debe evaluar la pertinencia de las medidas caso por caso con el fin de ponderar el sacrificio sufrido por el derecho restringido, por un lado, y los beneficios públicos o privados derivados de la correspondiente restricción, por el otro. En cuanto a la *idoneidad*, exige que las medidas tengan la aptitud para coadyuvar a la consecución de la finalidad.³

Para estos efectos, el juez debe apoyarse en instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que en su artículo 27.1 prescribe lo siguiente:

En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, este podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) también arroja luz a través de la Opinión Consultiva OC-8/87, que determinó que, a pesar de que en ciertas ocasiones la suspensión de garantías es necesaria para atender situaciones de emergencia pública, no se puede hacer abstracción de posibles abusos respecto a medidas que no estén objetivamente justificadas.

Como se desarrollará más adelante, con ocasión de la pandemia por el covid-19, la Corte Constitucional del Ecuador emitió ocho dictámenes de control de constitucionalidad sobre decretos presidenciales de estado de excepción y sus respectivas renovaciones. En estos dictámenes, la Corte Constitucional, en varias ocasiones, limitó las medidas propuestas por el Ejecutivo. Por citar algunos ejemplos, la Corte redujo el tiempo de vigencia de los decretos de excepción y elevó los estándares de

³ Jesús María Casal, *Los derechos fundamentales y sus restricciones* (Bogotá: Temis y Fundación Konrad Adenauer, 2020).

protección de derechos como la salud, la libertad de prensa y personas en situación de vulnerabilidad. Particularmente, la Corte conminó al Ejecutivo a presentar un proyecto de ley que permitiera hacer frente a la emergencia sanitaria para evitar recurrir a la declaratoria de un estado de excepción. La Corte consideró que la continua emisión de decretos de excepción socava el Estado constitucional de derecho y las instituciones democráticas. Por tal razón, también exhortó al Legislativo para que dentro de un tiempo prudencial apruebe la normativa enviada por el Ejecutivo.

2. El caso ecuatoriano

En tiempos de emergencias y de medidas extraordinarias es cuando más se necesita el funcionamiento de las instituciones de control y protección. Así, las cortes y los tribunales constitucionales deben actuar como guardianes de la constitución para proteger los derechos de las personas y controlar los excesos del poder. Los límites a la actuación de los jueces están dados, en primer lugar, por la constitución de cada país. De esta manera, existen constituciones que les otorgan mayores o menores atribuciones a las cortes o tribunales constitucionales. Adicionalmente, el alcance de la actividad jurisdiccional a la hora de emitir estándares está dado por el llamado bloque de constitucionalidad. En este contexto, a continuación, se analiza la experiencia ecuatoriana del control de constitucionalidad del estado de excepción durante la pandemia ocasionada por el covid-19.

En aplicación del principio de supremacía constitucional y con el objetivo de proteger el Estado democrático, la Corte Constitucional ecuatoriana controló la constitucionalidad de ocho decretos emitidos por el presidente de la República en el contexto de la pandemia covid-19. Primeramente, el 19 de marzo de 2020, mediante Dictamen 1-20-EE/20, la Corte analizó el Decreto Ejecutivo 1017 y autorizó: i) la movilización en todo el territorio nacional de entidades de la administración pública central e institucional⁴ que coordinen esfuerzos para mitigar los efectos del coronavirus en el país; ii) la suspensión del derecho a la libertad de tránsito, de asociación y de reunión, decretando una cuarentena comunitaria obligatoria; iii) el toque de queda a partir del 17 de marzo de 2020 en los términos dispuestos por el Comité de Operaciones de Emergencia (COE); iv) la suspensión de la jornada presencial de trabajo para todos los trabajadores del sector público y privado, y una acogida general al teletrabajo; v) las requisiciones correspondientes para mantener activos los servicios que garantizan la salud pública.⁵

Adicionalmente, en su primer dictamen emitido durante la pandemia, la CCE afirmó que el Estado debe: i) proteger a las personas en situación de calle y

⁴ Se hace una mención especial a la Policía Nacional, las fuerzas armadas, el Ministerio de Salud Pública y el Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencia.

⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen 1-20-EE/20, 19 de marzo de 2020.

vulnerabilidad; ii) garantizar el libre tránsito a las personas que laboran en áreas esenciales para el combate de la calamidad pública y aquellas que necesiten abastecerse de bienes materiales necesarios para su salud y subsistencia; iii) usar medios tecnológicos de geolocalización exclusivamente con personas a quienes las autoridades de salud hayan dispuesto aislamiento u otra medida similar; iv) permitir el ingreso adecuado al país de personas, nacionales y extranjeras con residencia en el país, que se encuentren en tránsito al país o zonas fronterizas con los debidos controles sanitarios y directrices emitidas por las autoridades de salud; v) respetar los derechos fundamentales y garantizar el uso progresivo de la fuerza en las actividades de la Policía Nacional y las fuerzas armadas; vi) proteger el derecho a la salud de los agentes de la Policía Nacional y las fuerzas armadas que estén en desplazamiento para atender la pandemia; vii) atender las realidades locales y nacionales mediante coordinación con los gobiernos autónomos descentralizados.⁶

Seguidamente, el 25 de marzo de 2020, mediante el Dictamen 1-20-EE/20A, la Corte realizó el control de constitucionalidad al Decreto Ejecutivo 1019. Se analizó una nueva medida en el contexto del estado de excepción, al declarar a la provincia del Guayas como zona especial de seguridad, con particular atención a los cantones de Guayaquil, Daule, Durán y Samborondón.⁷ Mediante dicho decreto se decidió dar apoyo prioritario a la provincia mencionada; como autoridades de ejecución fueron designados el COE provincial, la Gobernación de la provincia y los ministerios de Defensa, de Gobierno y de Salud Pública.⁸ La decisión se dio en torno al dramático aumento de casos de contagio de covid-19 en la zona, por lo que la medida se consideró idónea tras la manifiesta inobservancia de la cuarentena comunitaria obligatoria.⁹

Luego, el 22 de mayo de 2020, la CCE emitió el Dictamen 2-20-EE/20 para realizar el control constitucional del Decreto Ejecutivo 1052, con el fin de renovar el estado de excepción por un periodo de 30 días. En esta decisión se destaca el límite temporal del estado de excepción, pues la Corte exhortó a que, “durante los treinta días de vigencia del Decreto, de forma coordinada con todas las autoridades nacionales y locales, el gobierno y el Estado tomen las medidas necesarias para que se pueda enfrentar la pandemia de conformidad con los mecanismos jurídicos ordinarios”.¹⁰ Además, la Corte estableció parámetros para la protección de los derechos no suspendidos en el estado de excepción, resaltando entre ellos: la salud, la educación y la conectividad, el trabajo, la movilidad humana, el acceso a la información, la libertad de expresión y los derechos de las mujeres, los pueblos indígenas y las personas privadas de libertad. También, la CCE se refirió al malestar público ocasionado

⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen 1-20-EE/20, párr. 20.

⁷ Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen 1-20-EE/20A, 25 de marzo de 2020.

⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen 1-20-EE/20A, párr. 25.

⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen 1-20-EE/20A, párrs. 27-28.

¹⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen 2-20-EE/20, 22 de mayo de 2020, párr. 26.

por la corrupción, motivo por el cual resaltó el deber constitucional de denunciar y combatir estos actos.¹¹

Posteriormente, el 29 de junio de 2020, la Corte emitió el Dictamen 3-20-EE/20, mediante el cual llevó a cabo el control de constitucionalidad del Decreto Ejecutivo 1074, de 16 de junio de 2020, por el cual el presidente de la República declaró un nuevo estado de excepción por la calamidad pública derivada de la pandemia de covid-19. Si bien en este dictamen la CCE ratificó la constitucionalidad del estado de excepción, se debe indicar que existieron tres salvamentos de voto y un voto concurrente, lo que demuestra que la decisión no fue unánime y que se presentaron aspectos de compleja resolución. En lo que concierne al voto de mayoría, cabe destacar que la Corte llevó a cabo nuevamente un control formal de la declaratoria, en el cual examinó la identificación de los hechos y la causal invocada, su justificación, el ámbito territorial y temporal, los derechos susceptibles de limitación y las respectivas notificaciones prescritas por la disposición constitucional.

Asimismo, en el voto de mayoría, la Corte también ejerció el control material de la declaratoria de estado de excepción. En este sentido, cabe destacar que si bien la CCE consideró que la calamidad pública por la emergencia sanitaria se encontraba justificada, desestimó la motivación por razones económicas. Específicamente, el voto de mayoría determinó que “este criterio se basa en que tales problemas, por tener un carácter endémico, deben ser solucionados dentro del ordenamiento jurídico normal vigente, a través de políticas de mediano y largo plazo. Caso contrario, las crisis económicas mantendrían a naciones en permanentes estados de excepción”.¹² Además, la CCE señaló que el Ejecutivo cuenta con herramientas ordinarias para la toma de decisiones en materia económica, por lo que no ameritaba recurrir a atribuciones extraordinarias correspondientes al estado de excepción.

En lo atinente al aspecto sanitario, en el Dictamen 3-20-EE/20 en análisis, la Corte reconoció que la pandemia generada por el covid-19 es un hecho inédito que ha tenido efectos incalculables, pero que “a pesar de la gravedad de la calamidad pública que nos encontramos atravesando, sus efectos han empeorado por la falta de atención oportuna por parte de varias entidades públicas”.¹³ De todas maneras, la CCE concluyó que los hechos constitutivos de la declaratoria no podían ser superados por medio del régimen constitucional ordinario, sin dejar de llamar la atención al Ejecutivo por la falta de un accionar estatal acucioso destinado a contar con mecanismos ordinarios para combatir el covid-19 y sus efectos.¹⁴

De igual manera, resulta significativo que en el voto de mayoría la Corte haya advertido que el Decreto 1074 adolecía de algunos vicios, entre ellos el fundamentarse en hechos idénticos a los expuestos en los anteriores decretos, sin exponer una

¹¹ Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen 2-20-EE/20, párrs. 6-14.

¹² Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen 3-20-EE/20, 29 de junio de 2020, párr. 34.

¹³ Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen 3-20-EE/20, párr. 47.

¹⁴ Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen 3-20-EE/20, párr. 57.

situación diferente a la ya analizada en los dictámenes precedentes. No obstante, en esta decisión de mayoría, la CCE ponderó la magnitud de la situación y consideró que impedir el régimen de excepción decretado por el presidente de la República, y levantar todas las medidas de forma inmediata, llevaría a una rápida escalada de los contagios, lo que a su vez generaría efectos nefastos para la salud de las personas. Por ello, en el voto de mayoría manifestó que “ignorar esta realidad implicaría un actuar irresponsable en razón de las afectaciones a derechos, mismas que serían de dimensiones irreparables e incuantificables, puesto que se pondría en peligro la vida, la integridad y la salud de los habitantes del Ecuador”.¹⁵ Sobre la base de estas premisas, y en razonamientos similares, la Corte consideró que el ámbito temporal y espacial de la declaratoria de estado de excepción se encontraba justificado, por lo que refrendó su constitucionalidad.

Por otra parte, es importante notar que en su voto de mayoría, la CCE exigió a las distintas funciones del Estado trabajar de manera coordinada para implementar mecanismos adecuados que permitan combatir de forma sostenible y eficiente la pandemia. Específicamente, la Corte conminó al Ejecutivo y demás funciones con potestad normativa, así como a entidades públicas, a encontrar vías expeditas para adecuar el sistema político y jurídico a las necesidades exigidas por la crisis sanitaria. Finalmente, en lo que concierne a las medidas adoptadas en el marco del referido Decreto 1074, en su voto de mayoría, la Corte estimó que estaban en concordancia con los requisitos formales previstos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC). Respecto del control material de dichas medidas, la CCE consideró que estas se acoplaban a las exigencias constitucionales, aunque condicionó las actuaciones del COE nacional a la observancia de una serie de requisitos, a fin de que guardaran consonancia con el marco constitucional.

Con relación al voto salvado, se debe indicar que el disenso implicó el criterio de desestimar la declaratoria de estado de excepción por violar los límites temporales, espaciales y materiales establecidos en la Constitución, aunque precisando que los efectos de tal inconstitucionalidad debían diferirse en el tiempo, en vista de la necesidad de establecer un régimen de transición hacia la “nueva normalidad”.

En este sentido, el voto salvado argumentó que el Ejecutivo ignoró el llamado previo de la Corte e incumplió su obligación de implementar medidas más allá de las inmediatas para retornar al régimen jurídico ordinario. El voto disidente señala la necesidad de apartarse de criterios que permitan estados de excepción sucesivos, ilimitados e indefinidos. Se agrega en el voto de minoría que en el Decreto tampoco se justificó la necesidad de declarar el estado de excepción en todo el territorio nacional. Finalmente, en lo que concierne al diferimiento de los efectos de la inconstitucionalidad, el voto salvado consideró que ello debía producirse durante un lapso de 45 días, a fin de que las autoridades competentes pudieran establecer medidas adecuadas para afrontar la pandemia en conformidad con el régimen jurídico ordinario.

¹⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen 3-20-EE/20, párr. 60.

Finalmente, el 24 de agosto de 2020, la Corte emitió el último dictamen de constitucionalidad de estado de excepción, el Dictamen 5-20-EE/A, en esta ocasión respecto del Decreto Ejecutivo 1126 de 14 de agosto del mismo año. Mediante esta disposición, el presidente de la República dispuso la renovación del estado de excepción dictado a través del citado Decreto 1074. Al respecto, cabe destacar que si bien en este dictamen de modo general se refrendó por unanimidad la constitucionalidad condicionada, formal y material, tanto de la declaratoria como de las medidas específicas adoptadas, la Corte también realizó una serie de puntualizaciones de enorme significancia. De esta manera, en lo principal, la CCE manifestó lo siguiente:

Tras haber realizado varios exhortos a las autoridades nacionales y seccionales para transitar paulatinamente a un régimen ordinario apto para enfrentar al covid-19, transcurrido este periodo de 30 días de renovación del estado de excepción la Corte Constitucional no admitirá una nueva declaratoria sobre los mismos hechos que han configurado calamidad pública en dos ocasiones previas con sus respectivas renovaciones.¹⁶

Con esta advertencia, se determinó que el decreto analizado iba a ser ineludiblemente el último en el que se declarara un estado de excepción por los mismos motivos relacionados con la pandemia de covid-19. En tal virtud, la propia Corte precisó una serie de parámetros y reglas atinentes al establecimiento de políticas y medidas concretas que pudieran aplicarse en el marco de un régimen ordinario, en el contexto de un periodo de transición hacia una “nueva normalidad”. Esta dilucidación motivó que el voto fuera unánime.

En este sentido, la Corte abordó y estableció estándares para la constitucionalidad de una serie de cuestiones relacionadas con los siguientes temas: movilizaciones en todo el territorio nacional (entidades de la administración pública central e institucional y fuerzas armadas como complemento de las acciones de la Policía Nacional); suspensión de derechos (prohibición de espectáculos públicos, restricciones vehiculares, regulación sobre transporte, prohibición de bebidas alcohólicas, regulación de uso de playas, regulación de clases presenciales, prohibición de apertura de bares y discotecas, restricción de actividades físicas en lugares cerrados, regulación sobre aforos en locales comerciales y horarios de atención, suspensión de jornada presencial en el sector público y teletrabajo, mecanismos de control y vigilancia de medidas de bioseguridad, toque de queda, cierre de fronteras y prohibición de reuniones sociales, requisiciones); régimen jurídico y toma de decisiones del COE nacional; y manejo y difusión de la información en el correspondiente régimen de transición.

¹⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen 5-20-EE/20, 24 de agosto de 2020, párr. 137.1.1.

3. Reflexiones finales

A modo de reflexión final, la pandemia por el covid-19 ha supuesto un escenario global sumamente complejo y en gran medida inédito, que ha obligado a una gran cantidad de Estados a implementar estados de excepción o emergencia. Esta circunstancia ha generado tensiones entre la necesidad de prevenir, mitigar y resolver los efectos nocivos provocados por la pandemia, tanto a nivel sanitario como económico, y la obligación permanente e imperecedera de respetar, garantizar y desarrollar los derechos humanos, afianzando los principios del Estado constitucional de derecho.

En el caso ecuatoriano, el presidente emitió una serie de decretos, tanto para la declaración expresa del estado de excepción como para la implementación de ciertas medidas específicas dentro de ese marco. Tales decisiones implicaron limitación, e incluso suspensión, de determinados derechos constitucionales, lo que se justificó en aras de precautelar la salud, la integridad y vida de las personas. En este sentido, como se explicó a lo largo del presente trabajo, toda declaratoria de estado de excepción se encuentra sujeta al cumplimiento irrestricto de una serie de estándares y parámetros, fijados no solo a nivel interno, sino también por instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese marco, la CCE cumplió el papel de limitar las acciones del Ejecutivo en pro de los derechos fundamentales y a la luz de los principios del derecho internacional. Así mismo, la CCE conminó tanto al Ejecutivo como al Legislativo a tomar medidas más asertivas para mitigar la crisis sanitaria sin necesidad de recurrir a un estado de excepción.

A pesar de tener amplias atribuciones, es necesario que los jueces actúen con prudencia y autocontención. Por esta razón, las cortes y tribunales deben centrarse en definir parámetros claros que orienten la actividad del Ejecutivo y el Legislativo a la hora de emitir política pública y legislación, respectivamente. Frente a situaciones tan complejas como las que ocasionan un estado de excepción es inconveniente que las cortes y tribunales tomen a cargo la legislación o la formulación de política pública. Primero, porque no es el rol que constitucionalmente les corresponde; segundo, porque carecen de capacidad técnica, presupuestaria y de evaluación para llevar a cabo este tipo de tareas.

En este sentido, el rol de las cortes es emitir parámetros generales sobre la base de la constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos para que el resto de las funciones del Estado lleven a cabo sus respectivas atribuciones constitucionales.

Bibliografía

CASAL, Jesús María. *Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Bogotá: Temis y Fundación Konrad Adenauer, 2020.

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel y José Joaquín FERNÁNDEZ ALLES. “Reflexiones constitucionales (españolas y europeas) a propósito de la pandemia”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* VI, n.º 11 (2020).

VALADÉS, Diego. “Reflexiones constitucionales a propósito del COVID-19”. *Revista Derechos en Acción* 5, n.º 15 (2020).

Legislación y jurisprudencia

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, 1969.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Dictamen 1-20-EE/20, 19 de marzo de 2020.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Dictamen 1-20-EE/20A, 25 de marzo de 2020.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Dictamen 2-20-EE/20, 22 de mayo de 2020.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Dictamen 3-20-EE/20, 29 de junio de 2020.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Dictamen 5-20-EE/20, 24 de agosto de 2020.

LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, 2009.

Stephan Harbarth* (Alemania)

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre la protección de los derechos fundamentales en tiempos de pandemia**

The jurisprudence of the Federal Constitutional Court of Germany on the protection of fundamental rights in times of pandemic

En Alemania, el control judicial y constitucional de las medidas sanitarias dirigidas a la contención del covid-19 ha estado influido por la organización jurídica estatal de la República Federal de Alemania como un Estado federal. El legislador federal alemán se contuvo durante un tiempo relativamente largo para proporcionar disposiciones sustantivas concretas. La Ley de Protección contra Infecciones (*Infektionsschutzgesetz* - IfSG), sobre cuya base se tomaron las medidas para combatir la pandemia causada por el covid-19, tuvo vigencia mucho antes de la aparición de esta. En primer lugar, los estados federados han emitido “Decretos para la protección contra el coronavirus” o decretos denominados de forma similar sobre la base de una cláusula general amplia establecida en la legislación federal, con los que se regula el uso obligatorio de mascarilla, la exigencia de distanciamiento social, las restricciones de contacto, el cierre de escuelas, entre otros. A pesar de los acuerdos logrados entre los estados federados, las decisiones que cada uno viene tomando han dado lugar a que se encuentren regulaciones muy diferentes entre estados. Estas decisiones también fueron determinadas por la tasa de infección regional. Por regla general, era necesario impugnar judicialmente estos decretos promulgados por los estados federados ante los tribunales administrativos antes de que se pudiera apelar al Tribunal Constitucional Federal.

* Presidente del Tribunal Constitucional Federal de Alemania.

** Título original: Die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte und Verfassungskammern der Region zum Schutz der Grundrechte in Zeiten der Pandemie. Traducido al español por John Zuluaga, LL. M.

En noviembre de 2020, el legislador federal alemán logró concebir un fundamento jurídico (§ 28a IfSG) en el que figura una lista de diversas medidas de protección para combatir la pandemia. Cuando la situación se agudizó en la primavera de 2021 debido a la llamada tercera ola, el legislador federal también reaccionó con el denominado “freno federal de emergencia” (§ 28b IfSG), el cual se limitó temporalmente hasta el 30 de junio de 2021. La validez de las medidas individuales previstas en dicha disposición, incluidas las muy estrictas restricciones de contacto, de movilidad nocturna, las restricciones a las instituciones culturales y a los negocios, así como el cierre de escuelas, depende de que se llegue a determinados umbrales en el número de nuevas infecciones en la población.

Desde entonces, el número de casos ha disminuido significativamente. El umbral fijado en el freno federal de emergencia ya no se da en ningún lugar de Alemania, así que las regulaciones regionales por medio de los decretos promovidos por los estados federados tienen nuevamente aplicación y el desmonte de las restricciones mediante aperturas graduales se hace paso a paso.

1. Estadísticas procesales

Un gran número de procedimientos relacionados con la pandemia estaban y siguen pendientes de solución ante el Tribunal Constitucional Federal. El 15 de junio de 2021, el número total de estos procedimientos rondaba los 1.670. De forma desagregada, se trata de casi 650 recursos de amparo constitucional, la mayoría de los cuales (en más del 70% de los casos) se interpusieron junto con un recurso de urgencia para la solicitud de medidas cautelares (*Eilantrag*), 120 recursos de urgencia aislados, cinco procedimientos por conflicto entre órganos constitucionales y una solicitud de divergencia del tribunal constitucional de un Estado federado.¹ Entre los recursos de amparo se encuentra un trámite con 7.000 recurrentes. En el registro general, en el que primero se inscriben expresiones de opinión, consultas y solicitudes procesales que evidentemente no tienen probabilidad de éxito, el 15 de junio de 2021 se encontraban pendientes otros 902 procedimientos relacionados con la pandemia.

Con la entrada en vigor del freno federal de emergencia en abril de 2021, los asuntos ingresados se dispararon temporalmente. Adicional a la gravedad de las injerencias en los derechos fundamentales asociados a las medidas, esto probablemente también se debió al hecho de que en la prensa alemana se afirmó que un recurso de amparo contra la regulación federal generalmente sería admisible de forma inmediata en Karlsruhe, sin agotar previamente los recursos judiciales ante los tribunales que no sean constitucionales.

¹ Estas solicitudes se presentan cuando un tribunal constitucional de un Estado quiere apartarse en la interpretación de la Ley Fundamental de una decisión del Tribunal Constitucional Federal o de un tribunal constitucional de otro estado, a solicitud de ese tribunal constitucional. (N. del T.)

2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en el marco de la pandemia causada por el coronavirus

Para la decisión de los casos relacionados con el coronavirus, el Tribunal Constitucional Federal se basa en los estándares procesales y materiales que se han construido durante décadas y que se derivan de la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG). Durante la pandemia no hay un estado de emergencia procesal sobre asuntos constitucionales, sino una protección judicial de carácter constitucional de acuerdo con los estándares legales ordinarios. Las presuntas violaciones de derechos fundamentales abarcan todo el abanico de derechos concebidos en la Ley Fundamental, ya que las medidas repercuten en todos los aspectos de la vida social.

2.1. Jurisprudencia hasta la entrada en vigencia del freno federal de emergencia

Hasta que el freno federal de emergencia entró en vigor, es decir, bajo la vigencia de los decretos de protección contra el coronavirus emitidos por cada uno de los estados federados, numerosos recursos de amparo ya habían sido declarados inadmisibles porque los respectivos querellantes no habían agotado, como exige la ley, los recursos judiciales ante los tribunales no constitucionales correspondientes antes de acudir al Tribunal Constitucional Federal. Así mismo, ante los tribunales administrativos se pueden impugnar disposiciones jurídicas como los decretos para la protección contra el coronavirus y, dado el caso, estos mismos pueden declararlas ineficaces. Por lo tanto, en una serie de decisiones de secciones, el Tribunal Constitucional Federal llegó a la conclusión de que era necesario un trámite judicial previo ante los tribunales no constitucionales sobre los fundamentos de la decisión. Según el citado Tribunal, para la valoración constitucional de las respectivas disposiciones impugnadas resulta fundamental el desarrollo efectivo de la pandemia, así como evaluaciones técnicas –viroológicas, epidemiológicas, médicas, psicológicas, económicas– y el análisis de los riesgos relacionados con las contramedidas adoptadas.

Además, las decisiones que hasta ahora se han tomado al respecto han girado en torno a solicitudes de emisión de órdenes para la adopción de medidas provisionales (*einstweilige Anordnung*), de conformidad con el artículo 32 BVerfGG. De acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, estos procesos urgentes de amparo judicial se limitan regularmente a una ponderación de los efectos. Esto significa que los motivos dados por el respectivo solicitante para la inconstitucionalidad del acto soberano impugnado, en principio, han de quedar fuera de consideración, a menos que el recurso de amparo sobre el asunto principal resulte inadmisibile o evidentemente infundado desde el principio. Sin embargo,

cuando sean notorias, se deben tener en cuenta las posibilidades de éxito en el asunto principal si el hecho de tener que esperar una decisión imposibilita la protección de los derechos fundamentales.

Hasta ahora, la ponderación de los efectos resultó en desventaja para los solicitantes. Además de la alta prioridad otorgada a la protección de la vida y la salud, así como la limitación temporal de las respectivas regulaciones en cuestión, resulta ser aún más importante, entre otras cosas, el hecho de que el Tribunal en general aplica un estándar particularmente estricto cuando se busca la suspensión provisional de la aplicación de normas. Al ponderar los efectos deben tenerse en cuenta las consecuencias sobre todos los afectados por la regulación impugnada, no solo los efectos para el solicitante.

No obstante, en casos concretos, en procesos activados a partir de recursos de urgencia, el Tribunal Constitucional Federal ya ha constatado la existencia de violaciones de derechos fundamentales:

- En abril de 2020, el Tribunal se opuso a la prohibición de reuniones en dos casos. Por un lado, se hacía referencia a una prohibición general de encuentros prevista en un decreto que reguló medidas para enfrentar el coronavirus, sin que se tuviera la posibilidad de considerar las circunstancias concretas del caso particular o de tener en cuenta medidas más moderadas, como la impartición de condiciones específicas (BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 17. April 2020, 1 BvQ 37/20).² En otro caso similar, solo se presentaron consideraciones generales, formuladas sin tener en cuenta las circunstancias del caso individual, que podrían reprocharse a cada reunión (BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 15. April 2020, 1 BvR 828/20).³
- También en abril de 2020, a solicitud de una asociación religiosa islámica, el Tribunal Constitucional Federal suspendió temporalmente la prohibición general de servicios litúrgicos para la práctica común religiosa, según decreto emitido por un estado federado para enfrentar el coronavirus, en la medida en que, según este decreto, no fue posible permitir excepciones a la prohibición con base en solicitudes en casos concretos (BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. April 2020, 1 BvQ 44/20).⁴
- Deben mencionarse, en especial, los recursos de amparo y los recursos de urgencia con los que se buscaba la imposición de mayores restricciones, es decir, medidas de protección más fuertes en referencia al derecho fundamental a la vida y la integridad personal. El Tribunal Constitucional Federal rechazó los recursos de urgencia respectivos indicando que las autoridades estatales

² Resolución de la Sección Primera de la Sala Primera de 17 de abril de 2020.

³ Resolución de la Sección Primera de la Sala Primera de 15 de abril de 2020.

⁴ Resolución de la Sección Segunda de la Sala Primera de 29 de abril de 2020.

tenían mayor margen de maniobra para el cumplimiento del deber de protección que se deriva de los derechos fundamentales (BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 12. Mai 2020, 1 BvR 1027/20).⁵ Por diversas razones, este margen de maniobra fue extraordinariamente amplio precisamente en el marco de la especial situación generada por el agravamiento de la pandemia, con procesos infecciosos dinámicos y volátiles, y ante la incertidumbre sobre la manera más adecuada de afrontar la crisis.

2.2. Jurisprudencia después de la entrada en vigencia del freno federal de emergencia

Con la entrada en vigor del freno federal de emergencia se introdujo un fundamento jurídico para la puesta en marcha de medidas de protección uniformes a nivel nacional, a fin de prevenir la propagación del coronavirus en el marco de procesos de infección complejos. Por primera vez, las medidas aplicables se derivaron directamente de una ley de carácter federal (nacional).

La Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal ya ha tomado una serie de decisiones acerca del freno federal de emergencia. Hasta ahora, las decisiones que han gozado de una exposición de motivos solo se han adoptado en procedimientos activados por recursos de urgencia. Al contrario, las decisiones sobre el fondo tuvieron lugar solo en aquellos casos en los que los recursos de amparo no fueron admitidos para decisión. En la medida en que estas decisiones contienen una motivación, de ello se desprende que el recurso de amparo fue inadmisibile.

De cierta manera, la primera de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal en materia de protección jurídica por medio de recursos de urgencia (*Eilrechtsschutz*), que estuvo relacionada con la restricción de la movilidad nocturna, fue innovadora y marcó tendencia. Las solicitudes de los recurrentes por una orden para la adopción de medidas provisionales dirigidas a suspender temporalmente la disposición legal no tuvieron éxito. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal –me gustaría enfatizar esto nuevamente– no tomó una decisión sobre la compatibilidad de la restricción de movilidad nocturna con la Ley Fundamental. La decisión se tomó sobre la base de una ponderación de los efectos, en la que la Sala Primera ha considerado que debe aplicarse un estándar particularmente estricto para la derogación provisional de una ley.

Los recurrentes no debieron ser remitidos al agotamiento de los recursos legales ante los tribunales administrativos. Esto debió ser así en razón de la especial circunstancia que rodeó la evaluación de las disposiciones impugnadas, en la que se plantearon principalmente cuestiones constitucionales específicas y, por lo tanto, no era de esperar que se lograra una mejor base para la adopción de una decisión en el marco de una revisión previa por los tribunales no constitucionales.

⁵ Resolución de la Sección Tercera de la Sala Primera de 12 de mayo de 2020.

En este contexto, los recursos de urgencia con los que a la vez se interpusieron recursos de amparo no eran evidentemente infundados, pero tampoco evidentemente fundados, pues en vista del margen de apreciación del legislador, no era evidente que la restricción de la movilidad nocturna para combatir la pandemia fuera claramente inadecuada, innecesaria o inapropiada. La evaluación del legislador, según la cual las limitaciones a la movilidad son un medio eficaz para restringir los encuentros privados en el espacio privado, no es inverosímil en vista de los resultados de estudios científicos. El legislador no reguló al azar las restricciones de movilidad nocturna, sino que se basó en estudios científicos sobre los efectos de dichas restricciones en varios países. No era evidente otra opción igualmente eficaz y, al mismo tiempo, menos invasiva. El recurso al umbral de un determinado límite de incidencia también era comprensible, porque por encima de este valor límite ya no resultaba posible hacer un seguimiento de los contactos.

Al ponderar los efectos, la Sala del Tribunal Constitucional Federal tuvo en cuenta, por un lado, las cargas nada despreciables para los afectados, claramente puestas de manifiesto en la multitud de procedimientos y el abanico de proyectos de vida expuestos en ellos. Por otro lado, la Sala tuvo en cuenta los considerables peligros –que resultan difícilmente previsibles con base en la situación fáctica actual– de un aumento continuo del número de infecciones, que posiblemente requiriesen restricciones mucho más intensas de los derechos fundamentales. Otro factor decisivo fue que la suspensión de la movilidad se enmarcaba en un periodo de tiempo en el que la tasa de movilidad de la población en su conjunto estaba, según el estado de los conocimientos, al menos por debajo del 10%. La medida también estuvo vinculada al umbral de incidencia acumulada en la última semana, con un límite de 100 nuevas infecciones por cada 100.000 habitantes, y se extendía como máximo hasta el 30 de junio de 2021. Además, se previeron unas disposiciones legales excepcionales que garantizaban ciertas opciones para la adaptación individual de las medidas, como la compatibilidad de la actividad profesional y la asistencia a personas que requirieran ayuda. En resumen, los estrictos requisitos para la derogación provisional de una ley no se cumplieron.

Con una argumentación similar, la Sala Primera también rechazó algunas solicitudes que impugnaban, por ejemplo, restricciones de contacto, restricciones al comercio minorista, a instalaciones recreativas y para el deporte de aficionados, o la prohibición del funcionamiento de instalaciones culturales. Al menos en el procedimiento promovido por medio de recursos de urgencia, el Tribunal Constitucional Federal no pudo constatar desventajas tan graves para los recurrentes que hubiesen requerido suspender provisionalmente la Ley contra Infecciones (IfSG), ya que el legislador ha promulgado las medidas basado en una previsión de riesgo con un fundamento razonable. Además, se trata de pilares en una estrategia general razonable dirigida a debilitar el proceso de infección.

Para la preparación de las decisiones pendientes, la Sala Primera se encuentra recopilando opiniones e información adicional. Entre otras cosas, se trata de establecer

cuáles conocimientos acerca de las vías de transmisión del covid-19 (incluidas sus variantes) se encuentran disponibles ahora, qué tan significativos son los valores de incidencia como indicador de la pandemia y qué medidas alternativas están disponibles en lugar de las restricciones de contacto y toques de queda.

Esta es la manera de proceder que ha adoptado el Tribunal Constitucional Federal hasta el momento.

Arturo Zaldívar* (México)

La justicia mexicana frente a la pandemia**

Mexican justice in the face of the pandemic

La pandemia por covid-19 ha supuesto la crisis global más importante de los últimos tiempos. Nuestras sociedades han sido puestas a prueba y nuestras instituciones han enfrentado retos inéditos: hemos visto economías debilitadas, sistemas de salud pública rebasados, sistemas educativos paralizados, todo ello acompañado por una enorme carga de sufrimiento humano.

Los poderes judiciales no han sido la excepción. Ningún tribunal estaba preparado para una situación como esta y todos se vieron compelidos a buscar soluciones que permitieran garantizar la continuidad en los sistemas de impartición de justicia. En tal sentido, el principal desafío al que se enfrentaron todos los poderes judiciales del mundo fue garantizar el acceso a la justicia, sin poner en riesgo la vida y la salud de los servidores públicos y de los usuarios, lo que exigió alcanzar un equilibrio entre todos los derechos y valores en juego.

Para hacer frente a la emergencia sin detener un solo día los servicios de justicia, el Poder Judicial Federal mexicano migró en poco tiempo a un sistema de justicia digital, en el que todos los asuntos que resuelven los tribunales federales pueden promoverse en línea.

Por primera vez, las personas pueden presentar demandas, interponer recursos, consultar expedientes e incluso comparecer a audiencias utilizando un dispositivo móvil, desde la palma de su mano, mediante el uso de una firma electrónica obtenida a partir de una aplicación móvil. Esta transformación exigió un esfuerzo institucional y humano sin precedentes –no menor para una judicatura que procesa más de un

* Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal. scjn_presidencia@mail.scjn.gob.mx.

** Ponencia pronunciada el 24 de junio de 2021 en el XXVI Encuentro de Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de América Latina, organizado por la Fundación Konrad Adenauer y la Corte Constitucional del Ecuador.

millón de asuntos al año—. El resultado es un modelo de justicia mucho más ágil, eficiente, amigable con el entorno y versátil ante los desafíos del futuro.

Por otro lado, en el plano jurisdiccional, la mayoría de los tribunales en el mundo han tenido que garantizar el respeto de las libertades frente a las medidas adoptadas por los gobiernos: restricciones en espacios públicos y privados, limitaciones a la movilidad doméstica e internacional, confinamiento obligatorio, entre otras. Su función, en la mayoría de los casos, ha sido determinar si estas limitaciones a la libertad son proporcionales a la emergencia, y si respetan los límites constitucionales exigibles en cada país.

Existen numerosos ejemplos en el derecho comparado. Por mencionar algunos de ellos, la Corte Suprema de Estados Unidos determinó que las restricciones adoptadas por California para limitar el culto religioso en los hogares, como reuniones de oración y estudio bíblico, vulneraban la libertad religiosa; también en el ámbito de la libertad religiosa, el Consejo de Estado francés ordenó a las autoridades revisar una normativa que limitaba el número de personas que pueden acceder las iglesias por no ser proporcional al riesgo de infección del coronavirus; de manera similar, la Corte Suprema de Chile autorizó la realización de cultos religiosos con las medidas de precaución necesarias; por su parte, el Tribunal Constitucional Alemán protegió las libertades de reunión y de protesta en centros urbanos si se ejercían en cumplimiento de los lineamientos sanitarios como distanciamiento social, y tanto el Consejo de Estado italiano como una división del Tribunal Supremo de Sudáfrica ampararon las libertades de movilidad y de tránsito. En todos estos casos, los tribunales pusieron un freno a la restricción de las libertades, exigiendo que las medidas adoptadas se adecuen al riesgo sanitario.

El caso mexicano presenta características diferentes. En México no hubo un confinamiento obligatorio ni se decretó un estado de excepción. Aunque dependiendo de la gravedad del momento se han cerrado escuelas y establecimientos, como restaurantes, oficinas, cines, teatros, gimnasios, etcétera, la indicación de quedarse en casa generalmente fue voluntaria. Lo cierto es que la sociedad mexicana mayoritariamente actuó con una enorme madurez cívica, cumpliendo con las determinaciones sanitarias y entendiendo que su finalidad ha sido proteger la salud y la vida de todos.

Por ello, a diferencia de lo que ocurrió en otros países, en México, los litigios no se centraron en defender las libertades, sino en garantizar que las personas cuenten con las condiciones materiales básicas para enfrentar la pandemia sin poner en riesgo su seguridad. No se trató de frenar restricciones gubernamentales, sino de velar por que el personal médico, los adultos mayores, las madres de familia, las comunidades indígenas, las niñas y los niños, entre otros sectores, pudieran transitar la pandemia con lo mínimo indispensable en términos de salud y bienestar.

Así, los tribunales mexicanos han hecho efectivo el deber del Estado de brindar el equipamiento y la capacitación médica necesarios para que el personal de salud desempeñe su labor en condiciones seguras. De igual forma, han garantizado el acceso a la vacunación como parte del derecho a la salud para los grupos vulnerables

y prioritarios, y han velado por la implementación de medidas sanitarias adecuadas en el trabajo, incluyendo la posibilidad de trabajar desde casa, particularmente para personas con condiciones de salud o quienes cuidan de personas vulnerables.

Asimismo, los tribunales de México han asegurado la adopción de políticas de prevención del contagio en espacios a cargo del Estado, como centros de reclusión y tribunales locales. Han protegido el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas. Y han reconocido la posibilidad de convivencias familiares con menores de edad a través de plataformas tecnológicas, lo cual es de la mayor importancia en el contexto de aislamiento y distanciamiento social que enfrentamos.

Sin duda, en América Latina, la pandemia ha sido un acelerador de la desigualdad. La pobreza, la pérdida de empleos, la falta de acceso a servicios públicos de calidad y el riesgo latente de contraer el coronavirus todavía laceran la región. Por ello, la protección de los derechos sociales y económicos a través de tribunales que garanticen la satisfacción de las necesidades materiales básicas de la persona es más importante que nunca.

En México, a pesar de la innegable tragedia que ha significado el covid-19, el Poder Judicial Federal se ha mantenido a la altura de las circunstancias, mostrando un compromiso inédito con los derechos sociales y económicos. Al mantener en operación los servicios de justicia de forma segura, y, sobre todo, al defender la salud, la seguridad y la integridad de quienes acudieron a la justicia federal, asumimos nuestra responsabilidad, y enfocamos nuestras energías en la defensa de los más vulnerables, de quienes están en la primera línea de atención, de quienes necesitaban poner a salvo su salud, su trabajo o su integridad, exigiendo como pocas veces el cumplimiento de los deberes constitucionales a cargo del Estado.

Lo anterior hace patente que el Poder Judicial mexicano atraviesa una de las etapas de mayor fuerza e independencia de su historia. Solo gozando de una legitimidad robusta y de una autonomía plena es como podemos recordar al Estado sus obligaciones, particularmente en el contexto de gran polarización que atraviesa la región.

En México y en el mundo, la pandemia continúa. El despliegue de la vacunación es un motivo de esperanza, pero la enfermedad nos ha enseñado que la prevención es la mejor estrategia. Por ello, es importante no bajar la guardia en el cumplimiento de las medidas sanitarias, ni tampoco en la defensa de los derechos y de las libertades.

José Antonio Dias Toffoli* (Brasil)

Jurisprudência dos tribunais, cortes e salas constitucionais da região para proteger as liberdades fundamentais em tempos de pandemia

Jurisprudence of regional tribunals, courts and constitutional rooms to protect fundamental freedoms in times of pandemic.

A situação de emergência sanitária criada pela pandemia da Covid-19 provocou, também no Brasil, enorme número de litígios e um inevitável debate sobre um ponto de equilíbrio entre as liberdades fundamentais e o imperativo do distanciamento social como resposta inicial mais eficaz contra a disseminação do novo coronavírus.

No Brasil, a Constituição de 1988 consagra um amplo conjunto de garantias e liberdades fundamentais, e coube ao Supremo Tribunal Federal, em grande número de casos relevantes, dar a palavra final e buscar um equilíbrio entre esses direitos e as medidas emergenciais de combate à pandemia.

1. A Corte não parou um só dia

O primeiro desafio para o Supremo Tribunal Federal brasileiro foi o de manter seu pleno funcionamento. O desafio foi vencido e a Corte não interrompeu suas atividades nem mesmo por um dia. Isso foi possível porque já contávamos com uma infraestrutura de tecnologia e um grupo de servidores que estavam preparados para o desafio de operar em rede.

Entre março e abril de 2020 o Supremo Tribunal Federal brasileiro ajustou meios e métodos de trabalho para dar continuidade às atividades e, ao mesmo tempo, contribuiu para conter a disseminação da pandemia ao adotar as medidas

* Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil e Presidente da Corte entre setembro de 2018 e setembro de 2020. gabmtoffoli@stf.jus.br.

de distanciamento social recomendadas inicialmente pela Organização Mundial da Saúde.

Tivemos a rápida ampliação do teletrabalho, que já existia na Corte.

A Corte também contava, desde 2007, com uma plataforma virtual para a deliberação colegiada, conhecida como plenário virtual. E, nos últimos anos, e agora com a pandemia, as competências e as atribuições desse espaço de deliberação online foram ampliadas. No plenário virtual, durante uma semana, as partes defendem suas posições e os Ministros da Corte apresentam seus votos exclusivamente em plataforma online.

Durante a pandemia, as sessões semanais de julgamento das duas turmas e do pleno da Corte passaram a ser feitas por videoconferência, com transmissão ao vivo pela televisão, pelo rádio e pelo Youtube, o que garantiu a continuidade do debate público e transparente sobre as grandes questões constitucionais do país.

2. “Fast-track” para ações relativas à pandemia

Vencido esse primeiro desafio da operação em tempos de distanciamento social, a Corte dedicou atenção prioritária à emergência sanitária e seus múltiplos impactos, e abriu um canal de “*fast track*” para ações relativas à pandemia.

Para se ter uma ideia, até o dia 22 de junho de 2021, e desde a decretação da pandemia pela Organização Mundial da Saúde em março de 2020, esse canal havia recebido 8.900 ações, que resultaram em 11.252 decisões, já que para algumas ações há mais de uma decisão. O elemento mais importante do canal exclusivo para ações relativas à pandemia foi a celeridade da resposta da Corte para questões que eram realmente urgentes.

3. Decisões de maior impacto

Foram várias as decisões de grande impacto econômico e social da Corte, em especial para confirmar as medidas adotadas em resposta à pandemia, seja pelos outros Poderes, Executivo e Legislativo, ou, no caso de um país com as dimensões do Brasil, por entes da federação, como Estados e municípios.

Entre elas, houve a flexibilização temporária de regras trabalhistas e a adoção do chamado “orçamento de guerra”, que permitiu a adoção de um programa de pagamentos mensais aos mais pobres para atendimento das suas necessidades básicas.

Somente em 2020, o chamado “auxílio emergencial” chegou a atender 68 milhões de pessoas, com pagamentos mensais de cerca de 120 dólares. Esse instrumento teve importância fundamental para combater a fome e manter a paz social em momento de forte diminuição nas oportunidades de trabalho e renda para os mais pobres, tanto na economia formal como na informal.

No que diz respeito a essa tensão entre liberdades fundamentais e a emergência sanitária, considero como mais relevante o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 6341, logo no início da pandemia, em abril de 2020.

Nessa ação, um partido político de oposição questionava medida legislativa tomada pelo Governo Federal, que pretendia concentrar as competências sobre as medidas de combate à pandemia, como as de isolamento, quarentena, interdição de atividades essenciais e restrições à locomoção.

Já naquele momento eram públicas as discordâncias entre o Governo Federal, os governadores dos Estados e as municipalidades sobre o assunto.

De um lado estavam a emergência sanitária e as competências estabelecidas pela Constituição para cada ente da federação, União, Estados, Distrito Federal e municípios; de outro, a liberdade de circulação pelo território nacional em tempos de paz.

Como guardião da Constituição e Tribunal da Federação, coube à Corte estabelecer esse ponto de equilíbrio.

A Corte estabeleceu que os três níveis de governo têm competências para adotar medidas de combate à pandemia. Com isso, reconheceu que Estados e municípios tinham autoridade para tomar medidas de distanciamento social.

Uma observação sobre o sistema público de saúde no Brasil é importante, já que a descentralização e o envolvimento dos três níveis de governo estão previstos na Constituição. O sistema prevê uma atuação coordenada entre os níveis federal, estadual e municipal.

A decisão levou em conta essa realidade e deixou claro que a solução de eventuais conflitos em torno dessas competências deveria estar amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde.

O mesmo raciocínio foi aplicado em outra decisão, sobre a responsabilidade de agentes públicos no combate à pandemia. Também aqui, nessa decisão, se estabeleceu a necessidade de respeito às evidências científicas como critério fundamental a ser exigido das autoridades.

Todos aqui somos testemunhas da dificuldade em se alcançar um ponto de equilíbrio entre proteger a saúde pública e manter a atividade econômica.

No Brasil a resposta foi a de reconhecer o papel das autoridades locais nesse combate, em um país com 26 Estados, o Distrito Federal e mais de 5.500 municípios, todos membros da federação, pela Constituição.

Mas a atuação da Corte foi além dessa definição dos papéis dos entes da federação.

A Corte foi acionada também em várias outras situações relativas ao combate à pandemia, e vou citar mais duas decisões, entre tantas, que considero muito relevantes:

Em ação apresentada pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil e mais seis partidos políticos, a Corte determinou ao Governo federal que implementasse um plano de enfrentamento à Covid específico para as comunidades indígenas, em razão do maior risco por elas enfrentado.

E também, em diferentes ações relativas à imunização da população contra o novo coronavírus, a Corte placitou as ações do Poder Executivo voltadas à vacinação da população brasileira.

A Corte buscou um ponto de equilíbrio ao atender às múltiplas demandas da sociedade, além de oferecer parâmetros de segurança jurídica, buscando, em um contexto de forte polarização política, indicar caminhos para as ações do Estado sempre em sintonia com as determinações científicas e com as recomendações da OMS.

Recentemente, meu sucessor na Presidência da Corte, Ministro Luiz Fux, teve a feliz ideia de traduzir para o inglês e publicar uma série de decisões da Corte relativas à pandemia, que podem ser encontradas na página do Supremo Tribunal Federal na internet. O trabalho já está na sua segunda edição e pode ser encontrado na página do Supremo Tribunal Federal na internet, por meio dos seguintes links:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/case_law_compilation_covid19.pdf.

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/case_law_compilation_covid19_2.pdf.

Eje 1. La interacción compleja y ambigua del derecho a la protesta social y el uso de la fuerza en las democracias de la región

- Pablo Roberto Toledo (Argentina)
Ignacio Noble (Argentina)
Protesta social: participación, tensiones y necesidad de un abordaje dialógico
- César Francisco Gallegos Pazmiño (Ecuador)
¿Constitucionalismo revolucionario o revolución constitucional?: reflexiones sobre las implicaciones constitucionales de la revolución
- Gerardo Tripolone (Argentina)
Fuerzas armadas, protesta social y los límites del sistema interamericano de derechos humanos
- José Reynel Cristancho Díaz (Colombia)
Protesta social, derechos humanos y discurso de las “manzanas podridas” en Colombia
- Ingrid Valia Valdivia Vargas (Perú)
Andrés Eduardo Salcedo Camacho (Colombia)
Conceptualización del derecho a la protesta y su ejercicio en tiempos de pandemia
- Álvaro Másquez Salvador (Perú)
Luis Purizaga Vértiz (Perú)
Un diagnóstico de la protesta social en el Perú del Bicentenario: desde su criminalización hasta el reconocimiento como derecho fundamental
- Víctor Alfonso Mamani Cusiatau (Perú)
El *ombudsman* y su rol en Perú y Latinoamérica como garante de la sociedad ante el desproporcionado uso de la fuerza pública durante las protestas sociales
- Alex Valle Franco (Ecuador)
Daniel De La Vega (Ecuador)
Crónica de una represión anunciada: análisis de las protestas de octubre de 2019 en el Ecuador
- Armando Chaguaceda Noriega (Cuba)
Arturo Miguel Chípuli Castillo (México)
La impronta schmittiana: (ab)usos autoritarios del derecho y el poder en la actualidad política latinoamericana

Pablo Roberto Toledo* (Argentina)

Ignacio Noble** (Argentina)

Protesta social: participación, tensiones y necesidad de un abordaje dialógico***

RESUMEN

La protesta social constituye una herramienta clave para garantizar la participación de la sociedad en los asuntos públicos, a la vez que presenta dimensiones vinculadas al nervio democrático de la Constitución. Por ello, las tensiones en torno a las protestas sociales exigen un actuar prudente y democrático del Estado, que vea en ellas no una amenaza sino una oportunidad de diálogo y construcción política participativa. El Estado debe garantizar el ejercicio del derecho a la protesta social y procurar generar espacios dialógicos con todos los involucrados, que sirvan para garantizar la participación y la pacificación de la sociedad.

El presente trabajo analiza estas cuestiones y brinda algunas ideas para gestionar la conflictividad social vinculada a las protestas sociales, de manera que se promueva la construcción de sociedades inclusivas, participativas y democráticas.

Palabras clave: protesta social; participación democrática; mecanismos dialógicos.

* Abogado, UNT; doctor en Derecho, UNR; magíster en Derecho Procesal, UNR. Docente de Derecho Procesal y Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la UNT; docente de posgrado. Relator de la CSJ Tucumán. pablorobertotoledo@hotmail.com / código orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6838-4165>.

** Abogado, UNSTA; magíster en Magistratura y Derecho Judicial, Austral. Notario, docente universitario de pregrado y posgrado. Subdirector del Centro de Mediación Judicial de Tucumán. Coordinador del Consejo de Investigación de Derecho, UNSTA. ignacionoble@gmail.com / código orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0244-513X>.

*** El trabajo se enmarca en la interacción compleja y ambigua del derecho a la protesta social y el uso de la fuerza en las democracias de la región. En nuestro trabajo abordamos los tópicos planteados y ofrecemos herramientas para examinar la conflictividad social desde un enfoque democrático.

Social protest: Participation, tensions and the need for a dialogical approach

ABSTRACT

Social protest constitutes a key tool for guaranteeing the participation of society in public affairs, while at the same time presenting dimensions linked to the democratic nerve of the Constitution. Therefore, the tensions around social protests call for prudent and democratic state action that sees such protests not as a threat, but rather as an opportunity for dialogue and participatory political construction. The state must guarantee the exercise of the right to social protest and seek to generate dialogical spaces with all those involved in order to guarantee the participation and pacification of society.

This work analyzes these issues and attempts to provide some ideas for managing social conflict linked to social protests, in order to promote the construction of inclusive, participatory and democratic societies.

Keywords: social protest; democratic participation; dialogical mechanisms.

Sozialer Protest: Mitwirkung, Spannungen und die Notwendigkeit eines dialogbasierten Ansatzes

ZUSAMMENFASSUNG

Sozialer Protest ist ein Schlüsselinstrument zur Sicherstellung der gesellschaftlichen Mitwirkung an den öffentlichen Angelegenheiten, wobei einige seiner Dimensionen den demokratischen Nerv der Verfassung berühren. Deshalb machen die Spannungen, die die sozialen Proteste begleiten, ein umsichtiges, demokratisches Vorgehen des Staates erforderlich; er sollte darin keine Bedrohung sehen, sondern vielmehr eine Gelegenheit zum Dialog und zum partizipativen politischen Aufbau. Der Staat hat die Ausübung des Rechts auf sozialen Protest zu garantieren und für die Schaffung von Räumen für den Dialog mit allen Beteiligten zu sorgen, die die Mitwirkung und Befriedung der Gesellschaft sicherstellen.

Die vorliegende Arbeit geht auf diese Fragen ein und versucht, Ideen für den Umgang mit der mit den sozialen Protesten zusammenhängenden gesellschaftlichen Konfliktivität vorzulegen, um so einen Beitrag zum Aufbau inklusiver, partizipativer und demokratischer Gesellschaften zu leisten.

Schlagwörter: Sozialer Protest; demokratische Mitwirkung; dialogbasierte Mechanismen.

Introducción

Las protestas sociales ofrecen diferentes dimensiones y perspectivas de análisis. Se trata de un fenómeno que produce tensiones entre distintos derechos, por lo que existen miradas críticas y ponderativas que se cruzan en el plano social, lo que provoca dificultades para marcar estándares que tengan amplia legitimación social.

En ese escenario, el presente trabajo ofrece una mirada compleja, donde se pueden advertir dos perspectivas de análisis: la primera se enfoca en el impacto de la protesta social en una sociedad democrática, es decir, se trata de una revisión más general e interrelacionada del fenómeno, mientras que la segunda se centra en la dinámica del conflicto que implica la protesta social, es decir, un enfoque introspectivo y más focalizado, destinado a obtener herramientas para su abordaje. Sin embargo, como veremos, ambas perspectivas están atravesadas por la necesidad de una cultura de diálogo y el fortalecimiento de los valores democráticos.

En ese sentido, en la primera parte del trabajo, “La protesta social en el escenario constitucional”, comenzamos por analizar la participación de la sociedad en los asuntos públicos como una práctica democrática compleja, que permite debatir e incidir en la agenda pública, marco en el que se inscribe la protesta social, como una herramienta de participación democrática. Posteriormente, examinamos la dimensión constitucional del derecho a la protesta social, es decir, su ubicación y jerarquía en el escenario constitucional. Ello se refleja en los derechos que le sirven de sustento, especialmente su estrecha relación con la libertad de expresión, el derecho a peticionar y a reunirse, cuya integración permite fortalecer el debate público y la participación social, exponiendo su proximidad al nervio democrático de la constitución. Luego, describimos las tensiones que normalmente se producen en las protestas sociales a raíz del conflicto de distintos derechos. Esas tensiones obligan a todos los actores a adoptar posturas prudentes y democráticas, que deberían no afectar la esencia expresiva de la protesta a través de su criminalización. Por ello, finalizamos la primera parte del trabajo con el abordaje del rol del Estado frente a la protesta social, lo que puede sintetizarse en la necesidad de asegurar que no se realicen hechos delictivos sin relación con el propósito expresivo de la protesta, pero sin que su accionar signifique una afectación a su naturaleza expresiva.

En la segunda parte del trabajo, “Gestión de la conflictividad y la protesta social”, nos enfocamos en la dinámica del conflicto que subyace a toda protesta social. Para ello, analizamos, en primer orden, la protesta como especie del género conflicto. Luego, examinamos la protesta social desde un enfoque dinámico, destacando las distintas fases y características de los conflictos de esta naturaleza, donde es necesario trabajar en sus tres momentos: la prevención, la gestión y su resolución. Posteriormente, explicamos la necesidad de un abordaje dialógico frente a las protestas sociales y la conflictividad social en general, cuya idea se traduce en darle centralidad al diálogo como herramienta de construcción de soluciones de mutuo beneficio, de modo que se potencie la participación protagónica de las partes y de los terceros afectados, a fin de generar espacios de debates y consensos. Culminamos la segunda parte con un breve repaso de los diferentes mecanismos de resolución de conflictos dialógica, derivados del ejercicio del derecho a la protesta.

Finalmente, el trabajo concluye con algunas reflexiones dirigidas a resaltar la necesidad de impulsar herramientas dialógicas para lograr una mejor gestión de la conflictividad social y una mayor participación de la sociedad.

1. La protesta social en el escenario constitucional

1.1. Participación democrática: función de la protesta social

Un elemento clave del sistema democrático es la participación de la sociedad en las cuestiones públicas. Esa participación no se circunscribe únicamente a un método electoral abierto, sino que comprende la posibilidad de que las personas afectadas por una decisión puedan hacerse oír en defensa de sus intereses y gravitar en la toma de decisiones. De hecho, las participaciones formalmente institucionalizadas –sufragio, referéndum, plebiscito, etc.– son quizás las menos trascendentes, porque se agotan en el acto formal donde se exteriorizan, no obstante los efectos que dicho acto prolonga. De mayor calado, permanencia y envergadura son las participaciones cotidianas y espontáneas de las opiniones públicas, de la prensa, de los sindicatos, de los grupos de interés y de presión, de los factores de poder, de las asociaciones y de la comunidad en general. Es que esas participaciones hacen presencia sobre cada problema o interés que se suscita y sobre cada decisión del poder en sus fases de preparación, adopción y cumplimiento.¹

Lo cierto es que una democracia robusta demanda una participación de la sociedad en los temas que se instalan en la agenda pública e intervención en la decisión de los caminos y las políticas que se deben desarrollar en las cuestiones neurálgicas que atraviesan a la sociedad. Por ello, la participación requiere la existencia de vías para presentar los reclamos sociales y la reivindicación de intereses ante órganos de poder, lo que implica también que la participación no solo es de quienes adhieren o acompañan las decisiones del Gobierno, sino especialmente de quienes discrepan o resisten a ellas.²

Desde nuestra perspectiva, el desafío es consolidar una cultura de gobierno abierto, que entable una constante conversación con los ciudadanos con el fin de oírlos, y tomar decisiones basadas en sus necesidades y preferencias,³ lo que implica que esa “conversación” no sea un mero formalismo, sino que tenga las cualidades para incidir en las decisiones de políticas públicas. Justamente para que esa “conversación” funcione debe ser entendida como un diálogo entre iguales; por ello, en materia institucional, es necesario implementar arreglos institucionales capaces de otorgar a la ciudadanía poder de decisión y control.⁴

¹ Germán Bidart Campos, *Las elites políticas* (Buenos Aires: Ediar, 1977), 88.

² Bidart Campos, *Las elites*, 84-100.

³ Pablo Roberto Toledo, “Derecho de acceso a la información pública y transparencia activa: un modelo para armar”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2019*, ed. por Konrad Adenauer Stiftung - Programa Estado de Derecho para Latinoamérica (Bogotá: KAS, 2019), 285-305.

⁴ Roberto Gargarella, *La derrota del derecho en América Latina* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2020), 21.

En esa lógica, la democracia requiere que la sociedad decida sobre las cuestiones en juego, que tenga la capacidad cotidiana para intervenir en ese proceso decisorio o supervisar lo que sus delegados hacen en su nombre.⁵ Se deben instrumentar prácticas y herramientas propias de una democracia deliberativa, proponiendo procedimientos de toma de decisiones con participación directa o indirecta de los potenciales afectados, basados en argumentaciones dialógicas, para lo que hay que fortalecer los canales de difusión y participación en los ámbitos de toma de decisiones, con procesos discursivos de formación de la opinión y de la voluntad popular. Es que los instrumentos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos reconocen la importancia de una sociedad civil fuerte y de individuos plenamente conscientes de sus derechos y de sus prerrogativas ciudadanas para que funcione la democracia, por lo que es esencial implementar aquellas herramientas que sirvan para incrementar una cultura de diálogo y control social.

La participación permite intervenir en el debate público, formando parte de los procesos decisorios, en un espacio que posibilita defender intereses propios (*v. gr.*, incluir en la agenda pública cuestiones que interesan a los diferentes sectores o colectivos que pugnan en la dinámica social). Adicionalmente, y más importante, implica proteger el derecho a criticar al Gobierno y sus decisiones, lo que merece una especial protección en un sistema democrático.⁶

Lo cierto es que la posibilidad de criticar y de ser parte de las decisiones colectivas en áreas relevantes es una demanda creciente e imperiosa en una sociedad democrática; sin embargo, la forma de canalizar estas discusiones no ha sido uniforme. Es que no todos los sectores de la sociedad en todas las circunstancias tienen la capacidad de participar y ser escuchados por el Gobierno. En muchas ocasiones, existen grupos que se encuentran en situaciones especialmente vulnerables e impedidos de participar en los procesos decisorios porque carecen de herramientas para hacerlo, lo que generalmente provoca que sus intereses sean marginados. Los métodos convencionales de petición pueden ser y suelen ser inaccesibles para esos grupos. Aquellos que no controlan la televisión y la radio, aquellos que no tienen la capacidad económica para expresar sus ideas en la prensa diaria o hacer circular panfletos tienen un acceso muy limitado a los funcionarios públicos.⁷

Sin perjuicio de ello, también ocurre que diversos sectores sociales, no desaventajados en el plano económico, no se sienten representados por el gobierno (minorías políticas), no son escuchados en sus críticas y reclamos por este, lo que obstaculiza su efectiva participación en el desarrollo institucional.

Para esos sectores, los mecanismos de participación institucional pueden resultar inaccesibles y, frente a la creciente demanda de intervención, surge la protesta social

⁵ Gargarella, *La derrota del derecho...*, 46.

⁶ Roberto Gargarella, *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015), 32.

⁷ Gargarella, *La derrota del derecho...*, 30-31.

como herramienta que persigue lograr una participación efectiva en el debate público, relacionada con una oposición respecto de alguna dimensión de lo público, con frecuencia acompañada de medios de presión, como reuniones en un lugar público, el bloqueo o la disminución de la circulación u otras formas diversas de presencia humana en el espacio público.⁸ Como lo sostuvo el Tribunal Constitucional español en un caso en que precisamente se discutían los límites de la libertad de reunión, “en una sociedad democrática el espacio urbano no es solo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación”.⁹

En efecto, los ciudadanos, a través de la protesta social, organizan y coordinan su acción para influir colectivamente en su gobierno, exigir reformas o impugnar una política o una acción del Estado, persiguiendo incrementar el impacto de sus peticiones.¹⁰

En el mismo sentido, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión expuso:

... resulta necesario que los Estados diseñen marcos regulatorios orientados a proteger y facilitar el ejercicio de la protesta social. Los Estados no deben dejar de tomar en cuenta que cuando se está frente a marcos institucionales que no favorecen la participación, o frente a serias barreras de acceso a formas más tradicionales de comunicación de masas, la protesta pública puede convertirse en el único medio que realmente permite a sectores de la población descontentos, pero no alineados con los partidos políticos, y a grupos discriminados o marginados del debate público hacer escuchar su punto de vista e incidir en el debate público.¹¹

En todos los casos, la protesta social denota el interés de los propulsores por hacer visibles sus reclamos ante las autoridades y el público en general. Por ello, se puede comprender como una oposición colectiva a una política gubernamental, o un rechazo categórico de una estructura social, política o económica. La historia demuestra que la protesta social ha sido el motor de muchas reformas transitorias o estructurales, desde la Revolución Francesa hasta la abolición de la esclavitud, desde movimientos de independencia nacional hasta combates por el reconocimiento de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, es un instrumento que le permite a la sociedad civil renovar, reformar o incluso derribar las viejas estructuras opresivas y avanzar hacia un mejor equilibrio de los derechos individuales y colectivos.¹²

⁸ Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), *La protesta social pacífica: ¿un derecho en las Américas?*, Informe, n.º 460/3, octubre de 2006, 11.

⁹ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 66/1995, 8 de mayo de 1995.

¹⁰ FIDH, *La protesta social...*, 11.

¹¹ CIDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2016. Vol. II. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 22/17, 15 de marzo de 2017, 596.

¹² FIDH, *La protesta social...*, 5.

Entonces, la protesta social exhibe una sociedad movilizada, con vocación de participación, visibilizando reclamos y conquistando derechos, lo que impulsa el surgimiento de una democracia participativa, y suscita alternativas e iniciativas de cambio social y político. Lo que interesa es que todos los sectores tengan un acceso regular a los funcionarios públicos, sobre todo si tienen una queja de naturaleza política o cuando se trata de grupos con especiales dificultades para expresar su punto de vista.¹³

Desde esa perspectiva, la protesta social tiene una especial potencialidad democrática, en tanto motoriza temas excluidos de la discusión pública. Debemos recordar que los medios de comunicación y partidos políticos tienen agendas propias, que muchas veces no son coincidentes con las de ciertos sectores sociales. Frente a ello, la protesta funciona como un faro, echando luz sobre esos aspectos de la vida comunitaria, obligando a los comunicadores y, sobre todo, a los actores públicos, a tomar posición y expresarla fundadamente. Claro ejemplo de ello son las sucesivas movilizaciones de mujeres que alertaron a la sociedad sobre los gravísimos y permanentes hechos de violencia que sufren, insertaron el tema en los medios de comunicación, motorizaron varios intentos para obtener o sistematizar datos ciertos que permitieran rediseñar o encauzar las políticas públicas e incluso motivaron diversas modificaciones legislativas.¹⁴

En palabras de Fiss:

... aun cuando las elecciones periódicas son cruciales para la democracia, ya que colocan la decisión final en manos de la ciudadanía, no deberíamos hacer de las elecciones, como no lo hemos hecho, la medida completa de la democracia. Los suplementos o correctivos a veces son necesarios, y las protestas de confrontación, como los piquetes, pueden ser vistos como un suplemento útil al proceso electoral.¹⁵

Por las razones señaladas, se observa que el derecho a la protesta social está cerca del nervio democrático de la Constitución,¹⁶ por lo que su protección tiene relación con la vigencia de las bases democráticas del sistema, minimizando cualquier interferencia que pudiera acallar de forma directa o indirecta las voces sistemáticamente excluidas del debate público.¹⁷

¹³ Gargarella, *La derrota del derecho...*, 30-31.

¹⁴ Juan Carlos Rúa, "Protesta social y debate público: darle una oportunidad a la ley", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 8 (2017): 46.

¹⁵ Owen Fiss, *Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010), 80-81.

¹⁶ Gargarella, *Carta abierta...*, 25.

¹⁷ Rúa, "Protesta social y debate público: darle una oportunidad a la ley", 46.

1.2. El derecho a la protesta social: dimensión constitucional

Como vimos, no debe perderse de vista la centralidad democrática que puede asumir la protesta social, por cuanto la regla democrática es un ideal regulativo que consiste, ante todo y más allá del voto, en una práctica comunitaria de discusión de los asuntos públicos, donde se deben ver representadas la mayor cantidad de voces, en un cierto marco de igualdad. Así, más relevante que la forma en que se toman las decisiones públicas, es el procedimiento permanente de formación de las voluntades que, finalmente, tomarán parte en la decisión.¹⁸ Desde esa lógica, el derecho a la protesta social puede ubicarse próximo al nervio democrático de la Constitución,¹⁹ lo que se refleja en los derechos constitucionales que otorgan sustento normativo a aquel.

Al respecto, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señaló que las manifestaciones pacíficas pueden darse en todas las sociedades, incluso manifestaciones que sean espontáneas, simultáneas, no autorizadas o restringidas:

... la participación en manifestaciones pacíficas puede ser una forma importante de ejercer el derecho a la libertad de reunión pacífica, de expresión y de asociación, y el derecho a participar en la dirección de los asuntos público; [...] y pueden aportar una contribución positiva al desarrollo, el fortalecimiento y la efectividad de los sistemas democráticos, y a los procesos democráticos.²⁰

En efecto, los derechos a la libertad de expresión, de reunión y de participación política son, principalmente, los que constituyen la base sobre la cual se sostiene la construcción del derecho a la protesta social y tienen una especial tutela constitucional. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) destacó la relación entre los derechos políticos, la libertad de expresión, el derecho de reunión y la libertad de asociación, y que estos derechos, en conjunto, hacen posible el juego democrático, especialmente cuando se ejercen de manera conjunta con la finalidad de protestar contra la actuación de los poderes estatales.²¹ Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que “en el constitucionalismo y en la doctrina de los derechos humanos, las libertades de expresión, reunión y

¹⁸ Rúa, “Protesta social y debate público: darle una oportunidad a la ley”, 46.

¹⁹ Gargarella, *Carta abierta...*, 25.

²⁰ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *La promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas*, Resolución A/HRC/25/L.20, 24 de marzo de 2014.

²¹ Corte IDH, Caso López Lone y otros vs. Honduras, Sentencia de 5 de octubre de 2015, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 302, 160.

asociación forman una trilogía de libertades personales que se constituye además, en prerequisite de los derechos de participación política”.²²

En ese marco, en primer lugar parece importante resaltar que el derecho a la libertad de expresión forma parte de la esencia del derecho a la protesta social. El derecho a manifestarse se encuentra íntimamente vinculado a los derechos de expresión y participación política, dado que, en una sociedad democrática, el espacio público constituye un ámbito de participación. Desde esa perspectiva, se observa con claridad que los cortes de calles o rutas (como protestas sociales) son actos que poseen naturaleza expresiva.²³

Cabe recordar aquí que la libertad de expresión es un elemento indispensable para la existencia misma de toda sociedad democrática, en tanto el desarrollo de la democracia y el progreso social dependen del libre debate de ideas y opiniones en el interior de una sociedad,²⁴ por lo que es necesario un debate público robusto, desinhibido y vigoroso que defina nuestra práctica democrática. Al respecto, la Corte IDH afirmó la relación entre la libertad de expresión y la democracia, explicando que su vigencia no se encuentra ya en la realización personal del sujeto que se expresa, sino en el fomento del debate público y la custodia de sus precondiciones de funcionamiento.²⁵ Desde esa perspectiva, respetar la libertad de expresión no es sinónimo de mantenerse inactivo frente a un estado de cosas que consagra una gravísima e injustificada desigualdad de voces. Respetar la libertad de expresión requiere, por el contrario, acciones públicas destinadas a que se escuchen voces diferentes y acciones que faciliten el acceso a la escena pública de puntos de vista opuestos.²⁶

Por ello, en numerosos casos, la protesta y la oposición social se han convertido en elementos esenciales de interpelación de las autoridades y de denuncia de violaciones de los derechos humanos.²⁷ En función de ello, la doctrina y la jurisprudencia internacional defienden los derechos del crítico, antes que los de los funcionarios públicos, reconociendo la necesidad de resguardar y expandir, ante todo, un debate público absolutamente amplio, desinhibido y robusto.²⁸

²² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-265 de 2 de junio de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

²³ Rúa, “Protesta social y debate público: darle una oportunidad a la ley”, 46.

²⁴ CIDH, OEA: *Declaración de principios sobre libertad de expresión*, aprobada durante su 108º periodo ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 octubre de 2000, 20 de octubre de 2000, acceso el 20 de abril de 2021, <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos13.htm>.

²⁵ Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5, 30-32.

²⁶ Gargarella, *Carta abierta...*, 33.

²⁷ FIDH, *La protesta social...*, 7.

²⁸ Corte Suprema de los Estados Unidos, *New York Times c. Sullivan*, 376 US 254, 1964.

La libertad de expresión permite entonces ejercer el derecho a la participación política y el derecho a peticionar a las autoridades, todo lo cual protege el derecho a la protesta.²⁹

Por su parte, esos derechos mencionados se canalizan a través de reuniones, por lo que el derecho de reunión opera como cauce para el ejercicio de aquellos derechos. Desde esa perspectiva, el derecho de reunión constituye una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo.³⁰

La protesta social está muchas veces acompañada de medios de presión, como reuniones en un lugar público, bloqueo o disminución de la circulación u otras formas de presencia humana. En este contexto, el derecho de reunión es el elemento indispensable que permite a una colectividad cumplir este ejercicio, y los derechos a la libertad de asociación y de movimiento pueden ser comprendidos como elementos accesorios que lo hacen posible. En efecto, la libertad de asociación permite a los individuos asociarse y establecer organizaciones que, a su vez, faciliten la defensa de los intereses en juego o la declaración de reivindicaciones en el marco de una reunión. El derecho de movimiento (o de circulación) asegura el derecho a desplazarse libremente de un lugar a otro y así organizar su oposición de forma más eficaz.³¹

En esa misma línea, el Comité de Derechos Humanos consideró que “el derecho de reunión pacífica, que se encuentra garantizado en el artículo 21 del Pacto, es un derecho humano fundamental, esencial para la expresión pública de opiniones y puntos de vista e indispensable en una sociedad democrática” y afirmó que “conlleva la posibilidad de organizar reuniones pacíficas y participar en ellas, incluido el derecho a organizar concentraciones (como un piquete) en un lugar público”.³²

Se observa entonces que la vigencia del derecho de reunión resulta esencial para el pleno goce de los derechos, en especial, el derecho de toda persona y grupo de personas de expresar con libertad sus propias opiniones, su derecho de transmitirlas a otras personas, escuchar las ajenas y obrar en consecuencia.

Al respecto, la CIDH ha reconocido que el derecho a manifestarse públicamente o a la protesta social como medio para movilizar a la sociedad a participar activamente en el debate público y reivindicar derechos es un componente esencial del ejercicio

²⁹ FIDH, *La protesta social...*, 5.

³⁰ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 85/1988, 28 de abril de 1988, recaída en el Recurso de Amparo 942/1987.

³¹ FIDH, *La protesta social...*, 11.

³² Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación 1988/2010, Valentin Evrezov v. Bielorrusia, CCPR/C/114/D/1988/2010, 17 de agosto de 2015, num. 7.4.

de la democracia, y, como tal, está protegido por el derecho de reunión contemplado en el artículo 15 de la CADH.³³ Ciertamente, cuando se trata de la expresión de los sectores de la sociedad tradicionalmente marginados, que no pueden acceder a canales de denuncia como la prensa tradicional o frente a marcos institucionales de denuncia deficientes, la protesta se constituye en un instrumento vital para la participación efectiva e incluyente de los ciudadanos en asuntos públicos.³⁴ En concreto, la CIDH ha reconocido que la protesta y movilización social no es solo una herramienta de petición a la autoridad pública, sino también un canal de denuncias públicas sobre abusos o violaciones de los derechos humanos.³⁵

1.3. Conflicto de derechos: tensiones y límites

Todas las personas deben poder expresar sus quejas o aspiraciones mediante manifestaciones públicas sin temor a represalias o ser amedrentadas, hostigadas, lesionadas, sexualmente agredidas, golpeadas, detenidas de manera arbitraria, torturadas o asesinadas. En este mismo sentido, la CIDH señaló que los Estados están obligados a asegurar que ninguna persona sea impedida de reunirse y manifestarse públicamente, lo cual incluye tanto participar en la conducción de la manifestación como llevar a cabo la defensa de quienes han participado en ella.³⁶

Puede interpretarse entonces que el ejercicio de ese derecho es legítimo en el estricto marco institucional,³⁷ aun cuando por su número cause molestias, interrumpa con su paso o presencia la circulación de vehículos o de peatones, provoque ruidos molestos, deje caer panfletos que ensucian la calzada, etc. (derivados naturalmente del número de personas reunidas y de la necesidad de exteriorización del reclamo).

No obstante, en ocasiones ocurre que algunas de esas acciones pueden encontrarse tipificadas en las legislaciones penales de los países.³⁸ Ello ha permitido que,

³³ CIDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005*. Vol. III. *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II.124. Doc. 7, 27 de febrero de 2006, cap. V, nums. 90-102.

³⁴ CIDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2014*. Vol. II. *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 13, 9 de marzo de 2015, num. 1097.

³⁵ CIDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005*. Vol. VII. cit., cap. V, 1.

³⁶ CIDH, *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.124. Doc. 5 rev.1, 7 de marzo de 2006, 60.

³⁷ Eugenio R. Zaffaroni, "Derecho penal y protesta social", en *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, coord. por Eduardo Bertoni (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010), 7.

³⁸ El artículo 194 del Código Penal argentino dispone: "El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación [...], será reprimido con prisión de tres meses a dos años".

en forma recurrente, los Gobiernos reaccionen a través de la criminalización de la protesta social, percibiéndose un incremento en el número de detenciones y causas abiertas por delitos presuntamente cometidos en el transcurso de protestas sociales.³⁹ A su vez, la CIDH ha identificado que el uso de la fuerza por parte de los Gobiernos de la región para impedir las protestas sociales ha derivado en hechos de violencia generalizada, en los que no solo se afecta seriamente el ejercicio del derecho de reunión y expresión, sino que también se vulneran los derechos a la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad personal de las personas que participan en protestas sociales.⁴⁰

Más allá de la inconveniencia de hacer uso de la fuerza como reacción frente a las protestas sociales, las normativas tampoco suelen colaborar en esta cuestión, en tanto brindan una solución única (privación de la libertad a quienes protestan), omitiendo ofrecer herramientas normativas idóneas para adecuar los términos de la legislación penal a las complejidades del conflicto jurídico analizado. Lo que resulta claro es que la aplicación literal e irreflexiva de la legislación penal conduce a la más completa supresión del derecho de expresión en juego. En términos de la CIDH:

... las restricciones desproporcionadas terminan generando un efecto de silenciamiento, censura e inhibición en el debate público que es incompatible con los principios de pluralismo y tolerancia, propios de las sociedades democráticas. No resulta fácil participar de manera desinhibida de un debate abierto y vigoroso sobre asuntos públicos cuando la consecuencia puede ser el procesamiento criminal, la pérdida de todo el patrimonio o la estigmatización social. Por eso, es imprescindible ajustar las instituciones y la práctica punitiva del Estado a los imperativos de marco jurídico interamericano.⁴¹

Creemos entonces que la genérica respuesta de criminalización de la protesta social olvida la raíz constitucional que ostenta esa manifestación y, por esa razón, interpretamos que no puede considerarse como delictiva, sin más, una conducta que encuentra cobertura en la propia Constitución Nacional. Al respecto, Gargarella sostiene que puesto a “balancear” el derecho de tránsito frente a otros, como los de expresión o petición, deberíamos acordar que no tendría que haber dudas de la

³⁹ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai*, A/HRC/29/25, 28 de abril de 2015, párr. 33.

⁴⁰ CIDH, *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57, 31 de diciembre de 2009.

⁴¹ CIDH, *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 4/09, 25 de febrero de 2009, 73.

prioridad que merece otorgárseles a los derechos vinculados con la expresión, dada su proximidad con el nervio democrático.⁴²

Desde esa perspectiva, consideramos que el uso de la fuerza y la criminalización de la protesta social constituyen respuestas torpes y simplistas del Estado. No obstante, esto no implica que el ejercicio del derecho a la protesta social brinde un manto de impunidad a cualquier actividad que se lleve a cabo en ese marco. El Estado no se puede quedar estático frente a una persona que participe en la protesta social y cometa un delito violento contra otras personas (naturalmente no nos referimos a un delito que tipifique el corte de calles o rutas). El rol del Estado también es clave cuando se planea una reunión de dos grupos opuestos en la misma fecha y en el mismo lugar, dado que se puede prever la posibilidad de que degenere y amenaza la seguridad colectiva. En esos casos, la ley puede permitir que las autoridades públicas intervengan para restringir el contacto entre los miembros de estos grupos.

Lo anterior no implica validar que las autoridades exijan ser informadas con antelación a la protesta social, a efectos de otorgar una autorización.⁴³ Al respecto, la CIDH señaló que la exigencia de una notificación previa no debe transformarse en la exigencia de un permiso previo otorgado por un agente con facultades ilimitadamente discrecionales. Es decir, no se puede impedir una manifestación porque se considera que es probable que vaya a poner en peligro la paz, la seguridad o el orden público, sin tener en cuenta si se puede prevenir el peligro para la paz o el riesgo de desorden, alterando las condiciones originales de la manifestación (hora, lugar, etc.). Las limitaciones a las manifestaciones públicas solo pueden tener por objeto evitar amenazas serias e inminentes; no basta un peligro eventual.⁴⁴

Para que una modulación al derecho a la protesta social sea legítima, aquella debe estar guiada por el objetivo de “facilitar” el ejercicio del derecho, no de dificultarlo, y escoger la modalidad menos intrusiva. Asimismo, se debe tener muy en cuenta, *inter alia*, que todo impedimento basado en el contenido o temática de la manifestación configura una de las “más serias interferencias”.⁴⁵ En efecto, la posibilidad de modular la protesta social no debe afectar de ningún modo la sustancia de la expresión del caso.⁴⁶

Lo analizado reclama distinguir la naturaleza de las acciones llevadas a cabo en el marco de una protesta social, pues no todas presentan características similares, es

⁴² Roberto Gargarella, *El derecho a la protesta. El primer derecho* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005), 73-74.

⁴³ Rolando E. Gialdino, “Protesta social. Derecho de reunión. En clave del derecho internacional de los derechos humanos”, *La Defensa* 1, n.º 6 (2017).

⁴⁴ CIDH, *Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2002*, OEA/Ser. L/V/II. 117. Doc. 5 rev. 1, 7 de marzo de 2003, cap. 4, párr. 34, citado en CIDH, *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*, cit.

⁴⁵ Gialdino, “Protesta social. Derecho de reunión. En clave del derecho internacional de los derechos humanos”, 431.

⁴⁶ Gargarella, *Carta abierta...*, 38.

decir, deben ser evaluadas una a una conforme los estándares analizados. Sobre este punto no existen criterios rígidos, sino que dependerán de la evaluación puntual de los hechos específicos, que puede tener en cuenta elementos como la duración del corte, si este fue total o parcial, si había caminos alternativos, si existieron reclamos anteriores por otros medios, si se produjeron daños a la integridad de las personas o en bienes de terceros, si las autoridades políticas entablaron algún tipo de diálogo o negociación, entre otras cuestiones. Lo relevante es que cualquier regulación o medida debe adoptarse teniendo como norte la centralidad democrática de esta clase de actos ciudadanos en espacios públicos⁴⁷ y la necesidad de evitar la violencia institucional.

1.4. El rol del Estado frente a la protesta social

En primer lugar, el empleo de la fuerza para impedir la protesta social (represión) y la criminalización de la misma no constituyen herramientas que colaboren en la construcción democrática; por el contrario, anulan o entorpecen el diálogo, e impulsan el conflicto o reclamo a escenarios de violencia. Desde esa perspectiva, las restricciones que la ley contemple, o que las autoridades adopten en relación con la protesta social, deben ser proporcionales y estrictamente necesarias. Al respecto, la CIDH señaló que la detención de participantes en manifestaciones que se desarrollaban en forma pacífica atenta contra el derecho de reunión, aun cuando la privación de la libertad no dure más que algunas horas y no resulte en una acusación penal.⁴⁸

Sin embargo, muchos Estados del continente responden frecuentemente con la criminalización o incluso con la represión violenta de las manifestaciones pacíficas, tendientes a protestar contra políticas públicas y de los movimientos sociales que han originado estas protestas, contribuyendo de esta forma al deterioro del sistema democrático. Sobre el particular, la Relatoría para la Libertad de Expresión sostuvo:

... naturalmente las huelgas, los cortes de ruta, el copamiento del espacio público e incluso los disturbios que se puedan presentar en las protestas sociales pueden generar molestias o incluso daños que es necesario prevenir y reparar. Sin embargo, los límites desproporcionados de la protesta, en particular cuando se trata de grupos que no tienen otra forma de expresarse públicamente, comprometen seriamente el derecho a la libertad de expresión. Preocupa por ello a la Relatoría Especial la existencia de disposiciones penales que convierten en actos criminales la simple participación en una protesta, los cortes de ruta (a cualquier hora y de cualquier tipo) o los actos de desorden

⁴⁷ Rúa, "Protesta social y debate público: Darle una oportunidad a la ley", 46.

⁴⁸ CIDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980*, OEA/Ser.L/V/II.50. Doc. 13 rev.1, 2 de octubre de 1980, 105-107 (Uruguay).

que en realidad, en sí mismos, no afectan bienes como la vida, la seguridad o la libertad de las personas.⁴⁹

A su vez, frente a la protesta social, el Estado tiene la obligación no solo de no interferir con el ejercicio del derecho de reunión o asociación, sino también, en ciertas circunstancias, de adoptar medidas positivas para asegurar su ejercicio efectivo, por ejemplo, protegiendo a los participantes en una manifestación de la violencia física por parte de personas que puedan sostener opiniones opuestas.⁵⁰ De hecho, aun cuando se trata de manifestaciones que emplean mecanismos violentos, los funcionarios encargados deberán intentar evitar el uso de la fuerza.⁵¹

Naturalmente, si alguien comete un desmán durante una protesta será acreedor a un reproche jurídico y el Estado también debe actuar; sin embargo, dicho reproche no debe ser necesariamente penal, y debe mantener el respeto y el resguardo más absoluto de derechos como el de huelga, petición y protesta. Esto es, el reproche a quien comete un delito específico (v. gr., la agresión a un transeúnte) no debe convertirse en una excusa para socavar el ejercicio del derecho constitucional principal (la huelga, la protesta, etc.).⁵² En efecto, el Estado deberá asegurar que con ocasión de las protestas sociales no se realicen hechos delictivos sin relación con el propósito expresivo de la protesta, pero sin que su accionar signifique una lisa y llana prohibición de la manifestación,⁵³ valorando cuál es la oportunidad y forma apropiada. Lo cierto es que cualquier limitación a las protestas sociales debe ser interpretada de forma restrictiva, aplicando el principio *pro persona*.⁵⁴

Entonces, el Estado debe actuar proactivamente, aun cuando la protesta social no se relacione directamente con su actividad, reconstituyendo el diálogo entre los manifestantes y a quienes van dirigidos los reclamos (sean funcionarios, empresarios, etc.), de manera que se minimice la violencia. De esa forma se logrará tender puentes para atender los reclamos o solucionar los conflictos, reafirmando el compromiso integral con una democracia que maximice sus potencialidades mediante la verdadera inclusión en el debate público de todas las voces en un escenario de mayor igualdad.⁵⁵

En ese marco, la protesta social debe aspirar a generar un canal de diálogo para solucionar conflictos, conquistar derechos o superar barreras, pero su connotación constitucional también exige que esos objetivos se logren a partir de un espacio dialógico, inclusivo y participativo, que fomente un debate robusto y genuino entre

⁴⁹ CIDH, *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*, cit., 71.

⁵⁰ CIDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116. Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, 359.

⁵¹ CIDH, *Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2002*, cit., 34.

⁵² Gargarella, *El derecho a la protesta...*, 55-56.

⁵³ Rúa, "Protesta social y debate público: darle una oportunidad a la ley", 46.

⁵⁴ CIDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2014*, cit.

⁵⁵ Rúa, "Protesta social y debate público: darle una oportunidad a la ley", 46.

los involucrados, es decir que no ponga énfasis en la capacidad de presión, sino en las razones que los respectivos sectores invocan para sustentar sus posiciones. En ese sentido, la protesta social debe dar lugar al nacimiento de una conversación, que incluya a la mayor cantidad posible de potenciales afectados y reconozca la importancia de que las distintas voces presentes en la sociedad no solo se “expresen” sino que, sobre todo, dialoguen/debatan unas con otras, permitiendo que todos anticipen críticas de los demás, ajusten de ese modo sus presentaciones y, a la vez, modulen aquello que tienen para decir, de manera que sus puntos de vista resulten aceptables para sus interlocutores.⁵⁶

Ahora bien, construir ese espacio de diálogo no es fácil en ciertos escenarios de conflicto, por lo que se deben considerar los conceptos que se desarrollan a continuación.

2. Gestión de la conflictividad y la protesta social

2.1. La protesta como especie del género conflicto

La comprensión de la protesta social como fenómeno de participación en la esfera de lo público no puede descifrarse sino a través del estudio del conflicto y, más precisamente, de una subespecie, que los autores denominan conflictos sociales.⁵⁷ Inicialmente, en términos generales, podemos definir el conflicto como una situación en la cual los actores –personas, grupos, organizaciones, Gobiernos– adoptan una conducta conflictiva contra otros(as) para alcanzar metas que ellos(as) consideran incompatibles con respecto a las metas de los otros(as), o simplemente para expresar hostilidad.⁵⁸

Ahora bien, sin perjuicio de que el conflicto interpersonal implica necesariamente alteridad, las formas que adquiere dependen, entre otras, de los actores que intervienen en él; puede tratarse de personas entendidas desde lo individual, de grupos más o menos robustos o de una combinación de ambos. Según el caso de que se trate y de acuerdo con las clasificaciones propuestas por los autores, podremos referirnos a conflictos individuales, estructurales o sociales.⁵⁹

Según Conforti, dentro de la primera categoría podemos encontrar tanto los conflictos intrapersonales, cuando una situación problemática afecta a una persona en

⁵⁶ Gargarella, *La derrota del derecho...*, 70.

⁵⁷ Georg Simmel, “The sociology of conflict”, *American Journal of Sociology* 9, n.º 4 (1904): 490-525; Lewis A. Coser et al., *Las funciones del conflicto social* (México: Fondo de Cultura Económica, 1961).

⁵⁸ Paul Wehr, *El manejo del conflicto para construir una sociedad pacífica*. Extracto del artículo original basado en Bartos y Wehr: *Using Conflict Theory* (USA: Boise, 2002): 1.

⁵⁹ Franco Conforti, *Construcción de paz. Diseño de intervención en conflictos* (Madrid: Dykinson 2017), 19-57.

su dimensión intrapsíquica, como aquellos en donde dos o más personas confrontan por recursos que aparecen como escasos. En esta descripción, lo que verdaderamente importa es la consideración de los implicados en su faz individual y sin vinculación a ningún grupo social en específico.⁶⁰

Por su parte, el conflicto estructural es definido como el derivado del cambio o alteración de las estructuras sociales, tanto de las normativas como de las fácticas o, dicho de otro modo, de los valores sociales o de las instituciones de una unidad social estructural.⁶¹ Esta categoría representa un verdadero desafío, dado que su complejidad supone formas de intervención que no se agotan en planes de acción aislados, sino que requieren políticas públicas de alto alcance, con participación multisectorial y vocación de sostenibilidad a mediano y largo plazo.

Finalmente, los conflictos sociales son los que tienen lugar como producto de la interacción de los individuos dentro de un grupo o desde un enfoque social. A diferencia de la primera categoría, la consideración aquí no es individual sino social.⁶² Esto implica que, a pesar de sus posibles diferencias, las posturas asumidas por los integrantes del grupo tienen algún tipo de homogeneidad en cuanto a los objetivos y los medios para conseguirlos. En un intento por explicar la complejidad que supone el análisis de los actores implicados en un conflicto desde lo social, Entelman establece una diferencia entre la existencia de una pluralidad de individuos carente de toda organización (a quienes trata como una especie dentro del género actor individual) respecto de aquellos que actúan en forma colectiva con alguna unidad de pensamiento.⁶³ Cuando relativizamos la línea de pensamiento del grupo, lo hacemos para demostrar que, a pesar de la identificación de intereses comunes, ello no puede llevarnos a desconocer que incluso dentro de este tipo de actores existe diversidad de intereses y concepciones acerca del modo en que esos conflictos deberían resolverse.

Entelman habla de dos fenómenos que, aunque contrapuestos, se retroalimentan en el interior de los actores sociales: la identidad y la fragmentación. En lo que respecta al primero de ellos, enseña que las agrupaciones presentan objetivos que resultan coincidentes y en virtud de los cuales podríamos identificar la línea de pensamiento de sus miembros, mientras que en el segundo entran en tensión los intereses de los propios integrantes del grupo entre sí.⁶⁴ Siguiendo la teoría general de los sistemas de Bertalanffy,⁶⁵ podríamos clasificar los diferentes tipos de conflictos que tienen lugar entre actores sociales como intersistémicos (se producen entre individuos o grupos pertenecientes a distintos sistemas) o intrasistémicos (se

⁶⁰ Conforti, *Construcción de paz...*, 21.

⁶¹ Conforti, *Construcción de paz...*, 26.

⁶² Conforti, *Construcción de paz...*, 41-42.

⁶³ Remo Entelman, *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma* (Barcelona: Gedisa, 2002), 78.

⁶⁴ Entelman, *Teoría de conflictos...*, 79-83.

⁶⁵ Ludwig von Bertalanffy, *General system theory: Foundations, development, applications* (New York: George Braziller, 1968).

producen entre individuos o grupos pertenecientes al mismo sistema, aunque pueden identificarse como subsistemas especializados).

Se observa entonces la complejidad de los movimientos de protesta, como mecanismos de interacción social basados en la pugna de intereses entre personas que integran colectivos que pueden asumir modelos de organización más o menos formales, y con un alto grado de diversidad. Las notas características de este tipo de disputas son, por un lado, la mayor complejidad que supone su análisis, dada la multiplicidad de participantes y la diversidad de objetivos perseguidos, y, por el otro, la modificación del esquema clásico del conflicto como fenómeno bipolar,⁶⁶ en donde la intervención de terceros aparece como un nuevo factor de integración.

2.2. La protesta social desde un enfoque dinámico

Si bien, por naturaleza, el conflicto aparece como un fenómeno en permanente transformación, a los fines de su mejor comprensión se han distinguido dos aspectos que, aunque diferentes, resultan complementarios: el enfoque estático y el dinámico. Entelman aclara que la expresión estática del conflicto parece contradictoria si se refiere a la descripción de un objeto, el 'conflicto', que hemos definido como una especie del género 'relación social', es decir, como una secuencia de conductas recíprocas, cuya diferencia con ese género reside en la incompatibilidad de los objetivos de los actores que las realizan. Tal sucesión de conductas es, obviamente, un proceso dinámico.⁶⁷

En lo que se refiere propiamente al análisis dinámico, aparecen como relevantes las modificaciones que se producen en la intensidad del conflicto, dando lugar a lo que se denomina como escalada, desescalada y estancamiento. Así, mientras la escalada supone un incremento en la beligerancia entre las partes, la desescalada supone su apaciguamiento progresivo. El estancamiento, por su parte, implica cierta estabilidad que, aunque pueda tender levemente hacia la escalada o desescalada, no se identifica sustancial y establemente con ninguna de ellas.⁶⁸

Las modificaciones que se producen en la evolución del conflicto dependen de muchos factores, que van desde los tipos de interacción asumidos por las partes en la disputa, hasta condiciones de contexto que pueden influir en el mejoramiento o agravamiento de la situación. En lo que respecta a la conducta propia de las partes, que es lo que nos interesa a los fines del presente aporte, nos referiremos, por un lado, a los distintos comportamientos que pueden asumir los grupos implicados en los movimientos de protesta y, por el otro, a las maneras posibles de tender a la resolución del conflicto, sea que se trate de vías pacíficas o violentas.

⁶⁶ Entelman, *Teoría de conflictos...*, 85-87.

⁶⁷ Entelman, *Teoría de conflictos...*, 75-76.

⁶⁸ Entelman, *Teoría de conflictos...*, 173-178.

2.2.1. *Los comportamientos de los actores sociales en los movimientos de protesta*

Tradicionalmente, a través del sistema de coordenadas diseñado por Thomas y Kilman se han descrito cinco maneras de reaccionar ante los conflictos, en las que cada persona o grupo implicado en una disputa tiene un modo prominente de comportamiento.⁶⁹ Entre las distintas posibilidades, según que el acento esté puesto en la consecución de los propios intereses o en la relación con los demás, se han descrito las siguientes conductas: competencia, concesión, evasión, compromiso o colaboración.

La competencia se caracteriza por priorizar las metas personales, aunque esto signifique una ruptura en la relación. Esta actitud no visualiza como posible que las personas en conflicto puedan alcanzar sus objetivos si no es a costa de la insatisfacción de los intereses de la otra parte. La concesión es la actitud opuesta, ya que otorga absoluta prioridad a la satisfacción de las metas de la otra parte, avizorando como importante el mantenimiento de la relación, incluso cuando esto signifique la insatisfacción de los objetivos personales. La evasión se produce cuando al menos una de las partes en conflicto demuestra la ausencia de interés en la satisfacción tanto del propio interés como del de la otra parte, a la vez que el aspecto relacional se mantiene estable. El compromiso tiene lugar cuando los actores se preocupan de igual manera y en forma recíproca tanto de sus intereses como de la relación que mantienen, haciéndose concesiones recíprocas que conducen a ganar en algunas ocasiones y a perder en otras. Este tipo de reacción se relaciona directamente con el modo distributivo de negociación. Finalmente, la colaboración plantea un esquema diferente a todos los anteriores, pues pone el énfasis en los propios intereses, al tiempo que reconoce la importancia de las metas de la otra parte; asimismo, considera relevante el mantenimiento de la relación. Este tipo de actitud se relaciona con los desarrollos de la teoría de la negociación colaborativa que promueve la Escuela de Negociación de la Universidad de Harvard.⁷⁰

Aunque generalmente se evidencia un tipo de comportamiento predominante, suele ocurrir que más de uno de ellos se encuentran presentes, en mayor o menor medida, durante un movimiento de protesta social. En tal sentido, cabe reconocer que en toda disputa por la obtención de recursos materiales o inmateriales existe un elemento de interdependencia entre las partes,⁷¹ que las lleva a implicarse en un proceso de negociación, teñido por las actitudes que cada uno de ellos despliega para

⁶⁹ Ralph H. Kilmann y Kenneth W. Thomas, "Developing a forced-choice measure of conflict-handling behavior: The 'MODE' instrument", *Educational and Psychological Measurement* 37, n.º 2 (1977): 309-325.

⁷⁰ Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, *Getting to yes. Negotiating agreement without giving in* (Boston: Houghton Mifflin Company, 1981).

⁷¹ Patricia Aréchaga y Andrea Finkelstein, *Negociar derribando obstáculos* (Buenos Aires: La trama, 2020), 52-55.

modificar la conducta de la parte contraria, y que supone instancias de reclamación e instancias de negociación que se superponen una y otra vez.

Así, la protesta social no puede comprenderse como una dinámica de reclamación en sí misma, pues su finalidad es la modificación de una situación de hecho considerada como injusta por grupos que, por distintas razones, no tienen una capacidad directa de influencia sobre las decisiones que podrían dar respuesta a los problemas planteados. En tal sentido, se trata de un mecanismo particular de interacción social que se encuentra atravesado por la utilización de diversas estrategias de intervención.

2.2.2. *Distintas vías posibles de resolución de los conflictos sociales*

Toda intervención en un conflicto intersubjetivo, sea de tipo individual, social o estructural, supone al menos tres momentos: prevención, gestión y resolución.⁷²

Al hablar de prevención, nos referimos a la intervención sobre aspectos que podrían ser potenciales causas de producción de un conflicto o que, aun habiéndose producido, no tienen una relevancia tal que permitan ser identificados por las partes como un problema relevante. Por otro lado, hablar de gestión supone una intervención concreta sobre un conflicto que es identificado como tal por las partes implicadas, cuya resolución es solo un objetivo que se persigue, pero que no puede garantizarse. Finalmente, cuando en el presente apartado utilizamos la palabra ‘resolución’, lo hacemos simplificando la dicotomía que podría surgir del binomio resolución formal-resolución material,⁷³ para referirnos a la culminación, al menos temporal,⁷⁴ del conflicto.

Ury, Brett y Goldberg expresan que existen diversas vías para gestionar un conflicto, entre ellas, las siguientes: el poder, el derecho y la satisfacción de intereses.⁷⁵ La utilización del poder implica la posibilidad de sumisión del más débil frente a los intereses del más fuerte, dado que los recursos de los que dispone le permiten imponer, en alguna medida, su posición ante la de su adversario. El poder no solo se mide en términos de fuerza, sino que puede resultar tan complejo que puede

⁷² Raúl Calvo Soler, *Mapeo de conflictos: técnica para la exploración de los conflictos* (Barcelona: Gedisa, 2014), 53-58.

⁷³ Ignacio Noble, *¿Dictar sentencias o resolver conflictos? Importancia de la función comovedora del juez* (Buenos Aires: Astrea, 2020), 14-18.

⁷⁴ En el conflicto se reconoce un carácter cíclico, donde la resolución es pensada solo como un estado de mayor estabilidad y reducción de los niveles de confrontación que pueden renacer una y otra vez. Así, se refieren al ciclo de vida de un conflicto, cuya evolución supone cinco fases: 1. el conflicto latente, 2. la iniciación del conflicto, 3. la búsqueda de equilibrio del poder, 4. el equilibrio del poder y 5. la ruptura del equilibrio (Jay Folberg y Alison Taylor, *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio* [México, D. F.: Limusa Noriega Editores, 1992], 40).

⁷⁵ William Ury, Jeanne M. Brett y Stephen B. Goldberg, *Cómo resolver las disputas. Diseño de sistemas para reducir los costos del conflicto* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1995), 4-13.

analizarse en relación con aspectos culturales, sociales, económicos o políticos. Por su parte, el derecho aparece como un modo institucionalizado de regulación de las conductas humanas y asignación de los recursos, que teniendo en vista el valor justicia, promueve un tipo de resolución civilizada del conflicto intersubjetivo. Finalmente, la satisfacción de intereses pretende la búsqueda de soluciones de mutuo beneficio, en donde ambas partes implicadas encuentren una respuesta a sus necesidades en forma simultánea.

Pensados estos conceptos desde la dinámica de los conflictos de protesta, mientras el grupo hegemónico del que depende la toma de decisiones se aferra a su legitimidad institucional y normativa, los colectivos sociales se sostienen desde una lógica de presión a través de la ocupación del espacio público. Las tensiones propias de la combinación de una y otra metodología derivan usualmente en la utilización de mecanismos de poder validados institucionalmente para erradicar los movimientos de protesta, usualmente instrumentados a través de la represión de las fuerzas de seguridad y el aparato de justicia formal.

A este respecto, Nató, Rodríguez Querejazu y Carabajal expresan:

La judicialización de muchos de estos conflictos ocasiona, no pocas veces, perjuicios irreparables que se tributan con doble imposición: tanto las partes en cuestión como la justicia pesan con el costo de la frustración y del desprestigio social, respectivamente. En los públicos, en los cuales las minorías activas provocan impactos visibles [...] se recrea un circuito que no permite eludir, y a veces propicia, la vía de las 'violencias' recíprocas y/o en múltiples direcciones.⁷⁶

Esta lógica de interacción conflictiva deriva en el escalamiento de la disputa, elevando la confrontación existente y ocasionando daños para uno y otro grupo implicado. Estas oscilaciones son las que, particularmente, han venido determinando la disputa del espacio público en los conflictos de protesta social en Argentina, en donde, con mayor o menor nivel de violencia en la utilización de los recursos estatales disponibles, se ha prescindido del componente dialógico para la resolución colaborativa de las controversias.

2.3. Mecanismos dialógicos de atención de la conflictividad social

De conformidad con lo expresado hasta aquí, los movimientos de protesta constituyen un tipo de interacción compatible con la noción de conflicto social. Aunque es posible analizarlo como una totalidad, este tipo de prácticas no envuelve un solo conflicto (el del colectivo reclamante vs. el colectivo que tiene la legitimidad en la

⁷⁶ Alejandro M. Nató, María G. Querejazu y Liliana M. Carabajal, *Mediación comunitaria. Conflictos en el escenario social urbano* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 2006), 112.

toma de decisiones), sino que a esa disputa de base se suman muchas otras derivadas de la afectación que sufren terceros por la ocupación del espacio público o la falta de producción de bienes o servicios.

En consecuencia, pensar las controversias originadas en un movimiento de protesta tan solo entre los directamente enfrentados aparece como un diagnóstico insuficiente que debe completarse con los nuevos implicados en el conflicto. Piénsese, por ejemplo, en las protestas en donde se cortan calles; sus efectos se extienden a muchos potenciales afectados.

De esta manera, al análisis estático se suman múltiples sujetos, que, según su incidencia en el conflicto, asumirán el carácter de actores o terceros.⁷⁷ Desde un punto de vista dinámico, deberá añadirse el diagnóstico acerca de las múltiples interacciones que tienen lugar entre quienes llevan adelante la protesta, los grupos de decisión y los terceros afectados. Mientras las discusiones se llevan a cabo en el ámbito público o en los tribunales, aparece la necesidad de atender la conflictividad social de acuerdo con lo que Ury llamaba la satisfacción de intereses.⁷⁸ Esta modalidad de gestión de controversias, mayormente asociada a prácticas como la mediación, la conciliación, la negociación o el arbitraje, asume formas muy diversas, pero tiene un elemento en común: la utilización del diálogo como herramienta de construcción de soluciones de mutuo beneficio, en donde se potencia la participación protagónica de las partes y de los terceros afectados, de tal modo que se alcancen consensos, que a la vez que den por concluido el conflicto, promuevan un tipo de convivencia pacífica y respetuosa de la diversidad de pensamiento.

Conforme a lo expresado, existen diversos mecanismos eficaces a la hora de compatibilizar el derecho a la protesta social con otros potenciales derechos que pudieran verse afectados. Estos dispositivos, aunque suelen aparecer como soluciones de emergencia frente al aumento de la violencia entre los implicados, deberían funcionar como la primera vía de acceso a la justicia, pues a la vez que suponen un menor grado de utilización de recursos públicos, aparecen como más efectivos para reducir las tensiones propias de este tipo de controversias. Como la utilización de metodologías complementarias para la resolución de los conflictos sociales son mecanismos idóneos para garantizar el acceso de las partes y terceros a una justicia dialógica y consensual, presentaremos entonces una diversidad de mecanismos disponibles para la atención adecuada de las disputas ocasionadas a partir del ejercicio del derecho a la protesta.

⁷⁷ Entelman, *Teoría de conflictos...*, 133-144.

⁷⁸ Ury, Brett y Goldberg, *Cómo resolver las disputas...*, 4-13.

2.4. Diferentes mecanismos de resolución de conflictos dialógica derivados del ejercicio del derecho a la protesta

Desde los años noventa, en Latinoamérica se produjo la expansión de los denominados métodos alternativos de resolución de conflictos, como un intento más de reforma de un sistema de justicia lento, costoso y con poca estima social.⁷⁹ En este tipo de procedimientos se destacan los que propician el trabajo colaborativo entre las partes en conflicto, como en la negociación, la conciliación o la mediación.⁸⁰

La negociación puede ser definida como un

... método no adversarial de gestión y resolución de conflictos por el cual dos o más partes (por sí o por medio de sus representantes), haciéndose concesiones mutuas, modifican sus demandas con el fin de resolver diferencias pasadas, presentes o futuras para satisfacer sus necesidades e intereses de modo tal que el acuerdo al que arriben resulte satisfactorio para todas ellas.⁸¹

Por su parte, la conciliación puede ser concebida como “el método de gestión y resolución de conflictos por el cual un tercero imparcial y neutral denominado conciliador asiste a las partes en conflicto a fin de ayudarles a llegar a un acuerdo que resulte satisfactorio”.⁸² Mientras que la mediación es “la intervención en una disputa o negociación de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable”.⁸³

La mediación alcanzó un especial desarrollo en Argentina, donde en diversas jurisdicciones se implementó como un mecanismo previo y obligatorio a la iniciación de todo juicio.⁸⁴ Dentro del campo de aplicación de este tipo de procedimiento, comenzaron a diversificarse los dispositivos de mediación en diferentes contextos, que, además del judicial, incluyeron al escolar, deportivo, comunitario, policial, penal, penitenciario, entre tantos otros. Aunque en ámbitos especializados, la mediación se ejerció desde una perspectiva sistémica que comprende al conflicto como un fenómeno multicausal, que impregna a distintos espacios de socialización humana.

Así, dentro de la órbita del derecho a la protesta, este tipo de mecanismo fue útil para favorecer una solución dialógica y colaborativa, frente a la hostilidad recibida

⁷⁹ Gladys S. Álvarez, *La mediación y el acceso a justicia* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003), 15-19.

⁸⁰ Elena I. Highton y Gladys S. Álvarez, *Mediación para resolver conflictos* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995), 95-96.

⁸¹ Noble, *¿Dictar sentencias...*, 74.

⁸² Noble, *¿Dictar sentencias...*, 76.

⁸³ Christopher Moore, *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos* (Buenos Aires: Granica, 2010), 44.

⁸⁴ Sergio F. Abrevaya, *Mediación prejudicial* (Buenos Aires: Histórica, 2008), 23-26.

y ejercida por los grupos intervinientes. Particularmente, la mediación comunitaria ofreció un campo fértil de trabajo para mediadores involucrados en la gestión pacífica de los conflictos públicos.⁸⁵

Sin embargo, la mediación es solo una de las tantas vías posibles para transitar procesos de recomposición del tejido social; entre otras podemos nombrar los grupos de diálogo, las mesas de trabajo, los espacios de concertación institucional, los encuentros dialógicos, las redes de líderes sociales.⁸⁶ Esta diversidad de mecanismos promueve una intervención participativa y dialogada para que los actores y terceros implicados en los movimientos de protesta alcancen soluciones que, a la vez que resulten satisfactorias, reduzcan o eliminen los niveles de hostilidad y las consecuencias dañosas en personas y bienes.

Siguiendo a Bedoya y Puma, podemos definir los grupos de diálogo como las plataformas impulsadas desde la sociedad civil en las que se promueven espacios de encuentro multiactor y plurales para la generación de confianza, tratamiento de agendas de fondo y eventual construcción de consensos básicos, análisis de conflictos y promoción de condiciones para salidas negociadas. Por su parte, las mesas de diálogo son instancias *ad hoc* de diálogo, negociación y construcción de consensos multiactor impulsadas y conducidas por las oficinas gubernamentales responsables de la gestión institucional de conflictos. Los espacios de concertación institucional importan plataformas institucionales que promueven espacios de encuentro multiactor para el abordaje y la construcción de consensos para definición de políticas públicas sobre problemáticas socioambientales. En lo que respecta a los encuentros dialógicos, se trata de espacios ocasionales, eventuales, formales y extraformales, que buscan acercar y generar intercambios reflexivos entre diversos actores a través de talleres, charlas, conversatorios, seminarios, reuniones, entre otras metodologías de encuentro para el diálogo. Finalmente, las redes de líderes sociales son plataformas de colectivos sociales desde donde se practica el diálogo intragrupal y se articulan actores comunitarios para promover agendas sociales en el marco de plataformas para el diálogo intergrupalo y multiactor.⁸⁷

Como podrá observarse, los mecanismos señalados son solo algunos, entre muchos otros, para dar respuestas creativas a los conflictos sociales derivados de los movimientos de protesta. Este tipo de dispositivos permite salir de las clásicas modalidades de intervención, a través del uso del poder o la norma, para centrarse en la satisfacción de los intereses de las partes, tal como lo señalara Ury al referirse a los sistemas más eficientes de resolución de conflictos.⁸⁸ Creemos que los Gobiernos

⁸⁵ Nató, Querejazu y Carabajal, *Mediación comunitaria...*, 111-131.

⁸⁶ César Bedoya y Liz Puma, *Transformación de conflictos. Aportes al análisis y abordaje de conflictos para el desarrollo sostenible* (Lima: Universidad Antonio Ruiz de Montoya, 2015), 45-47.

⁸⁷ Bedoya y Puma, *Transformación de conflictos...*, 45-47.

⁸⁸ Ury, Brett y Goldberg, *Cómo resolver las disputas...*, 4-13.

deben hacer uso de todas estas herramientas para lograr una mejor gestión de la conflictividad en la búsqueda de una mejor y mayor participación en la construcción de una sociedad más pacífica, plural y democrática.

Reflexiones finales

Llegados a este punto, coincidimos en la importancia que tiene la intervención de la sociedad en la discusión de lo público, como un medio más de participación democrática que no se limita a un acto electoral. En tal sentido, creemos que ese compromiso se perfecciona a través de la expresión de la opinión de la ciudadanía, cuyo ejercicio admite distintos medios y modalidades, siendo la protesta social uno de los medios para que los intereses y las necesidades de los sectores minoritarios puedan ser escuchados.

Conforme lo expresamos, el derecho a la protesta social asume un rol central en nuestro sistema democrático y constitucional, que se comprende, a su vez, a partir de otros derechos que lo integran y le dan sentido. Así lo entendió la Corte IDH cuando se refirió a la vinculación entre el derecho a la protesta y los derechos a la libertad de expresión, de reunión, de participación política y de libertad de asociación.⁸⁹

Ahora bien, el ejercicio del derecho de protesta debe servir para construir un espacio de diálogo participativo, plural y democrático. Es precisamente en este punto donde pretendimos realizar un aporte para la construcción de un sistema que priorice el diálogo y el consenso, a partir de la utilización de mecanismos participativos de resolución de controversias.

Sin embargo, el desafío que plantea el derecho a la protesta social, y que lo diferencia de otros derechos, es que justamente opera sobre una lógica de presión que permite visibilizar los reclamos de los grupos afectados por las decisiones del colectivo gobernante. Esta dinámica provoca, generalmente, la escalada del conflicto, en donde las negociaciones adquieren un movimiento pendular que se basa en el uso del poder institucional o de hecho, por un lado, y en la interpretación y aplicación de la norma y la justicia formal, por el otro.

Frente al ejercicio de estas dos variantes que ocasionan daños personales, económicos y emocionales entre los actores y terceros implicados voluntaria o involuntariamente en el conflicto, surgen formas de prevención y atención de disputas en forma colaborativa. Este tipo de procedimientos y dispositivos, aunque diversos, operan sobre una misma lógica en donde se potencia la participación y el protagonismo de las partes, al tiempo que se promueve un tipo de resolución que atienda los intereses de unos y de otros en forma simultánea.

Aunque tradicionalmente se hizo referencia a la negociación, la conciliación y la mediación, existen diversos mecanismos capaces de ofrecer vías adecuadas de

⁸⁹ Corte IDH, Caso López Lone y otros vs. Honduras, cit., 160.

gestión de la conflictividad social, entre ellos, los grupos de diálogo, las mesas de trabajo, los espacios de concertación institucional, los encuentros dialógicos, las redes de líderes sociales.

Este tipo de procedimientos contribuye al desarrollo del derecho de acceso a la jurisdicción, para repensarlo en términos de acceso a justicia o, lo que es lo mismo, de acceso a la metodología más apropiada para la resolución concreta y específica del conflicto de que se trate.

Con este tipo de abordaje pretendemos maximizar las oportunidades de solución a las problemáticas que trasuntan a todo reclamo en el espacio público y que importan necesariamente a un otro con poder de decisión que pueda satisfacerlas de manera razonable.

De lo que se trata, en definitiva, es de promover la cultura del diálogo, en donde la diversidad sea receptada, escuchada y atendida. El objetivo es establecer un diálogo entre quienes piensan diferente, para alcanzar puntos de encuentro que redunden en un beneficio tanto en lo individual como en lo social. Se trata, en fin, de promover conductas sociales capaces de trascender los conceptos de tolerancia y coexistencia, para reemplazarlos por los de respeto a la diversidad y convivencia pacífica.

Bibliografía

- ABREVAYA, Sergio F. *Mediación prejudicial*. Buenos Aires: Histórica, 2008.
- ÁLVAREZ, Gladys S. *La mediación y el acceso a justicia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.
- ARÉCHAGA, Patricia y Andrea FINKELSTEIN. *Negociar derribando obstáculos*. Buenos Aires: La trama, 2020.
- BEDOYA, César y Liz PUMA. *Transformación de conflictos. Aportes al análisis y abordaje de conflictos para el desarrollo sostenible*. Lima: Universidad Antonio Ruiz de Montoya, 2015.
- BERTALANFFY, Ludwig von. *General system theory: Foundations, development, applications*. New York: George Braziller, 1968.
- BIDART CAMPOS, Germán. *Las elites políticas*. Buenos Aires: Ediar, 1977.
- CALVO SOLER, Raúl. *Mapeo de conflictos: técnica para la exploración de los conflictos*. Barcelona: Gedisa, 2014.
- CONFORTI, Franco. *Construcción de paz. Diseño de intervención en conflictos*. Madrid: Dykinson S.L., 2017.
- COSER, Lewis A. et al. *Las funciones del conflicto social*. México: Fondo de Cultura Económica, 1961.
- ENTELMAN, Remo. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa, 2002.
- FIDH. *La protesta social pacífica: ¿un derecho en las Américas?* Informe, n.º 460/3, octubre de 2006.

- FISHER, Roger, William URY y Bruce PATTON. *Getting to yes. Negotiating agreement without giving in*. Boston: Houghton Mifflin Company, 1981.
- FISS, Owen. *Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010.
- FOLBERG, Jay y Alison TAYLOR. *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*. México, D. F.: Limusa Noriega Editores, 1992.
- GARGARELLA, Roberto. *El derecho a la protesta. El primer derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.
- GARGARELLA, Roberto. *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.
- GARGARELLA, Roberto. *La derrota del derecho en América Latina*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2020.
- GIALDINO, Rolando E. "Protesta social. Derecho de reunión. En clave del derecho internacional de los derechos humanos". *La Defensa* 1, n.º 6 (2017).
- HIGHTON, Elena I. y Gladys S. ÁLVAREZ. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995.
- KILMANN, Ralph H. y Kenneth W. THOMAS. "Developing a forced-choice measure of conflict-handling behavior: The 'MODE' instrument". *Educational and Psychological Measurement* 37, n.º 2 (1977).
- MOORE, Christopher. *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Granica, 2010.
- NATÓ, Alejandro M., María G. QUEREJAZU y Liliana M. CARABAJAL. *Mediación comunitaria. Conflictos en el escenario social urbano*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2006.
- NOBLE, Ignacio. *¿Dictar sentencias o resolver conflictos? Importancia de la función componedora del juez*. Buenos Aires: Astrea, 2020.
- RÚA, Juan Carlos. "Protesta social y debate público: darle una oportunidad a la ley". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 8 (2017): 46-56.
- SIMMEL, Georg. "The sociology of conflict". *American Journal of Sociology* 9, n.º 4 (1904): 490-525.
- TOLEDO, Pablo Roberto. "Derecho de acceso a la información pública y transparencia activa: un modelo para armar". En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2019*, editado por Konrad Adenauer Stiftung - Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 285-305. Bogotá: KAS, 2019.
- URY, William, Jeanne M. BRETT y Stephen B. GOLDBERG. *Cómo resolver las disputas. Diseño de sistemas para reducir los costos del conflicto*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1995.
- WEHR, Paul. *El manejo del conflicto para construir una sociedad pacífica*. Extracto del artículo original basado en Bartos y Wehr: *Using Conflict Theory*. USA: Boise, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Derecho penal y protesta social". En *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en*

América Latina, coordinado por Eduardo BERTONI. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010.

Legislación y jurisprudencia

CIDH. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980*. OEA/Ser.L/V/II.50, Doc. 13 rev.1, 2 de octubre de 1980.

CIDH. *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II.116. Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002.

CIDH. *Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2002*. OEA/Ser.L/V/II. 117. Doc. 5 rev. 1, 7 de marzo de 2003.

CIDH. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005. Vol. III. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. OEA/Ser.L/V/II.124. Doc. 7, 27 de febrero de 2006.

CIDH. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005. Vol. VII. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. OEA/Ser.L/V/II.124. Doc 7, 27 de febrero de 2006.

CIDH. *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.124. Doc. 5 rev.1, 7 de marzo de 2006.

CIDH. *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 4/09, 25 de febrero de 2009.

CIDH. *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57, 31 de diciembre de 2009.

CIDH. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2014. Vol. II. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 13, 9 de marzo de 2015.

CIDH. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2016. Vol. II. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 22/17, 15 de marzo de 2017.

CIDH. OEA: *Declaración de principios sobre libertad de expresión*. Aprobada durante su 108º periodo ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 octubre de 2000, 20 de octubre de 2000. Acceso el 20 de abril de 2021. <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos13.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-265 de 2 de junio de 1994. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5.

CORTE IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras, Sentencia de 5 de octubre de 2015, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 302.

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *New York Times c. Sullivan*, 376 US 254, 1964.

NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Comunicación 1988/2010, Valentin Evrezov v. Bielorrusia. CCPR/C/114/D/1988/2010, 17 de agosto de 2015.

NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *La promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas*. Resolución A/HRC/25/L.20, 24 de marzo de 2014.

NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai*. A/HRC/29/25, 28 de abril de 2015.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 85/1988, 28 de abril de 1988, recaída en el Recurso de Amparo 942/1987.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 66/1995, 8 de mayo de 1995.

César Francisco Gallegos Pazmiño* (Ecuador)

¿Constitucionalismo revolucionario o revolución constitucional?: reflexiones sobre las implicaciones constitucionales de la revolución

RESUMEN

Una importante tendencia reciente en la elaboración de constituciones en todo el mundo ha sido el constitucionalismo revolucionario: utilizar el proceso de elaboración de constituciones para intentar institucionalizar y llevar a una conclusión exitosa una revolución política. Aunque se ha prestado mucha atención a las revoluciones específicas involucradas, no ha ocurrido lo mismo con el fenómeno general del constitucionalismo revolucionario. Este artículo aborda este fenómeno, ofreciendo algunas reflexiones generales y, luego, las utiliza para hacer un análisis de la elaboración de constituciones en el contexto revolucionario. Analíticamente, es un concepto distinto del término vecino “revolución constitucional”. Reconocer esto nos permite distinguir entre, por ejemplo, la revolución constitucional del *New Deal* y la revolución americana.

Palabras clave: constitucionalismo revolucionario; revolución constitucional; revolución política.

* Abogado de los tribunales y juzgados de la República, Universidad Central del Ecuador; estudiante de la maestría en Derechos de la Naturaleza y Justicia Intercultural, Universidad Andina Simón Bolívar. cesargalpaz@gmail.com / código orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9349-7658>.

Agradezco infinitamente los comentarios de quienes leyeron de este documento, en función de ofrecer una redacción mucho más clara. Agradezco las enseñanzas, los comentarios y las correcciones, siempre pertinentes, de la doctora Verónica Potes, docente de la Universidad Central del Ecuador. Los errores que subsistan son completamente míos.

Revolutionary constitutionalism or constitutional revolution?: Reflections on the constitutional implications of revolution

ABSTRACT

An important recent trend in constitution-making around the world has been revolutionary constitutionalism: use the process of constitution-making to attempt to institutionalize a political revolution and bring it to a successful conclusion. Although much attention has been paid to the specific revolutions involved, much less attention has been paid to the general phenomenon of revolutionary constitutionalism as such. This article attempts to address this phenomenon by offering some general thoughts, and then using them to inform an analysis of constitution-making in the revolutionary context. Analytically, it is a concept that is different from the similar-sounding term "constitutional revolution." Recognizing this allows us to distinguish between, for example, the constitutional revolution of the New Deal and the American Revolution.

Keywords: revolutionary constitutionalism; constitutional revolution; political revolution.

Revolutionärer Konstitutionalismus oder konstitutionelle Revolution?: Überlegungen zu den Auswirkungen von Revolutionen auf die Verfassung

ZUSAMMENFASSUNG

Der revolutionäre Konstitutionalismus, also der Versuch, sich eines Verfassungsgebungsprozesses für die Institutionalisierung und die erfolgreiche Vollendung einer politischen Revolution zu bedienen, stellt weltweit eine wichtige neue Tendenz bei der Ausarbeitung von Verfassungen dar. Während den jeweiligen Revolutionen große Aufmerksamkeit zuteil wurde, hat das allgemeine Phänomen des revolutionären Konstitutionalismus an sich weitaus weniger Interesse geweckt. Der Artikel beabsichtigt, diesem Phänomen nachzugehen, indem er zunächst einige allgemeine Überlegungen anstellt und diese anschließend als Input für eine Analyse der Verfassungsgebung in revolutionären Kontexten verwendet. In analytischer Hinsicht ist das Konzept des revolutionären Konstitutionalismus vom Begriff der „konstitutionellen Revolution“ zu trennen. Diese Feststellung ermöglicht es uns, zum Beispiel zwischen der konstitutionellen Revolution des New Deal und der Amerikanischen Revolution zu unterscheiden.

Schlagwörter: Revolutionärer Konstitutionalismus; konstitutionelle Revolution; politische Revolution.

Introducción

Durante los últimos veinte años ha habido al menos dos tendencias importantes y muy visibles en la elaboración de constituciones en todo el mundo. La primera

es la del constitucionalismo revolucionario: utilizar el proceso de elaboración de la constitución para intentar institucionalizar y llevar a una conclusión exitosa una revolución política.¹ Los principales ejemplos de esto han sido Sudáfrica y los países de la llamada Primavera Árabe. Junto a esta versión “clásica” o primaria del constitucionalismo revolucionario también se puede decir que se ha desarrollado una más nueva o secundaria: un movimiento revolucionario con éxito electoral que emplea el proceso de elaboración de la constitución como un medio hacia la transformación radical de la política. Aquí, la revolución política no precede al proceso de elaboración de la constitución. Ecuador y Venezuela son los principales ejemplos en América Latina.

Al igual que la versión más clásica de la “revolución al constitucionalismo”, este escenario de “constitucionalismo a la revolución” puede salir mal fácilmente y, cuando lo hace, tiende a superponerse con una segunda tendencia importante y más inquietante, el “constitucionalismo abusivo”,² el cual consiste en utilizar el proceso de elaboración (y enmienda) de la constitución como una herramienta de la política ordinaria para afianzar la posición de un gobierno a través de medidas que concentran su poder y dificultan la oposición electoral exitosa. El ejemplo más conocido de esta segunda tendencia es Hungría, desde 2010.³ Sin embargo, reconocer el escenario del constitucionalismo a la revolución como una forma de constitucionalismo revolucionario complica curiosamente caracterizar los desarrollos en Venezuela o Bolivia de la misma manera. ¿Se puede decir que el proceso de elaboración de la constitución se utiliza (simple o principalmente) como una herramienta de la política ordinaria, donde el objetivo abierto y expreso del movimiento revolucionario que triunfó electoralmente es lograr una transformación radical de la política? ¿Cómo o en qué momento podría volverse abusiva esta versión del constitucionalismo revolucionario? ¿Es suficiente una enmienda constitucional que elimine los límites de los mandatos presidenciales?⁴

En este artículo me centro en esta tendencia de la elaboración de constituciones. Aunque se ha prestado mucha atención a las revoluciones específicas involucradas,

¹ Esta es una definición preliminar. Como se argumentará en la primera parte, el constitucionalismo revolucionario implica solo revoluciones políticas de cierto tipo.

² David Landau, “Abusive constitutionalism”, *U.C. Davis L. Rev.*, n.º 47 (2013): 189-260.

³ En Hungría, el entonces nuevo gobierno del partido Fidesz, del primer ministro Viktor Orban, utilizó su mayoría de dos tercios en el parlamento (elegido con el 52,73% de los votos) para reemplazar la Constitución del país en 2012, sin un mandato electoral, muchas consultas públicas o un referéndum, con una que, entre otras cosas, redujo la independencia de los tribunales al reducir la edad de jubilación obligatoria de los jueces y fiscales de 70 a 62 y aumentar el número de miembros del tribunal constitucional de 11 a 15. En Polonia, el gobierno de Ley y Justicia también intentó frenar los poderes del tribunal constitucional y concentrar los suyos desde que fue elegido en octubre de 2015, pero hasta ahora a través de la legislación ordinaria en lugar de enmiendas constitucionales o de reemplazo.

⁴ La Constitución Bolivariana de 1999 en Venezuela fue enmendada mediante referéndum en 2009, tras el rechazo de una propuesta similar por referéndum en 2007.

no ha ocurrido lo mismo con el fenómeno general del constitucionalismo revolucionario.⁵ Tal vez esto se deba a que estuvo manchado por una aparente asociación con todo el género de pensamiento de inflexión marxista que fue borrado de la historia casi de la noche a la mañana después del final de la Guerra Fría. Este artículo intenta comenzar a corregir esta brecha, ofreciendo algunas reflexiones sobre el fenómeno general, manifestado de diversas maneras tanto por la tendencia contemporánea como por las anteriores en la historia y, luego, las utiliza para hacer un análisis de la elaboración de constituciones en el contexto revolucionario. De modo preliminar, dos características de esta irrupción más reciente del constitucionalismo revolucionario parecen distinguirlo de los anteriores: 1) en conjunto con la ronda inmediatamente anterior en Europa central y oriental a partir de 1989, como revoluciones que han sido (a pesar de algunos fracasos obvios) en general exitosas, o al menos vistas como desarrollos positivos; y 2) las últimas revoluciones que han priorizado la elaboración de una constitución más que las de 1989.⁶

En la primera parte del artículo se busca aclarar qué es el constitucionalismo revolucionario, en qué se diferencia del no revolucionario y cómo se relaciona tanto con el término vecino “revolución constitucional” como con otros tipos de revoluciones políticas. Además de alguna aclaración conceptual que se espera sea útil, esta sección también tiene como objetivo explorar si el constitucionalismo revolucionario es una categoría analítica o normativamente útil. En la segunda parte se identifican ciertas paradojas y problemas del constitucionalismo revolucionario, que en su mayoría tienen su origen en la combinación de la transformación radical inicial y la resistencia subsiguiente a una transformación radical adicional que trae consigo la constitucionalización. En la tercera parte se establecen brevemente las etapas del constitucionalismo revolucionario y las variaciones de la manera como termina. En la cuarta parte, se vuelve a la elaboración de la constitución y se considera su papel en este contexto al abordar dos interrogantes específicos. Primero,

⁵ Por ejemplo, ninguno de los dos excelentes y completos manuales de investigación reciente sobre derecho constitucional comparado incluye un capítulo sobre el tema, o incluso sobre el concepto diferente, pero relacionado, de revolución constitucional (discutido en primera parte). Véanse Tom Ginsburg y Rosalind Dixon, eds., *Comparative Constitutional Law* (Chicago: University of Chicago, 2011); Michel Rosenfeld y Andrés Sajó, eds., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012). Entre los pocos trabajos recientes de académicos constitucionalistas comparados que discuten el fenómeno general se encuentran Joel Colón-Ríos y Allan Hutchinson, “Democracy and revolution: An enduring relationship?”, *Denver L. Rev.* 89, n.º 3 (2012): 593-610; Bruce Ackerman, “Three paths to Constitutionalism—and the crisis of the European Union”, *BJPOLS* 45, n.º 4 (2015): 705-714. Sobre el concepto de revolución constitucional, dos artículos recientes son Gary Jacobsohn, “Theorizing the constitutional revolution”, *J. L. & Courts* 2, n.º 1 (2014): 1-32; y Mark Tushnet, “Peasants with pitchforks, and toilers with Twitter: Constitutional revolutions and the constituent power”, *Int’l J. Const. L.* 13, n.º 3 (2015): 639-654.

⁶ Véase Bruce Ackerman, *The Future of Liberal Revolution* (New Haven: Yale University Press, 1992), donde se lamenta el fracaso de Polonia en particular para hacer de la redacción de una nueva constitución una prioridad máxima después de la caída del comunismo.

¿qué importancia tiene la elaboración de una constitución *per se* para el éxito o el fracaso de episodios de constitucionalismo revolucionario, en comparación con otras variables políticas y socioculturales? En segundo lugar, en la medida en que la elaboración de una constitución sea importante en el contexto revolucionario, ¿qué contribuye a su éxito? ¿Qué características de su proceso y sustancia parecen ser las más importantes? Basándose en la comparación entre las experiencias posteriores a 2011 en Túnez y Egipto, el artículo sugiere que un papel importante que puede desempeñar la elaboración de una constitución para aumentar las posibilidades de un episodio exitoso de constitucionalismo revolucionario es ser una fuente de legitimidad que el nuevo régimen debe establecer.

1. ¿Qué es el constitucionalismo revolucionario?

Quizás, el paradigma del constitucionalismo revolucionario sea el escenario de un movimiento encabezado por un líder o una dirección carismática que, habiendo emprendido una larga lucha contra un régimen autoritario o tiránico de una u otra línea, gana gradualmente el apoyo del pueblo a través de su dedicación y autosacrificio. En nombre de la libertad encabeza un levantamiento que primero derroque y reemplace al gobierno y, luego, constitucionalice los principios revolucionarios en un nuevo documento fundacional. De hecho, este escenario preciso es extremadamente raro en la historia.⁷

Momentos muy comunes en la historia surgen cuando: i) el movimiento y la dirección revolucionarios, al llegar finalmente el momento, se comprometen en una transferencia negociada del poder con el antiguo régimen, en lugar de una confrontación final y decisiva con él, como en Polonia en 1989 y Sudáfrica entre 1990 y 1993; o ii) se produce un levantamiento espontáneo y sin líderes que sorprende a casi todos, incluidos los revolucionarios profesionales,⁸ como en la (primera) Revolución francesa, las revoluciones rusas de 1905 y febrero de 1917, Rumania en 1990, Túnez y Egipto en 2011. También existe, como se mencionó, la posibilidad más nueva de la ruta electoral/constitucional hacia la revolución. Dada esta variedad de situaciones que plausiblemente involucran al constitucionalismo revolucionario, podría ser útil comenzar desde lo básico para adquirir una comprensión más precisa del concepto y en qué se diferencia de sus similares.

El constitucionalismo revolucionario es un tipo o variante del constitucionalismo, en el que el adjetivo connota una conexión esencial con una revolución política. Esta

⁷ La revolución estadounidense quizás sea lo que más se acerque, pero la existencia y el papel del movimiento y del líder revolucionario paradigmático está lejos de ser claro, lo que requiere una lectura sólida del papel de George Washington. Para profundizar en el tema, véase Ackerman, "Three paths to Constitutionalism—and the crisis of the European Union", 705-714.

⁸ Hannah Arendt argumentó que esta es la norma. Véase Hannah Arendt, *Sobre la revolución* (Madrid: Editorial Alianza, 1963), 259.

conexión es la forma en que se introduce el constitucionalismo en una política (el sentido “clásico” o primario), pero también puede ser que aquí la victoria electoral, seguida de la elaboración de una constitución, sea el medio empleado por un movimiento revolucionario para lograr su razón de ser política (el sentido más nuevo). Por lo tanto, el constitucionalismo revolucionario debe contrastarse con otros tipos o modos no revolucionarios, como el evolutivo y de élite.⁹ En el primero de ellos, el constitucionalismo emerge –y tal vez continúe cambiando– gradualmente en el tiempo con pasos relativamente pequeños y sin discontinuidades políticas significativas.¹⁰ En el segundo, el constitucionalismo es impuesto a una población por una élite nacional o incluso extranjera.¹¹ Este contraste tiene que ver con la fuente o la historia, con la manera como se introduce el constitucionalismo en un orden político, más que con variaciones en su contenido. No afirma ni sugiere que, digamos, la Constitución o el orden constitucional de Estados Unidos sea sustancialmente más “revolucionario” que el noruego (evolutivo) o el japonés y el alemán (élite).

Sin intentar navegar por posiciones opuestas dentro de la gran literatura de ciencias políticas y sociología sobre el tema,¹² las revoluciones tienden a tener las siguientes características. En primer lugar, una forma genuina de movilización de masas, en la que el poder puro y constituyente del pueblo está directamente involucrado. En segundo lugar, temporalmente, las revoluciones provocan transformaciones abruptas, bruscas o, al menos, relativamente rápidas, a diferencia de las más graduales o extendidas. En tercer lugar, en términos del alcance de la transformación, las revoluciones marcan el comienzo de un cambio radical o fundamental en lugar de una reforma y, por lo general, implican la eliminación del régimen político existente.

Por último, normalmente se emplean modos o procesos de cambio extralegales o extraordinarios (por ejemplo, “derrocamiento”).¹³ Cabe señalar que la violencia no es

⁹ Véase Ackerman, “Three paths to Constitutionalism—and the crisis of the European Union”, 705-714, donde distingue paradigmas de constitucionalismo “revolucionario”, “privilegiado” y “elitista”.

¹⁰ El Reino Unido podría considerarse como el caso clásico aquí, aunque no se pueden subestimar los importantes papeles de la revolución/guerra civil inglesa del siglo XVII y la Revolución Gloriosa en el establecimiento del constitucionalismo. Como resultado, Noruega y Suecia son quizás mejores ejemplos.

¹¹ En la Unión Europea, el desarrollo del constitucionalismo europeo a menudo se considera obra de la élite política (más que del público). El Japón de la posguerra es un ejemplo de la imposición del constitucionalismo por parte de una élite extranjera, a saber, el general MacArthur, el comandante supremo ocupante de las potencias aliadas y su pequeño equipo de redactores de la constitución.

¹² Véase, por ejemplo, Jeff Goodwin, *No Other Way Out: States and Revolutionary Movements, 1945-1991* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001); Theda Skocpol, *States and Social Revolutions* (Cambridge: Cambridge University Press, 1979); Charles Tilly, *European Revolutions 1492-1999* (Hoboken: Wiley-Blackwell, 1995); Jack Goldstone, “Theories of revolutions: The third generation”, *World Pol.*, n.º 32 (1980): 425-453.

¹³ Por eso, la noción de “revolución electoral” implica un sentido metafórico del término. También es la razón por la que en el escenario del “constitucionalismo a la revolución”, dije

esencial, aunque, por supuesto, las revoluciones sangrientas son más comunes en la historia que las pacíficas.¹⁴ La versión clásica o primaria del constitucionalismo revolucionario está esencialmente conectada con una revolución política en este sentido fundamental. Pero, en gran medida, también lo es la versión más nueva o secundaria. Así, la revolución bolivariana de Chávez implicó una movilización masiva a través de su Movimiento Quinta República y más tarde del Partido Socialista Unido de Venezuela, un periodo de tiempo relativamente corto para la transformación radical de los principios y la orientación política, y modos extraordinarios de cambio, por ejemplo, en la celebración de un referéndum popular sobre el establecimiento de una asamblea constituyente en abril de 1999 y la concesión del poder supremo al órgano electo posteriormente sobre las demás instituciones vigentes.¹⁵

Si el adjetivo significa que el constitucionalismo revolucionario está esencialmente conectado con una revolución política, el sustantivo requiere que esté conectado solo con revoluciones políticas de cierto tipo. Said Arjomand ha observado que las revoluciones de 2011 en Túnez, Egipto y Libia fueron, desde el principio, “revoluciones constitucionales en su intención”,¹⁶ y con esto entiendo que se refiere a algo bastante específico. Creo que esta especificidad se manifiesta en la comparación implícita con otros tipos de revolución política, por ejemplo, las revoluciones totalitarias o teocráticas. Si bien estos tipos de revolución pueden reemplazar a los regímenes autoritarios o absolutistas y dar lugar a una constitución (la Constitución bolchevique de 1918, la Constitución de la República Islámica de Irán de 1979), no son revoluciones con objetivos o propósitos constitucionalistas; de hecho, bien pueden ser anticonstitucionalistas o contraconstitucionalistas.¹⁷

En consecuencia, podemos pensar que el constitucionalismo revolucionario, al menos en su versión clásica o primaria, puede estar conectado con una revolución constitucionalista: una revolución destinada a lograr la transformación radical del orden político del antiguo régimen no constitucionalista a uno nuevo constitucionalista. Sin embargo, este nuevo orden político no tiene por qué ser específicamente “constitucionalista liberal”. El trabajo reciente en derecho constitucional comparado ha comenzado de manera útil a analizar y explorar formas de constitucionalismo distintas de las liberales o “plenamente constitucionalistas”, en especial las versiones

anteriormente que la revolución “principalmente” sigue, más que precede, al proceso de elaboración de la constitución.

¹⁴ Arendt, *Sobre la revolución*, 35-39.

¹⁵ Ambas acciones fueron confirmadas como constitucionales por una Corte Suprema muy dividida.

¹⁶ Said Amir Arjomand, “Revolution and constitution in the arab world, 2011-12”, en *Beyond the Arab Spring: The Evolving Ruling Bargain in the Middle East*, ed. por Mehran Kamrava (Oxford: Oxford University Press, 2014), 151-214.

¹⁷ Como describe Arjomand, la revolución iraní de 1979 (Arjomand, “Revolution and constitution in the arab world, 2011-12”).

autoritarias.¹⁸ Sin embargo, en este extremo del espectro permanece la diferencia entre constitucionalismo autoritario y autoritarismo puro o absolutismo, de modo que si un orden político resultante no es consistente con la concepción mínima del constitucionalismo, tampoco puede ser una instancia de la versión revolucionaria. Más relevantes para los ejemplos de Chávez y Morales son las posibilidades de distintas alternativas constitucionalistas socialdemócratas o socialistas.¹⁹

Hay dos escenarios principales en los que el constitucionalismo revolucionario ocurre en el sentido clásico o primario: la revolución colonial o neocolonial y el cambio de régimen interno. Este último se distingue tanto del cambio de régimen externo como de los episodios internos de elaboración y reemplazo de constituciones que no son el resultado de revoluciones: India, el África de los sesenta y posiblemente Europa central y oriental en 1989 y Sudáfrica a principios de los años noventa (la versión “neocolonial”). Como ejemplos de revoluciones coloniales están las revoluciones francesa, mexicana, rusa y las de 2011 en Túnez y Egipto con el cambio de régimen interno. Aunque en el caso de ciertas revoluciones coloniales, la naturaleza mínimamente constitucionalista del antiguo régimen en general podría hacer que uno cuestione su caracterización como una transformación no constitucionalista a constitucionalista; no es así como los revolucionarios percibían su situación o trato como sujetos coloniales. Por ejemplo, a pesar de la Revolución Gloriosa en Inglaterra casi un siglo antes, los revolucionarios estadounidenses se consideraban a sí mismos enfrentados y derrocando a un monarca absoluto, o al menos a uno tiránico.²⁰

Esto lleva a la cuestión de la relación general del constitucionalismo revolucionario con el término vecino “revolución constitucional”. ¿Son siempre lo mismo y, en caso contrario, en qué se diferencian exactamente? ¿Es la diferencia lo suficientemente significativa, analítica o normativa para justificar tener ambas en la caja de herramientas disciplinarias? La revolución constitucional es un concepto más limitado o más estrecho en el sentido de que su significado central se refiere a un cambio fundamental hacia o dentro de un orden constitucional, a diferencia del orden político más amplio o más abarcador del que forma parte: en esencia, una

¹⁸ Li-Ann Thio, “Constitutionalism in illiberal politics”, en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. por Michel Rosenfeld y Sajó András (Oxford: Oxford University Press, 2012), 133; Mark Tushnet, “Authoritarian constitutionalism: Some conceptual issues”, en *Constitutionalism in Authoritarian Regimes*, ed. por Tom Ginsburg y Alberto Simpser (Cambridge: Cambridge University Press, 2014); Mark Tushnet, “Authoritarian constitutionalism”, *Cornell L. Rev.* n.º 100 (2015): 391-461.

¹⁹ Mark Tushnet, “Editorial: Varieties of Constitutionalism”, *Int’l J. Const. L.* 14, n.º 1 (2016): 1-5.

²⁰ “El gesto definitorio de la Revolución Estadounidense, el gesto que le dio el perfil de una revolución en oposición a una mera disputa intraestatal, fue su rechazo a la Corona inglesa y con ella el rechazo de la monarquía absoluta en general. ‘[Debemos] sitiarse el trono del cielo’, escribió Thomas Jefferson, ‘para extirpar de la creación a esta clase de leones, tigres y mamuts humanos llamados reyes’” [Paul Downes, *Democracy, Revolution, and Monarchism in Early American Literature* (Toronto: Toronto University, 2002)].

revolución legal frente a una política (de cierto tipo). En consecuencia, las revoluciones constitucionales no están esencialmente conectadas a una revolución política, en general ocurren sin ella, y no necesariamente involucran ninguno de sus rasgos característicos: movilización de masas, ruptura temporal brusca o abrupta y modos de cambio extralegales o (procedimentalmente) extraordinarios. De hecho, ni siquiera se requiere un cambio constitucional formal ordinario –enmienda o reemplazo autorizado–; por ejemplo, cuando se produzca por decisión judicial.²¹

Como concepto más amplio, las instancias de constitucionalismo revolucionario pueden incluir revoluciones constitucionales, pero van más allá de ellas. Entonces, por ejemplo, la revolución americana indudablemente incluyó un cambio fundamental en el orden legal/constitucional anterior a 1776, pero esta sería una descripción insuficiente o incompleta. Al rechazar y derrocar a través de la movilización de masas el régimen de gobernanza tiránico, se entiende más completa y exactamente como una revolución política con objetivos constitucionalistas. Si Charles I o James II de Inglaterra hubieran sido persuadidos desde el principio de firmar y acatar un proyecto de ley parlamentario que aboliera la monarquía absoluta a favor de la constitucionalidad, esto habría sido una revolución constitucional. Los episodios de constitucionalismo revolucionario para lograr esta y más innovaciones constitucionales que condujeran a una república y un destierro dinástico, bien habrían podido ser innecesarios. Si el Reino Unido aboliera ahora su monarquía constitucional por ley, después de un referéndum o mandato electoral, o si creara una constitución “escrita” o codificada después de un proceso de consulta y promulgación, esto equivaldría a una revolución constitucional, un cambio fundamental en su orden constitucional, pero no al constitucionalismo revolucionario. Reconocer la diferencia entre los dos conceptos nos permite distinguir entre lo que sucedió en Canadá en 1982 o Israel en 1992, por un lado;²² y Túnez, Egipto y Libia en 2011, por el otro; entre la revolución constitucional del New Deal y la revolución americana.

Entonces, un cambio de la supremacía legislativa a la constitucional (Canadá, Israel), de un Estado unitario a uno federal (Bélgica), del *laissez-faire* constitucional al Estado regulador (*New Deal*), o de una forma de constitucionalismo no liberal a uno liberal o viceversa, probablemente serían todos ejemplos de una revolución constitucional, que reflejan un cambio fundamental en el paradigma constitucional y la autocomprensión. Pero como también sugieren los ejemplos de las revoluciones Gloriosa y americana, las revoluciones constitucionales no necesariamente se limitan a un cambio en el paradigma constitucionalista. Como hemos visto, no parece ser un

²¹ Al igual que con la revolución constitucional del *New Deal* y, posiblemente, la israelí.

²² Como parte de la “repatriación” de la Constitución canadiense en 1982, la nueva Carta Canadiense de Derechos y Libertades creó una declaración constitucional de derechos y facultad a los tribunales para hacer cumplir los derechos contra las legislaturas por primera vez. Sobre la “revolución constitucional” israelí que gira en torno a la primera promulgación de derechos, véase Gideon Sapiro, “Constitutional revolutions: Israel as a Case-study”, *Int’l JL in Context*, n.º 5 (2009): 355- 378.

mal uso del término afirmar que la revolución americana contra el poder absolutista, arbitrario o tiránico incluyó (aunque fue más que) una revolución constitucional, ni que esto describiría la situación si el fin de la monarquía absoluta en Gran Bretaña no hubiera requerido una transición política revolucionaria. La transformación legal de la Alemania nazi a la República Federal (pero, probablemente no de la República de Weimar a la Alemania nazi) se puede caracterizar de manera similar como una revolución constitucional, aunque también es claramente un ejemplo de constitucionalismo no revolucionario. De esta manera, aunque más estrecho en alcance o escala que, en esencia, una transformación jurídica fundamental, la revolución constitucional también puede verse como un concepto más amplio que el constitucionalismo revolucionario, ya que cubre más casos y no se limita a escenarios que involucran revoluciones políticas. Todo esto parece estar capturado en la muy útil definición del término de Gary Jacobsohn: “Un desplazamiento paradigmático logrado en el prisma conceptual a través del cual se experimenta el constitucionalismo en una determinada política”.²³

La definición de Jacobsohn está diseñada para enfatizar la sustancia, el alcance del cambio sobre el proceso por el cual ocurre (“como sea que se logre”) y también para rechazar la necesidad o la centralidad de la “ruptura brusca” al reconocer que algunas revoluciones constitucionales son más incrementales y ocupan un periodo de tiempo relativamente extenso (por ejemplo, el irlandés: 1922-1937).²⁴ Sobre este primer punto, ¿cuál es la situación del constitucionalismo revolucionario? ¿Se trata fundamentalmente de resultados o del proceso mediante el cual se produce el cambio?

Aquí las dos versiones del constitucionalismo revolucionario proporcionan respuestas algo diferentes, pero en ambas las cuestiones de proceso son más centrales que con respecto a las “revoluciones constitucionales”. En lo que respecta a la versión clásica, el constitucionalismo revolucionario no puede tratarse solo de resultados (reemplazar regímenes absolutistas o autoritarios por uno constitucionalista), sino que también implica esencialmente la manera como se logra el resultado mediante un proceso revolucionario. Esto nuevamente, más que sustancia, es lo que distingue al constitucionalismo revolucionario en este sentido primario de otras rutas no revolucionarias. Entonces, por ejemplo, si el ejército egipcio simplemente hubiera derrocado al régimen de Mubarak en 2011 e implementado uno plausiblemente constitucionalista por su propia voluntad, sin la existencia de manifestaciones masivas, o antes de que estas comenzaran, no pensaríamos en esto como un episodio de constitucionalismo revolucionario. Tal vez en un “golpe de Estado democrático”.²⁵

²³ Jacobsohn, “Theorizing the constitutional revolution”, 3.

²⁴ En particular, rechaza la centralidad o necesidad del “momento constitucional” de Ackerman. Sobre este punto, véase Rivka Weill, “Evolution vs. revolution: Dueling models of Dualism”, *Am. J. Comp. L.*, n.º 54 (2006): 429-481.

²⁵ Ozan Varol, “The democratic coup d’état”, *Harv. Int’l L.J.*, n.º 53 (2012): 291-356.

Sin embargo, podríamos juzgar la acción positivamente. La forma particular de movilización de masas es menos importante, puede incluir manifestaciones pacíficas, levantamientos populares y apoyo político transversal para que el movimiento revolucionario comience una transición de poder negociada, como en Polonia y Sudáfrica.

Del mismo modo, aunque de esta manera el proceso es esencial para el constitucionalismo revolucionario, por supuesto, no es suficiente. La movilización masiva por sí misma, ya sea a través de un movimiento revolucionario o de otra manera, no equivale a una revolución constitucionalista; puede que no vaya más allá de la dispersión y el hostigamiento de las tropas leales del régimen existente, como en la plaza de Tiananmen en 1989. Egipto tenía todas las características del constitucionalismo revolucionario, pero hasta ahora no ha logrado el objetivo de la revolución del constitucionalismo. En resumen, el constitucionalismo revolucionario implica esencialmente la transformación radical a un orden político constitucionalista provocada por medio, y como objetivo central, de una revolución política. Sin embargo, no predetermina la naturaleza específica de ese orden constitucionalista: las constituciones “transformadoras”, “incrementalistas” y “conservadoras” son todas posibles, al igual que las formas no liberales de constitucionalismo.²⁶

En los casos de constitucionalismo a la revolución, los detalles son un poco diferentes, pero la importancia tanto del proceso como de los resultados permanece. Aquí, claramente los resultados son centrales, el objetivo de todo el ejercicio es lograr una transformación radical en los principios políticos básicos y la orientación de una sociedad más allá de lo legal o constitucional, y no una mera reforma fragmentaria. En este escenario, la revolución es principalmente un cambio estructural y sustantivo radical, un cambio de tipo y no simplemente de grado en la forma en que opera el sistema y para quién, aunque el apoyo y la movilización populares deben estar presentes para que despegue el camino electoral y constitucional hacia la revolución. Sin embargo, al mismo tiempo, para que esto sea –y siga siendo– una versión del constitucionalismo, la forma en que se logra debe ser relevante y existen limitaciones en el proceso; es decir, a través de medios electorales al menos razonablemente justos y plausiblemente constitucionalistas. Cuando la revolución se adentra demasiado en el terreno del “constitucionalismo abusivo”, y aún más en el del autoritarismo puro, entonces ya no es un ejemplo de constitucionalismo revolucionario.

2. Paradojas y problemas del constitucionalismo revolucionario

En su forma clásica o primaria, el constitucionalismo revolucionario implica una transición radical en T1 (la revolución política), pero una vez que la constitución resultante está en su lugar para institucionalizar y dar expresión a los principios

²⁶ Ver supra texto que acompaña a las notas 18 y 19.

revolucionarios del nuevo orden, este nuevo orden se resiste aún más a un cambio radical en T2. En este sentido, al combinar una primera fase radical con un futuro más conservador o conservacionista, el constitucionalismo revolucionario rechaza la noción de “revolución permanente”.²⁷

Esta resistencia a nuevos cambios radicales y la declaración efectiva del fin de la revolución toma típicamente las dos formas legales estándar de constitucionalismo: i) atrincheramiento, es decir, hacer que las enmiendas a la constitución (revolucionaria) sean relativamente difíciles de promulgar mediante algún tipo de requisito de súper mayoría; y ii) distinción de la enmienda constitucional del reemplazo, lo que al menos implícitamente da lugar a la primera sin prever mecanismos para la segunda.²⁸ Algunas constituciones revolucionarias (por ejemplo, la de India) aumentan aún más el nivel de resistencia, al adoptar la doctrina de las enmiendas constitucionales inconstitucionales, que proporciona una orientación más expresa o sustantiva en cuanto a la distinción entre enmienda y reemplazo. Al distinguir sustancialmente entre los sujetos permitidos de enmienda o revisión y los cambios inadmisibles de las características estructurales centrales o principios revolucionarios de la constitución, que equivaldrían a un reemplazo, esta doctrina anuncia que no existe un método autorizado o constituido para rechazar la revolución.

De esta manera, el constitucionalismo revolucionario toma la “paradoja del constitucionalismo” explorada por Martin Loughlin y Neil Walker, quienes, citando a Maistre, señalan que “el pueblo [...] es un soberano que no puede ejercer la soberanía”,²⁹ a un nivel nuevo y elevado. Para la revolución, el pueblo ejerce la soberanía directamente, pero una vez que esto ha ocurrido, la posibilidad se retira para el futuro. El constitucionalismo revolucionario celebra la revolución como un modo legítimo, aunque extralegal o extraordinario, de cambio político en T1; de hecho, como un ejercicio de la más alta autoridad política en la sociedad, pero luego la deslegitima en T2. Esta actitud, similar a la de Jano hacia la acción revolucionaria, es la consecuencia de ser una forma de constitucionalismo que otorga un gran valor a la estabilidad, la previsibilidad y la legalidad, y quizás sea distintiva de ella.³⁰

²⁷ Ackerman, *The Future...*, que caracteriza este rechazo como un rasgo de la “revolución liberal”).

²⁸ Véase Tom Ginsburg, Daniel Lansberg-Rodríguez y Mila Versteeg, “When to overthrow your government: The right to resist in the world’s constitutions”, *UCLA L. Rev.*, n.º 60 (2013): 1184-1260, donde se demuestra que algunas constituciones se apartan de esta situación “típica” al contener una disposición sobre el “derecho a resistir”, aunque solo un subconjunto más pequeño de estas contiene específicamente disposiciones que tratan sobre el reemplazo constitucional.

²⁹ Martin Loughlin y Neil Walker, *The Paradox of Constitutionalism* (Oxford: Oxford University Press, 2007). En sus propias palabras, “que el poder gubernamental en última instancia se genera a partir del ‘consentimiento del pueblo’ y que, para ser sostenido y efectivo, dicho poder debe dividirse, restringirse y ejercerse a través de formas institucionales distintivas”.

³⁰ Para una crítica perspicaz y “democrática fuerte” de esta característica del constitucionalismo revolucionario, véase Colón-Ríos y Hutchinson, “Democracy and Revolution”, 593-610.

El constitucionalismo no revolucionario rechaza la legitimidad de la acción revolucionaria en primer lugar, mientras que, en principio, las revoluciones no constitucionalistas pueden ser más permanentes, sujetas por supuesto a preocupaciones pragmáticas sobre el control del poder o el legado de la dirección.

Aparte de la paradoja misma, este desencadenamiento y, luego, domesticación del espíritu revolucionario entre T1 y T2 crea un serio problema práctico que ayuda a explicar los fracasos de varias revoluciones, al menos como revoluciones constitucionalistas. Esto se debe a que, una vez liberada la fuerza revolucionaria que normalmente se ha acumulado durante un largo periodo de tiempo, puede ser abrumadoramente poderosa y difícil de contener. Esto ayuda a explicar por qué varias revoluciones (rusa de 1917 o mexicana) comenzaron con objetivos y fases más limitadas, “liberales” o plenamente constitucionalistas, pero fueron engullidas por la eventual erupción de fuerzas más radicales y violentas que habían estado surgiendo desde abajo durante el progreso de la revolución.³¹ Y a medida que la revolución se vuelve más radical, o se percibe como tal, esto a su vez aumenta el apoyo para un regreso al orden y alguna forma de contrarrevolución o incluso la restauración del antiguo régimen. Esta historia de la restauración radical-liberal/contrarrevolución ciertamente puede referirse a la revolución/guerra civil inglesa de mediados del siglo XVII y las revoluciones francesas de 1789 y 1848.

Una segunda paradoja subsidiaria es la de la constitución transformadora que no se puede transformar. Vimos anteriormente que el constitucionalismo revolucionario no dicta la naturaleza específica del régimen constitucionalista y la constitución adoptada. Se trata más del proceso constitucional, que del contenido particular del producto final –aunque, dentro de los amplios parámetros permitidos, todavía se pueden postular constituciones más o menos radicales–; por ejemplo, la Constitución francesa de 1793 no implementada (más) frente a la de 1791, o 1799 (menos), o la de Sudáfrica frente a la de Estados Unidos. No obstante, cuando se tiene una constitución más transformadora, combinada con la resistencia más radical al cambio, la tensión entre transformación y continuidad inherente al constitucionalismo revolucionario alcanza su máximo potencial. Podría decirse que la solución “formal” de distinguir entre la constitución como una herramienta, en lugar de un objeto de cambio radical, solo reafirma la tensión.³²

Esta misma tensión también se manifiesta en un problema institucional común del constitucionalismo revolucionario. Dado el funcionamiento continuo previsto

³¹ Véase, por ejemplo, William Doyle, *The Oxford History of the French Revolution* (Oxford: Oxford University Press, 1989). No debe subestimarse el importante papel independiente de la guerra –externa en los casos de las revoluciones francesa y rusa, y de la guerra civil en el caso de la mexicana–, al afectar el curso de una revolución.

³² Dejando de lado por ahora la complejidad adicional de una constitución transformadora en India, que (en ciertas áreas) abraza el “incrementalismo constitucional” (Hannah Lerner, *Making Constitutions in Deeply Divided Societies* [Cambridge: Cambridge University Press, 2011]).

de la constitución revolucionaria mucho más allá de T2, ¿quiénes son sus “guardianes” privilegiados después de que la dirección revolucionaria haya desaparecido de la escena?³³ En India, el desarrollo judicial de la doctrina de la estructura básica en 1973, y después,³⁴ puede verse como una batalla entre los herederos del Partido del Congreso de Nehru y Gandhi, por un lado, y los magistrados de la Corte Suprema, por otro, en cuanto a cuáles de ellos tenían el papel principal de preservar la integridad de la Constitución. La situación en India combinaba una regla de enmienda formal relativamente fácil de dos tercios de ambas cámaras del parlamento,³⁵ en la que todavía el partido de Gobierno dominaba. Enmendar la Constitución era más o menos un juego de niños para el gobierno, lo que amenazaba la distinción “silenciosa” entre enmienda y reemplazo.

El Partido del Congreso había estado utilizando sus poderes de enmienda desde el comienzo de la Constitución para llevar a cabo su “mandato transformador” de redistribuir la tierra a los pobres sobre los reclamos de los propietarios de que sus derechos fundamentales, incluido el derecho a la propiedad, en virtud de la Parte III de la Constitución, habían sido violados.³⁶ Al rechazar la afirmación del Gobierno de que la Constitución le otorgó un poder de enmienda sustancialmente irreversible, con el fin de abordar los problemas prácticos de transformación a medida que surgían, la Corte Suprema se declaró a sí misma la verdadera guardiana del legado revolucionario. Una “batalla” similar, o más exactamente una serie de escaramuzas, ha tenido lugar en Sudáfrica entre el gobierno del Congreso Nacional Africano (CNA) y la Corte Constitucional, aunque todavía no se libra sobre el tema específico del poder de enmienda y su capacidad de revisión sustantiva, sino de manera más general sobre las modalidades del constitucionalismo transformador dentro de una democracia constitucional. Durante estas escaramuzas, los líderes del CNA se han referido a los miembros de la Corte como “contrarrevolucionarios”.³⁷

Hay que tener en cuenta que el paso del constitucionalismo a la revolución del constitucionalismo revolucionario revierte parcialmente la paradoja del cambio radical/continuidad, ya que, a diferencia de la versión clásica, T1 (triunfo electoral, elaboración de una constitución) representa el cambio menor, y T2 el mayor. En consecuencia, se facilitará un cambio más radical en lugar de resistirlo, precisamente porque en este contexto la revolución sigue principalmente, en lugar de preceder, al proceso de elaboración de la constitución. Ese cambio radical, y no la consolidación e institucionalización, sigue siendo el objetivo del ejercicio.

³³ Véase Ackerman, “Three paths to Constitutionalism—and the crisis of the European Union”, 705-714.

³⁴ Kesavananda Bharati v. State of Kerala, AIR 1973 SC 1461.

³⁵ Constitución de India, artículo 368.

³⁶ Véase Madhav Khosla, *The Indian Constitution* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 145-165.

³⁷ Eusebius McKaiser, “Democracy and its malcontents”, *N.Y. Times Latitude* (2012).

3. Cómo termina el constitucionalismo revolucionario

En esencia, todas las revoluciones políticas, incluidos los episodios de constitucionalismo revolucionario, tienden a pasar por las mismas tres etapas. La primera es la pérdida de autoridad generalizada, transversal y cada vez más visible del antiguo régimen, condición previa para una oportunidad revolucionaria.³⁸ Como señala Hannah Arendt, esto, más que una conspiración, es la causa de las revoluciones.³⁹ Ya sea de la variedad colonial o interna, esta pérdida de autoridad generalmente se desarrolla durante un periodo prolongado de tiempo, aunque su manifestación y obviedad pueden ser más o menos repentinas.

La segunda etapa es el momento revolucionario en sí mismo, el punto en el que el antiguo régimen pierde el poder además de su autoridad previamente evaporada. Esta pérdida de poder puede ser inmediata y total, como cuando un gobernante autoritario es expulsado de su cargo –quizá asesinado o exiliado– y se produce un vacío de poder entre todas las instituciones estatales, pero no tiene por qué ser así. A veces, el gobernante es derrocado, pero el “Estado profundo” continúa funcionando, total o parcialmente, como en Egipto; a veces, el gobernante o el régimen gobernante continúa en el cargo, al menos temporalmente, pero con un poder significativamente disminuido que ahora se ve obligado a compartir con otros, bajo nuevos términos formales o informales, como ocurrió con Luis XI en 1789⁴⁰ y el gobierno del Partido Nacional de F. W. de Klerk en Sudáfrica a principios de la década de los noventa. Como hemos visto, este momento revolucionario puede manifestarse de diversas formas, desde levantamientos populares tanto pacíficos como violentos, hasta demandas o invitaciones del movimiento revolucionario para iniciar negociaciones que conduzcan a una transferencia formal del poder. La causa inmediata o la chispa del momento revolucionario puede variar desde el clima catastrófico y las malas cosechas en Francia durante 1788-1789, hasta la “carta desde la cárcel” de Francisco Madero después de la elección presidencial de 1910 en México, y la inmolación de Mohamed Bouazizi en Túnez un siglo después.

La tercera etapa de las revoluciones, al menos si tienen el éxito suficiente en la etapa dos para alcanzarla, es el establecimiento del nuevo régimen en sustitución del antiguo. Para el constitucionalismo revolucionario, esta también suele ser la etapa final, aunque puede que no lo sea para otros tipos de revoluciones, y el final llega de una de las cuatro formas principales. Las revoluciones constitucionalistas exitosas tienden a concluir con una constitución que institucionaliza los principios revolucionarios y aporta estabilidad y legitimidad popular al nuevo régimen, lo que

³⁸ Véase, por ejemplo, Thomas H. Greene, *Comparative Revolutionary Movements: Search for Theory and Justice* (Hoboken: Prentice-Hall, 1990).

³⁹ Arendt, *Sobre la revolución*, 260.

⁴⁰ Este compartir comenzó con la convocatoria de los Estados Generales y aumentó sustancialmente cuando se transformó rápidamente en una Asamblea Nacional “soberana”.

completa el ciclo de restablecimiento de la autoridad gubernamental perdida por el antiguo orden.⁴¹ Este final es típicamente el resultado de un proceso de dos pasos: primero, crear un régimen interino encargado de organizar y supervisar el proceso de elaboración de la constitución y, luego, el régimen permanente constituido por este último proceso.

Ejemplos de revoluciones constitucionalistas exitosas incluyen, por supuesto, la estadounidense, la india, la sudafricana⁴² y, hasta ahora, la tunecina. El segundo final potencial, y el primer fracaso del constitucionalismo revolucionario, es el establecimiento de una nueva forma de gobierno no constitucionalista, como en el ejemplo francés de Luis Bonaparte después de 1848. Este escenario debe distinguirse de una revolución no constitucionalista o contraconstitucionalista, que termina con éxito en el establecimiento del tipo de régimen pretendido, como, por ejemplo, la Revolución de Octubre y en Irán después de 1979. El tercero es la restauración del antiguo orden, como en Inglaterra después de 1660, la mayoría de los países europeos que experimentaron revoluciones en 1848 y Egipto bajo el general El-Sisi desde julio de 2013. El resultado final es el fracaso de cualquier régimen para establecerse (o restablecerse) a sí mismo después del reemplazo del anterior, con un colapso, caos y contestación esencialmente permanentes, y quizás una guerra civil.

Esta parece ser la historia en Libia hasta ahora, aunque ciertamente es cuestionable hasta qué punto el derrocamiento del régimen en la etapa dos se generó internamente, a diferencia de lo que se generó externamente. Es claro que este último escenario también puede ser –y muy a menudo es– interino, aunque a veces prolongado, antes de que cualquiera de los otros tres se vuelva permanente, como ocurrió con la Revolución mexicana/Guerra Civil y después de octubre de 1917. De manera similar, el intento de establecer el primer resultado “exitoso”, por supuesto, puede fallar en cualquiera de las dos subetapas del proceso –de elaboración de la constitución y autoridad constituida– y, eventualmente, resultar en la segunda, tercera o cuarta, como con Egipto (tercera).

La variante del constitucionalismo a la revolución comienza con la pérdida de autoridad del régimen existente,⁴³ pero la segunda etapa consiste en el triunfo electoral del nuevo “gobierno revolucionario”, seguida de una tercera etapa de elaboración

⁴¹ Arendt, *Sobre la revolución*, 35-39; Ackerman, *The Future...* Al igual que con la revolución constitucional genérica, esta tercera etapa y el final exitoso de un episodio de constitucionalismo revolucionario puede llevar algún tiempo, como en Polonia, donde la nueva constitución se promulgó hasta 1997.

⁴² La experiencia de Sudáfrica involucró inusualmente dos procesos de elaboración de la constitución: 1) las negociaciones no electas entre partidos que resultaron en la Constitución provisional de 1993 y 2) la Asamblea Constitucional elegida que resultó en la Constitución final de 1996.

⁴³ Como en Venezuela y Bolivia, con el colapso de los viejos regímenes de “partidocracia” o de “oligarquía” pactada, bipartidista (Venezuela) y de coalición (Bolivia) ante los escándalos de corrupción y las crisis económicas.

de la constitución y, finalmente, la transformación radical con una nueva carta. Esta variante obviamente requiere que el régimen preexistente incluya un sistema de elecciones razonablemente libres y justas, lo que explica su relativa novedad y limita su aplicabilidad. Quizás también es más probable que implique una menor pérdida de autoridad gubernamental, de modo que el momento en la etapa dos está maduro para la transformación electoral, pero aún no para la revolución inmediata.

Existe una gama de formas en que el proceso puede terminar, que pueden derivar en dos posibilidades adicionales. Primero, el gobierno revolucionario puede aprender pragmatismo en el cargo y evoluciona para abrazar la reforma, en lugar de la revolución. En un segundo posible escenario, el gobierno revolucionario se puede transformar en una nueva forma de gobierno autoritario o no constitucionalista. Este es el escenario del “constitucionalismo abusivo”, que puede coincidir o no con el éxito en la consecución de la meta de transformación social, política o económica revolucionaria. Por ejemplo, sin importar cómo se vea el régimen de Chávez en Venezuela desde la perspectiva del constitucionalismo –revolucionario, socialista, abusivo o autoritario–, indudablemente redistribuyó recursos y elevó el nivel de vida de los miembros más pobres de la sociedad a un nivel significativo, al menos antes del colapso de los precios mundiales del petróleo. El libro *CIA World Factbook* informa que la desigualdad de ingresos familiares se redujo de 0,495 en 1998 a 0,390 en 2011, y el porcentaje de la población que vive en la pobreza de 50 en 1999 a 32 en 2011.⁴⁴

4. Elaboración de constituciones en el constitucionalismo revolucionario

El constitucionalismo revolucionario es un escenario en el que tiene lugar la elaboración de una constitución y, como se señaló al principio, ha sido significativo y visible en los últimos años. ¿Existen rasgos distintivos o desafíos en la elaboración de una constitución en el contexto revolucionario en comparación con otros escenarios, o la ocasión particular para la elaboración de una constitución es relativamente poco importante una vez que comienza el proceso? ¿Su naturaleza constitucionalista y su objetivo tienen un impacto en la elaboración de la constitución de una manera que difiere de otros tipos de revolución política? Al menos dos de esas características del escenario revolucionario parecen relevantes. En primer lugar, la elaboración de una constitución suele tener lugar en un contexto de limbo político y fragilidad, durante el periodo comprendido entre la segunda y la tercera etapas, cuando el nuevo régimen necesita restablecer la autoridad política tras la pérdida del poder por parte del antiguo. En otras palabras, el contexto revolucionario no se aleja solo

⁴⁴ CIA World Factbook, “Venezuela”, acceso el 12 de diciembre de 2020, <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ve.html>.

una vez, sino dos veces de la política ordinaria. En segundo lugar, los principios o las demandas revolucionarios en T1 probablemente actuarán como una forma significativa de “restricción ascendente”,⁴⁵ sustancial sobre los posibles resultados en T2; de lo contrario, los hacedores de la constitución pueden enfrentar acusaciones de traicionar la revolución o actuar como contrarrevolucionarios.

Si bien los parámetros generales de los posibles resultados constitucionalistas pueden ser flexibles, por lo general, cualquier revolución en particular se hará con ciertos principios o demandas bastante específicos, concebidos de antemano por el movimiento revolucionario o forjados en el fulgor del levantamiento. En términos del impacto del objetivo constitucionalista en la elaboración de una constitución en comparación con otros tipos de revolución política, es probable que se le dé más valor intrínseco a la empresa, como culminación de la revolución. Por supuesto, esta diferencia difícilmente garantiza el éxito.

4.1. La importancia (relativa) de la elaboración de una constitución en el contexto revolucionario

El proceso de elaboración de la constitución se ha descrito, en general, como un momento clave en la configuración del carácter de cualquier nuevo régimen.⁴⁶ Pero en el contexto específico del constitucionalismo revolucionario, ¿cuál es su papel e importancia relativos para el éxito o el fracaso general de ese nuevo régimen y la revolución que lo llevó al poder en comparación con factores sociales y políticos más amplios? En el esquema más amplio de las cosas, ¿la elaboración de una constitución es necesariamente o siempre la variable crítica? ¿Es solo una presunción de los abogados constitucionalistas creer que el éxito depende de manera significativa o principalmente del proceso, el contenido y la calidad del documento final, o la prioridad que se le da a su producción?

Cualquier relación general entre el proceso de elaboración de una constitución, el producto terminado y los resultados políticos es obviamente muy compleja.⁴⁷ En el contexto del constitucionalismo revolucionario en particular, el papel de los factores constitucionales frente a otros en la configuración o determinación de los resultados es especialmente difícil de identificar debido al limbo político, el flujo y la escala de la agitación concomitantes. No obstante, parece indiscutible que una serie de variables políticas, económicas, sociales y culturales más amplias puede afectar

⁴⁵ Jon Elster, “The forces and mechanisms in the constitution-making process”, *Duke L.J.*, n.º 45 (1995): 364-396 (restricciones impuestas de antemano por la persona que llama a la asamblea constituyente).

⁴⁶ David Landau, “The importance of constitution-making”, *Denver U. L. Rev.*, n.º 89 (2012): 611-633 (al menos en los casos en los que “ninguna facción tiene un control claro en el nuevo régimen”).

⁴⁷ Tom Ginsburg, Zachary Elkins y Justin Blount, “Does the process of constitution-making matter?”, *Ann. Rev. L. & Soc. Sci.*, n.º 5 (2009): 201-224.

críticamente la probabilidad de una revolución constitucionalista exitosa, una vez que se alcanza la tercera y última etapa.⁴⁸

Por ejemplo, de los dos escenarios principales en los que ocurre el constitucionalismo revolucionario en su sentido clásico o primario, es más probable que las revoluciones coloniales tengan más éxito que los cambios de régimen revolucionario interno. Esto se debe a motivos razonablemente claros. La “oposición”, el antiguo régimen, no solo es derrocado, sino que abandona en gran medida la escena y ya no está presente o representado de manera significativa para perseguir sus intereses en la elaboración del nuevo régimen. Relacionado con lo anterior, un país suele estar más unido en torno al objetivo de la independencia que al cambio de régimen interno, donde es probable que los intereses relevantes estén más divididos: entre ricos y pobres, ciudad y campo, religiosos y laicos, internos y externos, etc. Sin duda, después de la independencia, una vez que el poder colonial se ha retirado, a menudo surgirán divisiones en el curso de la reconstrucción que estuvieron latentes o silenciadas mientras se mantuvo el objetivo común, pero esa experiencia de unidad original puede, no obstante, ser un recurso valioso en los eventos que siguen.

De manera similar, la medida en que un episodio de constitucionalismo revolucionario resulta en un vacío de poder completo después de la segunda etapa parece ser otro factor en la probabilidad de éxito o fracaso, aunque aquí puede haber un “punto óptimo” bastante pequeño en términos de éxito. Por lo tanto, una explicación que Arendt ofrece para los diferentes resultados de las revoluciones estadounidense y francesa es que la primera derrocó solo la capa superior (es decir, la real) de las estructuras de gobierno en el país, pero dejó en gran medida los niveles inferiores (locales), lugar para mantener el orden y organizar las formas provisionales de gobierno; esto derivó en que al menos después de la ejecución de Luis XVI en 1793, el sistema de gobierno colapsara, se llevara consigo todas las fuentes existentes de autoridad política y devolviera a Francia al estado de naturaleza y “violencia natural prepolítica”.⁴⁹ Ya sea que esto describa con precisión o explique de manera persuasiva estos dos casos, el factor parece relevante para comprender los más recientes. La revolución libia ha resultado en el desmantelamiento del Estado (débilmente institucionalizado) y en un vacío de autoridad casi total. Por el contrario, tanto en Túnez como en Egipto, las caídas de Ben Ali y Mubarak no tuvieron tal efecto. Buena parte de los Estados más fuertemente institucionalizados continuaron funcionando, lo que dejó un mayor margen para una transición exitosa, aunque se ha visto,

⁴⁸ Aunque esto resultará obvio a partir de lo que sigue, vale la pena señalar y reconocer las limitaciones metodológicas de mi análisis a lo largo de esta parte del artículo. Su objetivo es mayoritariamente programático: sugerir posibles hipótesis para futuras investigaciones. No pretende demostrar ninguna de sus afirmaciones, incluidas las variables que contribuyen al éxito o fracaso de episodios de constitucionalismo revolucionario, de manera rigurosamente científica social. Los estudios de caso que analizo fueron seleccionados en su mayoría como los ejemplos recientes más importantes o más conocidos de constitucionalismo revolucionario.

⁴⁹ Arendt, *Sobre la revolución*, 180-181.

sobre todo en el caso de Egipto, cómo el “Estado profundo” rápidamente reafirmó el control de la revolución y finalmente la erradicó.

Otros factores clave no constitucionales, que parecen ayudar a explicar los tres resultados hasta ahora del constitucionalismo revolucionario en Túnez (un gobierno electo que opera bajo la nueva constitución posrevolucionaria), Egipto (un golpe exitoso contra el gobierno electo que operaba bajo la nueva Constitución) y Libia (guerra civil y ningún avance hacia una nueva constitución) son los roles de las fuerzas militares, el grado de polarización en el país, la existencia y el control de valiosos recursos naturales y quizás la intervención externa. Por lo tanto, mientras que el ejército tunecino se mantuvo en gran medida al margen cuando primero los políticos interinos y luego los electos tomaron el control del proceso de elaboración de la Constitución, el poderoso ejército en Egipto, con enormes intereses económicos propios que proteger, tomó el control firme de la revolución después de convencer a Mubarak de que no tenía más remedio que renunciar.

El Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas (SCAF) se nombró a sí mismo gobierno interino, redactó la serie inicial de enmiendas constitucionales que se sometieron a referéndum en marzo de 2011 y determinó (previa consulta) el orden en que se celebrarían las elecciones ordinarias y el proceso para la elaboración de la constitución. No obstante, una vez que se llevaron a cabo elecciones para el gobierno civil, los militares siguieron siendo un factor constante y un actor de poder. Por el contrario, Libia no tenía un ejército institucionalizado, sino una serie de milicias rivales. Estos reflejan la mayor polarización de las fuerzas políticas en un territorio profundamente dividido a lo largo de líneas étnicas, de clanes y geográficas.⁵⁰

Entre los tres, la política está y estuvo menos polarizada en Túnez, con una población similar, en su mayoría étnica, a la de Egipto, pero con un movimiento islamista más moderado y acomodacionista (y sin los *salafís*, fundamentalistas a la “derecha” de la Hermandad Musulmana), y con partidos liberales/laicos más grandes y mejor institucionalizados y organizados. Otro factor geopolítico crítico es que Egipto y Túnez no tienen recursos naturales para competir con las vastas reservas de petróleo de Libia, cuyo control parece ser la principal fuente de rivalidad y conflicto entre las distintas milicias que han dividido al país en dos. Finalmente, hay algunos indicios de que el tamaño, la importancia y la centralidad histórica de Egipto en el mundo musulmán sunita, en comparación con la relativa marginalidad de Túnez, ha dado lugar a una mayor participación y apoyo externos (saudita y estadounidense) para el orden y la estabilidad (¿contrarrevolución?).⁵¹

Otra variable política importante que distingue la situación de Sudáfrica, Venezuela y Bolivia, de la de Egipto, Túnez y Libia es la diferencia entre una revolución en su mayoría sin líderes y una controlada por un movimiento revolucionario,

⁵⁰ Ester Cross y Jason Sorens, “Arab spring constitution-making: Polarization and state building”, 3 de noviembre de 2014, <http://ssrn.com/abstract=2518648>.

⁵¹ James Defronzo, *Revolutions and Revolutionary Movements* (London: Routledge, 2015).

especialmente por un líder popular y carismático. El registro histórico sugiere que este es un factor clave en el éxito o el fracaso de revoluciones políticas de todo tipo. Los fracasos notables van desde la Revolución francesa sin líderes y la rusa de febrero de 1917, hasta Libia y Egipto, mientras que los éxitos incluyen las revoluciones estadounidense, india, polaca, sudafricana, así como las revoluciones no constitucionalistas lideradas por Lenin, Mao, Castro y Ayatollah Khomeini, todas con líderes populares y carismáticos. De nuevo, independientemente de cómo se evalúen los logros finales de los movimientos y gobiernos revolucionarios en Venezuela y Bolivia, el papel de Chávez y Evo Morales como líderes (que surgieron de las clases más bajas de la sociedad) fue crucial.

Si estos son algunos de los factores no constitucionales importantes que ayudan a determinar los resultados del constitucionalismo revolucionario, ¿hay algo más allá del punto casi definitorio de que las revoluciones constitucionalistas exitosas tienden a terminar en una carta que habla de la importancia práctica y la prioridad de la elaboración de la constitución en el escenario revolucionario?⁵² ¿Hay algo más sustantivo? ¿Es la constitución más causa o efecto del éxito?

Una razón sustantiva por la que la elaboración de una constitución puede ser importante después de que ocurra la revolución es que puede servir como una fuente independiente de legitimidad para el nuevo régimen. Como hemos visto, las revoluciones comienzan solo una vez que el antiguo régimen ha perdido la autoridad para gobernar, y el nuevo régimen, si quiere tener éxito, no solo debe reemplazar al antiguo en el poder, sino también en la autoridad, estableciendo la suya propia y restableciendo la del gobierno en general. La falta o la pérdida de legitimidad del nuevo régimen crea las condiciones para la lucha continua y el derrocamiento potencial, como ocurrió con el golpe militar en Egipto en julio de 2013. A pesar del poder de los militares, el éxito del golpe solo fue posible porque en este punto la legitimidad del régimen de Morsi había desaparecido.

Entonces, ¿cómo puede el nuevo régimen lograr esto, cuáles son las fuentes de tal legitimidad? En el contexto revolucionario, en términos generales hay tres. La primera es que el movimiento revolucionario y el líder/azgo se han construido y adquirido legitimidad como resultado de su larga lucha y sacrificio en nombre del pueblo para deshacerse del antiguo régimen.⁵³ Donde y cuando asume el poder en nombre del pueblo, esta legitimidad se traslada al nuevo régimen. Esta es una de las razones por las que estas revoluciones tienden a tener más éxito que la variedad sin líderes. George Washington llevó su legitimidad, adquirida durante la guerra revolucionaria, al nuevo cargo de presidente de Estados Unidos y no al revés, como ocurre

⁵² Digo “casi definicional” y “tiendo” a terminar aquí porque, así como conceptualmente el constitucionalismo no requiere una constitución codificada, el constitucionalismo revolucionario tampoco.

⁵³ Ackerman, “Three paths to Constitutionalism—and the crisis of the European Union”, 705-714.

al menos con todos los presidentes de la generación posrevolucionaria. Por eso fue tan importante que lo persuadieran para que aceptara el puesto. De manera similar, en India esta fuente de legitimidad duró el resto de la vida de Nehru y continuó para el Partido del Congreso durante más de una década después de su muerte.⁵⁴ El movimiento Solidaridad en Polonia y su líder Lech Walesa fueron los destinatarios de esta legitimidad en y después de 1989. En Sudáfrica, se aplicó a Nelson Mandela y su generación de activistas contra el *apartheid*, y sigue siendo por ahora la base del dominio político del Congreso Nacional Africano (CNA).

Una segunda fuente de legitimidad se deriva del desempeño: entregar lo que la gente más desea. La gran mayoría de las revoluciones comienzan con demandas populares de democracia (incluida la independencia y el autogobierno) o mejores futuros económicos. Cuando esto se satisface de manera plausible, aporta a la legitimidad distintiva de los responsables del resultado, ya sea un movimiento revolucionario o no. A veces, cuando la revolución parece estar perdiendo el rumbo o ganando impulso, y especialmente cuando esto se manifiesta en mayores niveles de violencia, caos y ruptura del orden, puede surgir un nuevo deseo popular de estabilidad y comenzar a reemplazar los anhelos de democracia.

Esta es la historia de varios “termidores”, napoleones,⁵⁵ numerosas contrarrevoluciones y nuevas formas de gobierno autoritario. En esta situación, proporcionar a la gente –o a su mayoría– seguridad, orden, estabilidad y la realidad o perspectiva de un mejor nivel de vida puede ser suficiente para otorgar legitimidad y autoridad al nuevo régimen, al menos mientras duren estos “bienes”. Ciertamente, en Egipto, esta parece ser la verdadera o única fuente de legitimidad para el régimen de El-Sisi, tal como es, y no la farsa del 98,1% de los votos a favor de su Constitución de 2014, lograda con una participación del 38,6% de la población. Dada la reciente experiencia revolucionaria del país, esta parece ser una base notablemente frágil. Los beneficios de recuperar la estabilidad y el orden, al menos en forma autoritaria, pueden resultar a corto plazo.

Una tercera fuente de legitimidad, especialmente relevante para una revolución constitucionalista, es el proceso y el contenido de la elaboración de una constitución. Cuando el reclamo de autoridad del nuevo régimen se basa, en todo o en parte, en un proceso de elaboración de una constitución que es visto como justo e inclusivo por una amplia muestra representativa de la gente y las facciones relevantes, y en un documento resultante que incorpora razonablemente los amplios objetivos, principios y aspiraciones de la revolución, entonces, *ceteris paribus*, es más probable que este reclamo sea aceptado y que el nuevo régimen sea tratado como legítimo. A veces, esta fuente distinta de legitimidad se superpondrá a uno o ambos de los otros

⁵⁴ Nehru fue primer ministro de la India desde la independencia en 1947 hasta su muerte en 1964.

⁵⁵ El noveno de Thermidor, en el nuevo calendario revolucionario, fue la fecha de la caída de Robespierre y, efectivamente, del fin del reinado del terror.

dos, como por ejemplo en India y Sudáfrica. A veces faltará, pero no es esencial a la luz de las otras, como podría decirse en Polonia en 1989 y después, donde el movimiento revolucionario y el líder llegaron al poder y le dieron al pueblo lo que más quería (independencia, elecciones democráticas, movimiento hacia un economía de mercado), pero sin participar en el proceso de elaboración de la Constitución, a diferencia de la enmienda selectiva por parte de la legislatura, durante varios años.⁵⁶ Pero, a veces, especialmente cuando faltan otras fuentes, esta tercera será crítica.

Túnez parece ser un ejemplo de esto en el sentido de que, en el contexto de una revolución en su mayoría sin líderes, una fuente importante de legitimidad para el actual gobierno de unidad parece ser la sensación generalizada de que es el producto de una experiencia en gran medida exitosa de elaboración de constituciones. El proceso de redacción de la Constitución por parte de la Asamblea Nacional Constituyente, elegida directamente por sufragio universal y representación proporcional, fue visto de manera favorable y como adecuado por la mayoría desde el principio, y esto se trasladó al documento final elaborado, aunque su adopción no requirió una aprobación, vía referéndum popular.⁵⁷ Por el contrario, el régimen de Morsi carecía, y el actual gobierno de Libia –reconocido internacionalmente– carece de las tres fuentes de legitimidad. Estas fueron en gran parte revoluciones sin líderes que no lograron proporcionar los “bienes” afirmativos por los que la gente se rebelaba.

En el caso de Egipto, tanto el proceso como el producto de la experiencia de elaboración de una constitución después de la revolución fueron vistos en esos momentos como profundamente defectuosos y percibidos como tales por grandes sectores de la población. Así, las circunstancias que rodearon a la primera y segunda asambleas constituyentes nombradas por el parlamento en Egipto, con reclamos de empaquetamiento partidista por parte de los Hermanos Musulmanes, huelgas de miembros liberales-laicos, así como la disolución amenazada y real de la Corte,⁵⁸ garantizaron que el eventual documento sería tratado como ilegítimo por amplios sectores del espectro político y de la población, cualquiera que fuera su contenido y el resultado del referéndum popular (64% a favor con una baja participación del 33%).⁵⁹ En Libia, el proceso de elaboración de la Constitución parece estar en desorden y estancado en el futuro previsible.

⁵⁶ La Constitución de la era comunista de 1952 fue reemplazada por una nueva en 1997. Antes de eso, la Constitución de 1952 fue enmendada en lo que se conoció como “la pequeña Constitución”.

⁵⁷ El proceso de ratificación requirió y recibió un voto de dos tercios de la asamblea constituyente.

⁵⁸ El Tribunal Constitucional Supremo disolvió la primera asamblea constituyente en abril de 2012.

⁵⁹ Por lo tanto, Egipto y Túnez (así como Sudáfrica) parecen ser contraejemplos interesantes de una visión en la literatura que sostiene que la aprobación de un proyecto de constitución por referéndum popular da como resultado niveles más altos de legitimidad y apoyo público para el mismo. Al respecto, véase Ginsburg, Elkins y Blount, “Does the Process of constitution-making matter?”, 5.17-5.18.

En consecuencia, además de señalar el final del periodo de transición y la normalización del nuevo régimen, así como de cumplir la función esencial de “elección de reglas” en un sistema de gobierno, un beneficio más sustantivo de la experiencia de elaboración de la constitución, tanto del proceso como del contenido, puede ser ayudar a establecer o reforzar la autoridad del gobierno revolucionario. Aunque potencialmente cierto en el caso de cualquier tipo de revolución política, es probable que sea una fuente importante o clave de legitimidad en una revolución constitucionalista.

4.2. ¿Qué contribuye al éxito de la elaboración de una constitución en el contexto constitucionalista revolucionario?

En la medida en que la elaboración de una constitución pueda jugar un papel importante en el resultado final de episodios de constitucionalismo revolucionario, por las razones que acabamos de discutir u otras, ¿qué contribuye a su éxito? ¿Qué características de su proceso y sustancia parecen ser las más críticas?

4.2.1. *Un proceso*

Comenzando con el proceso, una lección bastante clara de los episodios recientes es la importancia de asegurar que la mayor cantidad posible de grupos y facciones políticas líderes sientan un compromiso y un sentido de inversión en una empresa conjunta o común. Un movimiento revolucionario con un apoyo popular amplio y transversal, que trasciende la mera superioridad organizativa, ayuda a reducir la resistencia y evitar un derramamiento de sangre significativo (aquí se puede comparar Sudáfrica con el boicot de la Liga Musulmana a la asamblea constituyente de India), pero tal vez no sea fundamental para el éxito final del proceso. En el contexto de una revolución en su mayoría sin líderes, ni un movimiento tan genuinamente dominante,⁶⁰ la composición y estructura tanto del órgano de redacción de la constitución como del gobierno interino deben determinarse teniendo en cuenta esta prioridad.

En ausencia de un grupo de ascendencia temporal de este tipo, una asamblea constituyente elegida proporcionalmente y una forma de gobierno interino más o menos parlamentario, como en Túnez, por lo general será coherente con esta prioridad al dar como resultado alguna forma de reparto del poder de facto. Pero donde existe tal grupo, como resultó en Egipto luego del derrocamiento de Mubarak, la situación es más difícil a este respecto, en especial donde un ejército fuerte, con un historial de intervención, está monitoreando cuidadosamente los desarrollos. En este caso pueden ser necesarios acuerdos más formales para compartir el poder, tanto

⁶⁰ Aquí, bajo este escenario particular de constitucionalismo revolucionario, estoy de acuerdo con la prescripción más general de Landau, “The importance of constitution-making”, 611-633.

para el gobierno interino como para la asamblea constituyente, a fin de garantizar la plena participación de tantos distritos electorales como sea posible. En resumen, tener en cuenta el contexto político es fundamental.

Una comparación del caso de Egipto con los de Sudáfrica y Túnez también sugiere que el momento y la secuencia en los procesos revolucionarios de elaboración de una constitución pueden ser un factor significativo. Los últimos ejemplos involucraron el proceso habitual de dos etapas de un régimen interino que constituye las reglas para su sucesor, seguido por un régimen final que está constituido por ellos, aunque la versión sudafricana involucró el fenómeno inusual de dos procesos diferentes de elaboración de constituciones: el interino, al que se llegó esencialmente por pacto de élite, y el final por la Asamblea Constituyente electa. Aparte de la secuencia más ordenada o lógica de determinar el marco antes de operar bajo él, este arreglo más estándar limita los incentivos para el autotrato individual o institucional al operar bajo alguna forma de velo de ignorancia en cuanto a quién puede ocupar qué posición en el nuevo régimen. Es cierto que este factor es mayormente formal en el caso del líder revolucionario –George Washington, Nehru, Mandela– que casi con certeza ocupará cualquier nuevo cargo superior permanente que se cree.

En el caso de Egipto, la decisión quizás bien intencionada, pero desafortunada, de celebrar elecciones presidenciales y parlamentarias regulares (es decir, no provisionales, pero con mandatos completos) antes del comienzo de los procesos de redacción y ratificación de la Constitución, con la esperanza de que esto arrebataría más rápidamente el control de los eventos de las manos de los militares, parecía maximizar los incentivos y las oportunidades para el autocontrol y destruir cualquier velo de ignorancia, lo que se suma a la sensación de ilegitimidad que rodea a la tarea. La asamblea constituyente estaba, por ejemplo, debatiendo cuáles serían los poderes del presidente Morsi durante los próximos cuatro años, y no los de un futuro funcionario desconocido.⁶¹ Quizás injustamente, al menos en apariencia, esto tuvo el efecto de transformar la naturaleza revolucionaria del proceso en la norma regional de constituciones de arriba hacia abajo, otorgadas por el Ejecutivo. La secuencia estándar intermedia o final también parece más probable que resulte en la combinación de un principio revolucionario institucionalizador y en la construcción del compromiso y las protecciones que requiere el apoyo transversal para un nuevo marco estable, antes de que las normales tendencias polarizantes de la política de partidos ocupen el centro del escenario. A diferencia de la variedad abusiva común, el constitucionalismo revolucionario no parte de la política ordinaria; pero si tiene éxito, termina con ella.

Por el contrario, un segundo tema relacionado con el tiempo parece menos importante en el contexto revolucionario. Se trata de imponer plazos al proceso

⁶¹ Por supuesto, esto se hizo más discordante por el hecho de que sus miembros fueron nombrados por un parlamento dominado por la Hermandad Musulmana, del cual, por la naturaleza de su cargo, Morsi era efectivamente líder del partido.

de elaboración de la constitución, que se ha argumentado en la literatura general como crucial para mantener el sentido de urgencia necesario a fin de llegar a un acuerdo. “Si las personas se encuentran con todo el tiempo que necesitan para encontrar una buena solución, es posible que no surja ninguna solución”.⁶² El proceso de elaboración de la constitución egipcia recibió un límite de tiempo de seis meses,⁶³ el sudafricano de dos años y el tunecino no tenía ningún límite *per se* y terminó tomando tres años como, dicho sea de paso, también sucedió con India (en ambos aspectos).⁶⁴ Esto se debe, quizás, a que el limbo político y el vacío de autoridad del escenario revolucionario crean su propio sentido de urgencia.

La tercera cuestión relacionada con el proceso es si, en el contexto específicamente revolucionario, la naturaleza del foro de redacción de la constitución (legislatura general versus asamblea constituyente especializada) importa más o menos que su composición, o si es “soberano” o está restringido en su salida.⁶⁵ Es preocupante que las legislaturas se dupliquen como redactores de constituciones y, nuevamente, el autotrato institucional y la probabilidad de poderes legislativos sean más fuertes en el documento terminado, aunque Ginsburg *et al.* no encontraron una base empírica para esta hipótesis.⁶⁶ En Sudáfrica, bajo la Constitución provisional de 1993, el primer parlamento elegido democráticamente sirvió como redactor de la carta y legislatura general; en Túnez, como único órgano electo, la asamblea constituyente también funcionaba como legislatura interina en un sistema parlamentario de facto, designando al presidente interino y al primer ministro, el último de los cuales era políticamente responsable ante ella. Solo en Egipto, la asamblea constituyente era un órgano de redacción de la constitución independiente y especializado, que operaba al mismo tiempo que el parlamento regular recién elegido. A pesar de que este último fue cerrado por la Corte Constitucional Suprema durante la mayor parte del proceso de redacción de la Constitución de seis meses,⁶⁷ la asamblea constituyente no asumió ninguna de sus funciones ordinarias por lo que durante este tiempo el presidente Morsi gobernó sin una legislatura. Una vez más, dados sus respectivos

⁶² Elster, “The forces and mechanisms in the constitution-making process”, 394-395.

⁶³ Posteriormente, el presidente Morsi lo extendió por dos meses, aunque al final no se utilizó el tiempo adicional.

⁶⁴ En India, la Asamblea Constituyente se percibió a sí misma como completamente soberana solo después de la partición y la independencia (Lerner, *Making Constitutions...*, 132-133).

⁶⁵ Para posiciones (en su mayoría) contrastantes sobre este tema, véase Elster, “The forces and mechanisms in the constitution-making process”, 394-395 y David Landau, “Constitution-making gone wrong”, *Al. L. Rev.*, n.º 64 (2013): 923-981.

⁶⁶ Ginsburg, Elkins y Blount, “Does the Process of constitution-making matter?”, 5.13.

⁶⁷ En junio de 2012, la Corte disolvió la legislatura por estar constituida ilegalmente, sobre la base de que los funcionarios electorales habían permitido que los partidos políticos compitieran por un tercio de los escaños designados para independientes en la carta de transición de las fuerzas armadas.

resultados, estos hechos desnudos no parecen apoyar la superioridad de la tesis del tribunal especializado en el contexto revolucionario.

En cuanto a si la asamblea especializada egipcia participó en un autotrato menos institucional, esto se complica por varias cuestiones de umbral, además de la dificultad general de medir y comparar el Poder Legislativo. Estos incluyen: i) las acusaciones de autotrato partidista (más que institucional), dado el nombramiento por el parlamento dominado por los Hermanos Musulmanes; ii) el conocido camino de dependencia de la elección original de la forma de gobierno presidencial versus la forma parlamentaria; y iii) si la adopción de un sistema parlamentario donde hay un partido político claramente dominante (el CNA) otorga mayor o menor poder a la legislatura que un sistema semipresidencial donde no lo hay. Dentro de las dos constituciones semipresidenciales sin un partido realmente dominante, a saber, la egipcia de 2012 y la tunecina de 2014, no está claro que la asamblea constituyente tunecina de doble función se dedicara a un mayor autocontrol. Si bien el parlamento tunecino resultante tiene mayor poder en el proceso legislativo ordinario, ya que el poder presidencial para vetar la legislación es más limitado,⁶⁸ tiene menos poder que el que tenía el parlamento egipcio para destituir al gobierno (se requiere un voto de censura “constructivo” frente a un voto de censura meramente negativo), y también como legislador, dado el mayor alcance de la autoridad del Ejecutivo para emitir decretos.⁶⁹

Al parecer, más importante que la naturaleza del foro en estos tres casos fue:

- si el órgano de redacción de la Constitución se vio significativamente limitado en sus opciones; y
- si el proceso estuvo dominado por un solo grupo.

En Sudáfrica, a pesar del dominio político del CNA, como se refleja en la composición de la Asamblea Constitucional elegida en 1994,⁷⁰ el proceso se vio significativamente limitado “aguas arriba” por la inclusión en la constitución provisional de los 34 “principios constitucionales” negociados entre el CNA y el Partido Nacional que la Constitución final debía respetar, según lo certificado por la nueva corte constitucional. En Túnez no existían tales limitaciones, pero aunque el partido islamista Ennahda emergió de las elecciones a la asamblea constituyente como el más grande, tenía solo el 37% de los escaños y entró en una coalición con los principales partidos liberales-laicos para formar y dirigir el gobierno interino. De los tres, solo en Egipto hubo dominación por parte de un grupo o facción política y no

⁶⁸ En Túnez, la legislatura puede anular un veto presidencial por una mayoría absoluta de sus miembros, mientras que la Constitución egipcia de 2012 requería una anulación de dos tercios.

⁶⁹ En Egipto, este poder se limitó a los momentos en que se disolvió el parlamento; en Túnez, el primer ministro puede emitir decretos en determinadas circunstancias ordinarias.

⁷⁰ El CNA tenía 252 de los 400 escaños en la Asamblea Nacional.

hubo una restricción interna significativa en el proceso: la asamblea constituyente afirmó enérgicamente su “soberanía”.

Este dominio ilimitado del proceso se tradujo, como era de esperar, en resultados constitucionales. La Constitución de 2012 reflejó significativamente las posiciones constitucionales sustantivas de la Hermandad Musulmana⁷¹ y también mejoró sus intereses políticos estratégicos.⁷² Lo mismo sucedió con el proceso dominado por los militares que resultó en la Constitución de El-Sisi de 2014, que denegó la mayoría de las disposiciones de influencia islamista de 2012 y mejoró los poderes formales de las fuerzas armadas. Por el contrario, en Túnez, el documento final fue más moderado y acomodaticio, no contenía ninguna cláusula de la Sharia, disposiciones de derechos más convencionales y controles y contrapesos elaborados en su forma de gobierno semipresidencialista. En Sudáfrica, la Constitución final fue certificada por el tribunal constitucional, después de requerir una serie de enmiendas, según los principios constitucionales aprobados previamente.⁷³

Por último, en cuestiones de procedimiento, ¿en qué circunstancias, si las hay, es justificable o aconsejable que los miembros de un órgano revolucionario de elaboración de una constitución sean nombrados en lugar de elegidos? Si es por elección, la representación proporcional parece el método preferible, especialmente en el escenario de la revolución sin líderes, tanto para maximizar la inclusión de distritos electorales como porque el argumento estándar de “gobernanza efectiva” para los sistemas electorales de pluralidad es en gran medida irrelevante en este contexto.⁷⁴

Aunque por la razón obvia de que las revoluciones constitucionalistas incluyen demandas de mayor democracia, casi siempre se han elegido órganos de elaboración

⁷¹ Por ejemplo, se iba a consultar a Al Azhar sobre cuestiones de derecho islámico que sirven como fuente principal de legislación; no había ninguna disposición sobre la igualdad de género; solo los seguidores de las religiones abrahámicas tenían derecho a la libertad religiosa.

⁷² Por ejemplo, limitando los poderes de revisión del Tribunal Constitucional Supremo y reduciendo su tamaño para deshacerse de la mayoría de los magistrados anti-Hermandad.

⁷³ En India, aunque el boicot de la Liga Musulmana significó que el Partido del Congreso dominara la Asamblea Constituyente, que se percibía a sí misma como “soberana” y sin restricciones, solo después de la partición y la independencia, el pluralismo de larga data dentro del partido, así como el profundo regionalismo y las divisiones étnicas, religiosas y lingüísticas en el país actuaron como limitaciones en el resultado y requirieron un enfoque “incremental” de ciertas cuestiones constitucionales (Lerner, *Making Constitutions...*, cap. 4). En Venezuela, parece claro que el dominio del movimiento de Chávez en la asamblea constituyente de 1999, combinado con su estatus soberano e irrestricto, afectó profundamente el contenido de la constitución resultante (Landau, “Constitution-Making gone wrong”, 941-949).

⁷⁴ En gran parte porque puede desempeñar un papel en el que la asamblea constituyente también cumple algún papel de gobernanza. Es más complicado si en el escenario del constitucionalismo a la revolución, las relaciones públicas son la norma. En Venezuela, el sistema electoral sin relaciones públicas le dio al partido de Chávez el 95% de los escaños con el 60% de los votos (Landau, “The importance of constitution-making”, 611-633).

de constituciones, comenzando por los franceses en 1789;⁷⁵ de hecho, el primer convenio moderno y uno de los paradigmáticamente exitosos –la convención federal en Estados Unidos– no fue elegido sino nombrado por las legislaturas estatales. Aunque su legitimidad no sufrió como consecuencia de esto, sobre todo porque estaba integrado por miembros destacados de la revolución en persona, ello también se debió en parte a que inicialmente se concibió como una Constitución que enmienda más que como un cuerpo. Por el contrario, el nombramiento (por el parlamento) en lugar de la elección de los miembros de la asamblea constituyente de Egipto en marzo de 2012 fue, como se mencionó, un factor significativo en su aparente falta de legitimidad. Dicho esto, el imperativo de la inclusión, especialmente en el escenario de la revolución “sin líderes”, a veces puede requerir el nombramiento y no la elección como una segunda mejor solución, dado el contexto político inmediato. Si la asamblea constituyente egipcia hubiera sido elegida, es casi seguro que hubiera arrojado los mismos resultados desiguales que las recientes elecciones parlamentarias. El problema con la primera asamblea constituyente (y solo en menor medida, la segunda) fue menos el de su nombramiento, que el carácter partidista de las designaciones.

4.2.2. Sustancia

Pasando del proceso de elaboración de la constitución a su contenido, obviamente, a) hay muchas posibilidades sustantivas consistentes con el objetivo general de una revolución constitucionalista, y (b) dentro de este objetivo, los principios revolucionarios que se van a constitucionalizar diferirán según la naturaleza de la revolución en particular. Así, en Sudáfrica, el principio revolucionario central fue la igualdad racial; en Polonia fue el liberalismo y el anticomunismo; en la llamada Primavera Árabe fue una “ruptura clara” con la historia del gobierno ejecutivo autoritario y de arriba hacia abajo. Esta inevitable amplitud y variación subraya lo que es quizás la lección general más importante sobre el contenido constitucional que surge de los episodios recientes del constitucionalismo revolucionario: la importancia de tomar en cuenta el contexto político (una vez más). Aunque generalmente es cierto en cualquier cambio político, esto es especialmente crítico dado el limbo político distintivo, la brecha de autoridad y la fragilidad involucradas. Con demasiada frecuencia, los diseñadores constitucionales presentan sus opciones preferidas como una solución única para todos, mientras que los “antidiseñadores” de varios tipos rechazan un enfoque institucional como equivocado de cara a las características sociopolíticas particulares de cada caso.⁷⁶ Pero en lugar de este diseño binario de instituciones o cultura sociopolítica, un enfoque más útil y pragmático del contenido

⁷⁵ Aunque, por supuesto, no estaba claro desde el principio que los Estados Generales se transformarían en una asamblea constituyente.

⁷⁶ Sobre el “éxito” en el diseño constitucional, véase Ran Hirschl, “The ‘design sciences’ and constitutional ‘success’”, *Texas L. Rev.*, n.º 87 (2009): 1349-1385.

constitucional en el contexto revolucionario bien pueden ser las instituciones en el contexto sociopolítico. Lo que esto significa es que la variedad (pero limitada) de opciones institucionales y constitucionales: separación vertical y horizontal de poderes, forma de gobierno central, existencia, forma y contenido de una declaración de derechos, sistemas electorales, tribunales, comisiones independientes, etc., deben ser consideradas y evaluadas a la luz de las condiciones políticas locales, tomándolas en cuenta y anticipando las principales tensiones que probablemente enfrentará la constitución revolucionaria específica.

Las constituciones no están escritas y las instituciones que establecen no operan en un vacío político. Esto es sobre todo cierto en el contexto revolucionario. El riesgo ocupacional de los abogados constitucionalistas es actuar a veces como si lo fueran y lo hicieran. Curiosamente, un área en la que esto es menos evidente es el ámbito del federalismo, empleado en extenso como un mecanismo para difundir el poder de manera vertical entre el centro y las regiones en el contexto de sociedades políticas profundamente divididas por luchas étnicas, raciales o religiosas.⁷⁷ Aquí, las soluciones constitucionales ofrecidas tienden a estar muy ligadas a las particularidades del contexto y las fortalezas relativas de las facciones y los partidos políticos. Pocos ofrecen remedios institucionales abstractos o universales.

En términos de ampliar esta percepción y práctica a otras variables institucionales, en el nivel más básico, el contenido constitucional debe reflejar si existe o no un movimiento revolucionario dominante claro con grandes reservas de legitimidad política, ya que esto tiende a determinar el conjunto particular de desafíos y presiones que enfrenta el constitucionalismo. Donde hay, como en la India, Polonia y Sudáfrica, posrevoluciones, es prudente que los redactores constitucionales no se basen en la competencia y la contestación de los partidos como una fuente importante de control y dispersión del poder político, como pueden y deben en otros contextos,⁷⁸ sino más bien por medios ajenos a los partidos. Estos pueden incluir una sólida declaración de derechos, federalismo, tribunales independientes, comisiones electorales y fiscales, así como importantes reglas de supermayoría para la enmienda constitucional y un sistema electoral de relaciones públicas.

Donde no hay un movimiento revolucionario dominante, como en Egipto y Túnez, el enfoque también debe estar en evitar que cualquier partido en ascenso temporal aproveche las “asimetrías organizativas”⁷⁹ para obtener el control total e indiviso de la revolución y las palancas del poder, no solo durante el proceso de elaboración de la constitución, sino después, y en instituir formas de política

⁷⁷ Para obtener una descripción general útil, véase Sujit Choudhry y Nathan Hume, “Federalism, devolution and secession: From classical to post-conflict federalism”, en *Comparative Constitutional Law*, ed. por Tom Ginsburg y Rosalind Dixon (Chicago: University of Chicago, 2011), 356.

⁷⁸ Stephen Gardbaum, “Political parties, voting systems and the separation of powers”, *Am. J. Comp. L.* 65, n.º 3 (2017): 229-264.

⁷⁹ Landau, “Constitution-Making gone wrong”, 975.

consensuada y de reparto del poder mientras el sistema de partidos y las normas de oposición democrática, suprimidos bajo el antiguo régimen autoritario, maduraron y se desarrollan. Dependiendo de las condiciones políticas, este imperativo de evitar un sistema prematuro en el que el ganador se lo lleve todo podría incluir la creación de un parlamentarismo restringido con relaciones públicas o una versión de semipresidencialismo con mayores divisiones de poder.

Como ejemplo de la interacción entre el diseño constitucional y el contexto político, considérese el funcionamiento de una versión ampliamente similar del semipresidencialismo en Egipto y Túnez. El semipresidencialismo es, hoy en día, una forma de gobierno muy popular, sobre todo entre las democracias nuevas y en transición con un pasado autoritario reciente. Esto se debe a que mantiene la promesa de dividir y controlar la autoridad ejecutiva y, al mismo tiempo, evitar el riesgo de una política parlamentaria inestable, especialmente en sistemas sin partidos maduros e institucionalizados.⁸⁰ Sin embargo, por muy bien elaborado que sea, la realización de esta promesa depende en gran medida de la política electoral y de los partidos. La constitución semipresidencial de diciembre de 2012, razonablemente elaborada y hábilmente redactada en Egipto, se vio socavada a este respecto por la condición desigual de los grupos políticos en términos de institucionalización y preparación, y los resultados electorales que casi de manera inevitable se derivaron de ellos.

La falta de competitividad de los múltiples partidos pequeños y divididos liberales, en comparación con los dos islamistas en las elecciones legislativas de noviembre de 2011 a enero de 2012, agravada por el sistema electoral mixto mayoritario y de relaciones públicas vigente,⁸¹ significó que a pesar de solo una estrecha victoria en las elecciones presidenciales, como jefe de un gobierno de mayoría unificada o consolidada de los Hermanos Musulmanes, el presidente Morsi no estaba obligado a participar en ninguna forma real de reparto del poder, ni lo hizo, ya sea entre partidos, entre islamistas y liberales-laicistas, o intrapartidistas, entre las distintas oficinas y ramas.⁸² Este partidismo percibido y la falta de contacto con los oponentes rápidamente restaron valor a cualquier sentido de compromiso entre partidos en una empresa común. Además, la inflexibilidad inherente del cargo presidencial, o la falta de una posibilidad temporal de compartir el poder, significaba que era legal y políticamente indiscutible el cargo durante el periodo completo de cuatro años,

⁸⁰ Sujit Choudhry y Richard Stacey, "Semi-presidentialism as a form of government: Lessons from Tunisia", *Center for Constitutional Transitions Working Paper*, n.º 2 (2013).

⁸¹ Dos tercios de los escaños se asignaron sobre la base de RP por lista de partidos; un tercio sobre una base de circunscripción mayoritaria.

⁸² En el sentido de que la concentración de poder en un presidente es mayor en el escenario de "mayoría consolidada". Al respecto, véase Cindy Skach, "The 'Newest' separation of powers: Semi-presidentialism", *Int'l J. Const. L.*, n.º 5 (2007): 93-121. Esta unidad y poder concentrado fueron indudablemente aumentados por el cierre del parlamento por parte del ejército, bajo la orden del Tribunal Constitucional Supremo, lo que significa que Egipto, de facto, volvió a ser un gobierno de una rama totalmente presidencial.

independientemente de la creciente oposición y la disminución de la popularidad, lo que aumentó la probabilidad del último golpe militar. En consecuencia, las opciones de diseño que tomen esto en cuenta y reduzcan la posibilidad de tal concentración, incluidos periodos más cortos, revocación, votaciones de censura legislativa y distribución formal del poder entre todas las facciones y distritos electorales prorrevolucionarios, podrían ser necesarias en este momento.

Por el contrario, el diferente equilibrio de la política partidaria y el sentimiento en Túnez, incluida la ausencia tanto de un partido mayoritario islamista claro como de una hostilidad y desconfianza inerradicables entre partidos, en parte resultado de las diferentes experiencias durante el régimen interino y los procesos de elaboración de la Constitución, puede permitir que la Constitución semipresidencial de enero de 2014, bien diseñada, pero en general similar, funcione con más éxito. Tras el periodo de reparto del poder entre Ennahda, las elecciones legislativas de octubre de 2014 dejaron la formación de un gobierno de coalición (Nidaa Tounes o “Call of Tunisia”) con 86 de los 69 de Ennahda.⁸³ El resultado fue la formación de un nuevo gobierno de unidad, pero que implica una importante transferencia de poder entre partidos en comparación con el anterior.⁸⁴

De manera similar, como señala Hannah Lerner, la elección entre un enfoque incrementalista y uno transformador del contenido constitucional puede depender en gran medida del contexto político local.⁸⁵ Entonces, cuando un tema en particular es objeto de un profundo desacuerdo “existencial” en las mismas líneas que fraccionan a una sociedad política profundamente dividida, como por ejemplo el idioma nacional y el derecho de familia en la India, o posiblemente la división islamista-secularista en Egipto y Túnez, un enfoque que pospone cualquier resolución final puede ser pragmáticamente mejor, en especial cuando amenaza con socavar la estabilidad y la autoridad del nuevo régimen sobre un tema que no era central para la revolución en sí. Aquí, las disposiciones de la Constitución egipcia de 2012 sobre el papel de la Sharia (y Al-Azhar) pueden contrastarse con las más ambiguas de la Constitución tunecina, cuya interpretación se diferirá a un tribunal constitucional.⁸⁶

⁸³ En enero de 2016, Ennahda se convirtió una vez más en el partido más numeroso en el parlamento tras la dimisión de 28 diputados de Nidaa Tounes después del nombramiento del hijo del presidente Essebsi como nuevo secretario general de Nidaa Tounes.

⁸⁴ De los 42 miembros del nuevo gobierno (28 ministros y 14 secretarios de Estado), Ennahda tiene un ministro y tres secretarios. Anteriormente, había sido el socio dominante entre la coalición de tres partidos en el primer gobierno interino, mientras que el segundo había estado formado por técnicos independientes.

⁸⁵ Lerner, *Making Constitutions...*, cap. 5.

⁸⁶ La Constitución egipcia de 2012 mantuvo la cláusula preexistente que convierte al islam en la principal fuente de legislación; añadió cláusulas que exigían que se consultara a Al-Azhar, el principal centro de aprendizaje islámico sunita, sobre cuestiones de derecho islámico (art. 4) y que definían los principios del derecho islámico como limitados a las fuentes tradicionales (art. 219). Aunque el artículo 1 de la constitución tunecina declara que “Túnez es un Estado soberano, libre e independiente; su religión es el islam, su idioma es el árabe y su sistema es

Conclusiones

El constitucionalismo revolucionario es una categoría útil, aunque olvidada, en el derecho constitucional comparado. Esto es así por dos razones. Primera, abarca una gama de situaciones empíricas perenne y actualmente importantes que implican al constitucionalismo de una manera distintiva, a través de una conexión con una revolución política subyacente, y tiene sus propios puntos en común, desafíos, tendencias y distorsiones que merecen un enfoque e investigación especializados. Segunda, como concepto, el constitucionalismo revolucionario es distinto del término vecino “revolución constitucional”, aunque existe cierta superposición entre ellos en el sentido de que los episodios del primero también pueden incluir instancias del segundo. El significado principal del constitucionalismo revolucionario es la transición a la elaboración de una constitución por medio de una revolución política, mientras que el significado central de revolución constitucional es la transición radical dentro de un orden legal constitucionalista.

Uno de los desafíos particulares del constitucionalismo en el contexto revolucionario es el restablecimiento de la autoridad política por parte del nuevo régimen. En esta situación, la elaboración de una constitución tiene el potencial de adquirir una importancia sustantiva que trasciende la señalización del final del periodo de transición. Sin exagerar el papel de la elaboración de una constitución en el éxito o el fracaso general de las revoluciones constitucionalistas, este puede servir como una fuente clave de la legitimidad que debe considerarse que tiene el nuevo régimen, cualquiera que sea su carácter.

Para ganar esto, y para evitar algunas de las distorsiones a las que el constitucionalismo revolucionario es particularmente propenso, es importante que el proceso de elaboración de la constitución y sus resultados estén diseñados para tomar en cuenta el contexto político local sobre el terreno. Sin embargo, hacerlo requiere reconocer una paradoja final. La situación en la que esto es más urgente, donde hay un partido temporalmente ascendente, que carece del apoyo popular profundamente arraigado y transversal de un movimiento revolucionario dominante, es aquella en la que es menos probable que ocurra. Porque aquí a menudo no hay nadie con la legitimidad, el poder o el incentivo para estar por encima de las facciones y forzar el compromiso en interés de la revolución misma.

republicano”, no hay una cláusula de la Sharia que establezca cuál es el papel de la ley islámica. Además, el artículo 2 describe a Túnez como un “Estado civil” y el artículo 6 sobre libertad religiosa declara que “el Estado se compromete a difundir los valores de la moderación y la protección de lo sagrado”.

Bibliografía

- ACKERMAN, Bruce. *The Future of Liberal Revolution*. New Haven: Yale University Press, 1992.
- ACKERMAN, Bruce. "Three paths to constitutionalism—and the crisis of the European Union". *BJPOLS* 45, n.º 4 (2015): 705-714.
- AMIR ARJOMAND, Said. "Revolution and constitution in the arab world, 2011-12". En *Beyond the Arab Spring: The Evolving Ruling Bargain In The Middle East*, editado por Mehran Kamrava, 151- 214. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- ARENDT, Hannah. *Sobre la revolución*. Madrid: Alianza Editorial, 1963.
- CHOUDHRY, Sujit y Nathan HUME. "Federalism, devolution and secession: From classical to post-conflict federalism". En *Comparative Constitutional Law*, editado por Tom GINSBURG y Rosalind DIXON. Chicago: University of Chicago, 2011.
- CHOUDHRY, Sujit y Richard STACEY. "Semi-presidentialism as a form of government: Lessons from Tunisia". *Center for Constitutional Transitions Working Paper*, n.º 2 (2013).
- CIA WORLD FACTBOOK. "Venezuela". Acceso el 12 de diciembre de 2020. <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ve.html>.
- COLÓN-RÍOS, Joel y Allan HUTCHINSON. "Democracy and revolution: An enduring relationship?". *Denver L. Rev.* 89, n.º 3 (2012): 593-610.
- CROSS, Ester y Jason SORENS. "Arab Spring constitution-making: Polarization and state building", 3 de noviembre de 2014. Acceso el 20 de diciembre de 2020. <http://ssrn.com/abstract=2518648>.
- DEFRONZO, James. *Revolutions and Revolutionary Movements*. London: Routledge, 2015.
- DOWNES, Paul. *Democracy, Revolution, and Monarchism in Early American Literature*. Toronto: Universidad de Toronto, 2002.
- DOYLE, William. *The Oxford History of the French Revolution*. Oxford: Oxford University Press, 1989.
- ELSTER, Jon. "The forces and mechanisms in the constitution-making process". *Duke L. J.*, n.º 45 (1995): 364-396.
- GARDBAUM, Stephen. "Political parties, voting systems and the separation of powers". *Am. J. Comp. L.* 65, n.º 3 (2017): 229-264.
- GINSBURG, Tom, Zachary ELKINS y Justin BLOUNT. "Does the process of constitution-making matter?". *Ann. Rev. L. & Soc. Sci.*, n.º 5 (2009): 201-224.
- GINSBURG, Tom y Rosalind DIXON, eds. *Comparative Constitutional Law*. Chicago: University of Chicago, 2011.
- GINSBURG, Tom, Daniel LANSBERG-RODRÍGUEZ y Mila VERSTEEG. "When to overthrow your government: The right to resist in the world's constitutions". *UCLA L. Rev.*, n.º 60 (2013): 1184-1260.
- GOLDSTONE, Jack. "Theories of revolutions: The third generation", *World Pol.*, n.º 32 (1980): 425-453.

- GOODWIN, Jeff. *No Other Way Out: States and Revolutionary Movements 1945-1991*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- GREENE, Thomas. *Comparative Revolutionary Movements: Search for Theory and Justice*. Hoboken: Prentice-Hall, 1990.
- HIRSCHL, Ran. "The 'design sciences' and constitutional 'success'". *Texas L. Rev.*, n.º 87 (2009): 1349-1385.
- JACOBSON, Gary. "Theorizing the Constitutional Revolution", *J. L. & Courts* 2, n.º 1 (2014): 1-32.
- KHOSLA, Madhav. *The Indian Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- LANDAU, David. "The importance of constitution-making". *Denver U. L. Rev.*, n.º 89 (2012): 611-633.
- LANDAU, David. "Abusive constitutionalism". *U.C. Davis L. Rev.*, n.º 47 (2013): 189-260.
- LANDAU, David. "Constitution-making gone wrong". *Al. L. Rev.*, n.º 64 (2013): 923-981.
- LERNER, Hannah. *Making Constitutions in Deeply Divided Societies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- LOUGHLIN, Martin y Neil WALKER. *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- McKAISER, Eusebius. "Democracy and its malcontents". *N.Y. Times Latitude* (2012).
- ROSENFELD, Michel y András SAJÓ, eds. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- SAPIR, Gideon. "Constitutional revolutions: Israel as a case-study". *Int'l JL In Context*, n.º 5 (2009): 355-378.
- SKACH, Cindy. "The 'Newest' separation of powers: Semi-presidentialism". *Int'l J. Const. L.*, n.º 5 (2007): 93-121.
- SKOCPOL, Theda. *States and Social Revolutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.
- THIO, Li-Ann. "Constitutionalism in illiberal politics". En *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, editado por Michel ROSENFELD y András SAJÓ. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- TILLY, Charles. *European Revolutions 1492-1999*. Hoboken: Wiley-Blackwell, 1995.
- TUSHNET, Mark. "Authoritarian constitutionalism: Some conceptual issues". En *Constitutionalism in Authoritarian Regimes*, editado por Tom GINSBURG y Alberto SIMPSON. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- TUSHNET, Mark. "Authoritarian Constitutionalism". *Cornell L. Rev.*, n.º 100 (2015): 391-461.
- TUSHNET, Mark. "Peasants with pitchforks, and toilers with Twitter: Constitutional revolutions and the constituent power". *Int'l J. Const. L.* 13, n.º 3 (2015): 639-654.
- TUSHNET, Mark. "Editorial: Varieties of Constitutionalism". *Int'l J. Const. L.* 14, n.º 1 (2016): 1-5.
- VAROL, Ozan. "The democratic coup d'état". *Harv. Int'l L. J.*, n.º 53 (2012): 291-356.
- WEILL, Rivka. "Evolution vs. revolution: Dueling models of dualism". *Am. J. Comp. L.*, n.º 54 (2006): 429-481.

Jurisprudencia

KESAVANANDA BHARATI V. STATE OF KERALA, AIR 1973 SC 1461.

Gerardo Tripolone* (Argentina)

Fuerzas armadas, protesta social y los límites del sistema interamericano de derechos humanos

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es indagar si existe una regla jurídica (y, en su caso, explicitar cuál es) sobre el uso de las fuerzas armadas en el contexto de protestas sociales en el sistema interamericano de derechos humanos. Esta indagación es social y políticamente importante, ya que la mayoría de los Estados latinoamericanos se valen de sus fuerzas armadas para asuntos de seguridad interna, incluido el control del orden público durante las protestas. Jurídicamente, es relevante, pues se necesita claridad conceptual sobre la existencia de una regla al respecto y qué consecuencias tiene. Aunque pueden hallarse indagaciones sólidas sobre protestas sociales y cuestiones relativas al uso de las fuerzas armadas en asuntos internos, ni la literatura especializada en derechos humanos ni en materia de seguridad o asuntos militares ha encarado esta pregunta en profundidad.

Palabras clave: fuerzas armadas; protesta social; derechos humanos.

Armed forces, social protest and the limits of the Inter-American Human Rights System

ABSTRACT

The objective of this work is to investigate whether there is a legal rule in the Inter-American Human Rights System on the use of the armed forces in the context of social protests (and if so, to clarify what it is). This investigation is socially and politically important, since most Latin American states use their armed forces for domestic security matters, including control of public order during protests. It is legally important, because conceptual clarity is needed as to whether such a rule exists and what its

* Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Argentina), con lugar de trabajo en la Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de San Juan. gerardotripolone@unsj-cuim.edu.ar / código orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6969-9847>.

legal consequences are. Although important investigations can be found regarding social protests and issues related to the use of armed forces in domestic affairs, the specialized literature on human rights and on issues related to security or military affairs has not addressed this question in depth.

Keywords: Armed forces; social protest; human rights.

Streitkräfte, sozialer Protest und die Grenzen des interamerikanischen Systems der Menschenrechte

ZUSAMMENFASSUNG

Mit diesem Beitrag soll der Frage nachgegangen werden, ob das interamerikanische System der Menschenrechte rechtliche Bestimmungen über den Einsatz der Streitkräfte im Kontext sozialer Proteste enthält (und wenn ja, um welche Regelungen es sich handelt). Diese Untersuchung ist insofern sozialpolitisch wichtig, als sich die meisten lateinamerikanischen Staaten bei Fragen der inneren Sicherheit, einschließlich der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung im Verlauf von Protesten, ihrer Streitkräfte bedienen. Dies ist rechtlich von Bedeutung, weil auf konzeptioneller Ebene Klarheit darüber bestehen muss, ob solche Bestimmungen bestehen und welche rechtlichen Folgen sich daraus ergeben. Wichtige Forschungsarbeiten befassen sich zwar mit sozialen Protesten und Fragen, die den Einsatz der Streitkräfte in inneren Angelegenheiten betreffen, eine eingehende Betrachtung des Themas in der Fachliteratur, die sich mit Menschenrechten oder mit Fragen der Sicherheit und militärischen Angelegenheiten befasst, steht noch aus.

Schlagwörter: Streitkräfte; sozialer Protest; Menschenrechte.

Introducción

Las fuerzas armadas (FF. AA.) son actores centrales de gran parte de la historia de la mayoría de los países de América Latina. Tanto en el periodo de Independencia y organización de los Estados como a lo largo del siglo XX, no puede contarse la historia política de la región sin las FF. AA. Esto no se restringe a los golpes de Estado; también incluye los vínculos entre los gobiernos constitucionales con el poder militar de cada nación.

Aunque las dictaduras comandadas por las FF. AA. parecen algo superado, la presencia militar en la vida política se mantiene. Con la pandemia del covid-19, esto se hizo más patente. Los Estados latinoamericanos recurrieron a sus FF. AA. para tareas de asistencia social y sanitaria y para controlar la seguridad.¹ La escala y

¹ Rut Diamint, “Militarización, pandemia y democracia” (panel, congreso virtual, 23-26 de noviembre de 2020), <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/16855.pdf>.

la permanencia en el tiempo de la intervención militar en el contexto de una pandemia no tienen precedentes. Sin embargo, la presencia militar en la vida política comenzó antes de la pandemia.

La segunda década del siglo XXI nos ofrece un panorama de injerencia de las FF. AA. permitida o promovida por ciertos gobiernos de la región. Rut Diamint distingue dos formas de injerencia de las FF. AA. en la política de los países: a) mediante la politización de las instituciones armadas o b) mediante la policialización de estas.² El segundo caso es el más importante para los fines de este artículo: la mayoría de los Estados de América Latina hace tiempo que se vale de las FF. AA. para asuntos que son de seguridad interna, entre ellos, el control del orden público en contextos de protesta social.

El objetivo del presente trabajo es determinar si existe y, en su caso, precisar la regla jurídica interamericana sobre el uso de las FF. AA. en el control y la represión de las protestas sociales. La indagación se enmarca dentro de una agenda de investigación sobre el uso del poder militar en asuntos internos de los Estados, problemática escasamente tratada desde el derecho, en especial en Argentina, país en el que desarrollamos la investigación.

Abordaremos la cuestión desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos. Las fuentes primarias de análisis serán las recomendaciones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), instituciones que conforman el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH). Nuestro objetivo es evaluar cómo el SIDH considera el uso de las FF. AA. en el contexto de protestas sociales.

1. Protesta social, fuerzas armadas y defensa nacional

La producción académica sobre la protesta social es prolífica. Sin embargo, el concepto “protesta social” es escurridizo y escasamente definido.³ En líneas generales, es una especie del género de las acciones colectivas referidas

... a acontecimientos visibles de acción pública contenciosa de un colectivo, orientados al sostenimiento de una demanda –en general con referencia directa o indirecta al Estado– [...] el concepto se limita a partir de su *carácter contencioso* e intencional, por un lado, y de su *visibilidad pública* por el otro.⁴

² Rut Diamint, “¿Quién custodia a los custodios? Democracia y uso de la fuerza en América Latina”, *Nueva Sociedad*, n.º 278 (2018): 24-35.

³ Diego Fernando Palacio Hoyos, “Los estudios sobre protesta social: el caso argentino”, *Reflexión Política* 21, n.º 42, (2019): 145-161, doi: <https://doi.org/10.29375/01240781.3400>.

⁴ Federico Schuster cit. en Palacio Hoyos, “Los estudios sobre protesta social”, 156.

El término “protesta” no se halla en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Lo que se protege en la CADH y en gran parte de las constituciones de los Estados americanos (con excepciones llamativas como el caso argentino, que no lo menciona expresamente) es el derecho de “reunión” pacífica y sin armas. La doctrina ha distinguido la reunión “propia” de la “manifestación”, que es de carácter dinámico y “se celebra usualmente en las vías públicas [...] implica personas que se desplazan con la finalidad principal de expresar determinadas opiniones o ideas”.⁵

Las protestas sociales se distinguen de los conflictos armados internos.⁶ Estos últimos están regulados por el derecho internacional humanitario (DIH) en el Protocolo Adicional de la Convención de Ginebra. Como veremos más adelante, el SIDH también ha distinguido entre ambos conceptos.

En el informe de la CIDH dedicado a la protesta social se la define como “una forma de acción individual o colectiva dirigida a expresar ideas, visiones o valores de disenso, oposición, denuncia o reivindicación”.⁷ La CIDH aborda el “llamado derecho a la protesta”, sobre todo, en los casos que incluye el corte de vías de circulación. Una discusión importante es, justamente, si la protesta es o no un derecho.⁸ Para nuestro trabajo, esta discusión puede dejarse de lado, ya que el punto es si el Estado puede valerse de las FF. AA. para controlar, dispersar o reprimir la protesta independientemente de si quienes protestan tienen o no un derecho a hacerlo. Incluso en los casos en que algunos de los manifestantes ostenten algún tipo de armas (algo contrario expresamente a la CADH), la discusión sobre el uso de las FF. AA. (y no otros medios como las fuerzas de seguridad) se mantiene.

Por FF. AA. entendemos al instrumento militar de la defensa nacional de un Estado. “Defensa nacional” también es un concepto polisémico. Cada Estado determina qué entiende por defensa nacional en su legislación. Sin embargo, hay una coincidencia: las FF. AA. son siempre el núcleo de la defensa nacional, a la par que su tarea central es la defensa nacional.

⁵ Javier Mujica, “Artículo 15. Derecho de reunión. Artículo 16. Derecho de asociación”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, ed. por Christian Steiner y Patricia Uribe (Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014), 361.

⁶ Para esta distinción, Luis Tibiletti, “El control del uso de las fuerzas armadas en conflictos internos”, en *La reconstrucción de la seguridad nacional. Defensa, democracia y cuestión militar en América Latina*, ed. por Marina Donadio (Buenos Aires: Prometeo, 2010), 323-331.

⁷ CIDH, *Protesta y derechos humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.22/19 (septiembre de 2019), 3, <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>.

⁸ Véase Roberto Gargarella, *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2006), y Lucas S. Grosman, “¿Hay un derecho constitucional a cortar la calle como modo de reclamo?”, en *Tratado de los derechos constitucionales. Tomo II*, ed. por Julio C. Rivera (h), José S. Elías, Lucas S. Grosman y Santiago Legarre (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2014): 222-243.

La literatura especializada suele definir la defensa nacional como la función básica del Estado de protección de la integridad territorial y la soberanía nacional frente a amenazas externas.⁹ Aceptamos, junto a Pion-Berlin, la idea de que constituye la capacidad estratégica, táctica y operacional de la fuerza militar para entrar en guerra con el propósito de defender el país de un ataque exterior.¹⁰

Esta precisión es importante, ya que nos interesa analizar cómo entiende el SIDH, en contextos de protestas sociales, la participación de la institución encargada de una función, como es la defensa nacional, que requiere la utilización del mayor poder del que es capaz un Estado.

2. Fuerzas armadas y protestas sociales en América Latina: un panorama

No hay gobierno latinoamericano que no haya utilizado las FF. AA. para reprimir protestas sociales. Esto es obvio para los casos de dictaduras militares durante el siglo XX, pero también para gobiernos constitucionales posteriores. Incluso acotando el margen temporal desde la década de los noventa en adelante, puede comprobarse la misma situación, salvo casos excepcionales como Argentina, que no ha involucrado sus FF. AA. en protestas sociales en ese lapso temporal.

Desde la segunda década del siglo XXI, el panorama ha empeorado con la creciente militarización de la vida pública en ciertos países de la región.¹¹ En un informe panorámico de 2016 sobre la protesta social en la región,¹² se señala que Brasil autorizó, a través de decretos, la participación de las FF. AA. en asuntos de seguridad interna, incluidas las manifestaciones y protestas. El informe cita como ejemplo que, en junio de 2013, en un operativo en respuesta a una manifestación en la favela de Maré, en Río de Janeiro, “se tiraron bombas de gas lacrimógeno y se dispararon balas de goma y de fusil. Como consecuencia, diez personas murieron”.

En Venezuela, tal vez el país donde más presencia tienen las FF. AA. en estos temas, el Ministerio del Poder Popular para la Defensa promulgó en enero de 2015 una resolución que faculta a todos los componentes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana a realizar tareas de control del orden público en las manifestaciones. El informe sostiene que Venezuela ha sometido a manifestantes a la justicia militar, algo advertido por el Comité de las Naciones Unidas.

⁹ Miguel Á. Barrios, dir., Helio Jaguaribe, Andrés Rivarola y Rafael Calduch Cervera, *Diccionario latinoamericano de seguridad y geopolítica* (Buenos Aires: Biblos, 2009), 136.

¹⁰ David Pion-Berlin, *Military Missions in Democratic Latin America* (North Carolina: Duke University, 2016), 41.

¹¹ Diamint, “¿Quién custodia a los custodios?”, 24-35.

¹² Asociación Civil Centro de Estudios Legales y Sociales, *Los Estados latinoamericanos frente a la protesta social* (Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, 2016), https://www.cels.org.ar/protestasocial_AL/.

El caso de Perú también es trascendente por el combate histórico con la guerrilla Sendero Luminoso y las violaciones de derechos humanos que han generado casos importantes en el SIDH. El presidente Alan García Pérez habilitó, en 2010, a las FF. AA. para considerar a los grupos sociales movilizados como “grupo hostil”, mediante el decreto legislativo 1094.¹³ Esto derivó en una causa ante el Tribunal Constitucional por la extensión de un concepto tan laxo como “grupo hostil”.¹⁴

El informe del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) comenta la situación de Paraguay, donde una reforma legislativa de 2013 permite que el presidente de la República emplee a las FF. AA. en “casos de amenazas o acciones violentas contra las autoridades legítimamente constituidas que impidan el libre ejercicio de sus funciones constitucionales y legales”. La fórmula amplia permite un uso extendido del instrumento militar en contexto de protestas sociales.

Por ser posterior al informe, el texto no aborda el caso de Chile. Durante las protestas del segundo semestre de 2019, el presidente Sebastián Piñera sostuvo que el país estaba “en guerra contra un enemigo poderoso, implacable, que no respeta a nada ni a nadie, que está dispuesto a usar la violencia y la delincuencia sin ningún límite”.¹⁵ Piñera declaró el estado de excepción y convocó al Ejército para controlar el orden público.

En Colombia, el panorama es similar o incluso más alarmante. Usualmente, las protestas sociales son reprimidas por el Escuadrón Antidisturbios de la Policía Nacional (conocido como Esmad). Sin embargo, se ha apelado (y se sigue haciendo) a las fuerzas militares, por lo menos, desde la década de los cincuenta. La estrategia de represión de protestas sociales utilizando el Ejército, según un autor, se relaciona con la estrategia insurgente llevada adelante hace más de medio siglo por Colombia, la cual se basa en un “marco jurídico punitivo y un aparato policial militarizado”.¹⁶ La policía se ha militarizado y las FF. AA. policializado.¹⁷ La figura jurídica utilizada es la de “asistencia militar” que la Policía Nacional puede requerir al Ejército. En este

¹³ Sarita del Carmen Álvarez Reátegui, “El uso ilícito de la fuerza durante las protestas sociales y las violaciones a los derechos humanos. El caso peruano 2003-2011”, *Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 45 (2014): 229-233, doi: <https://doi.org/10.26439/iuset-praxis2014.no45.377>.

¹⁴ José Saldaña Cuba y Jorge Portocarrero Salcedo, “La violencia de las leyes: el uso de la fuerza y la criminalización de protestas socioambientales en el Perú”, *Derecho PUCP. Revista de Derecho de la Facultad*, n.º 79 (2017): 321, doi: <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201702.013>.

¹⁵ *BBC Mundo*, “Protestas en Chile: ‘Estamos en guerra’, la frase de Piñera que se le volvió en contra en medio de las fuertes manifestaciones”, 22 de octubre de 2019, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50139270>.

¹⁶ Edwin Cruz Rodríguez, “El derecho a la protesta social en Colombia”, *Pensamiento Jurídico*, n.º 42 (2015): 52.

¹⁷ Eder Julián Barbosa Parra, “Contención militar de la protesta social en Colombia”, *Brújula. Semilleros de investigación* 8, n.º 15 (2020): 35-37, doi: <https://doi.org/10.21830/23460628.44>.

contexto, el Ejército pasa a cumplir funciones policiales, más allá de que sus agentes no hayan sido entrenados para realizarlas.

Los ejemplos anteriores muestran hasta qué punto es cierto lo que Diamint menciona como “policialización” de las FF. AA.¹⁸ en América Latina. Soldados transformados en policías¹⁹ que, con su formación orientada a la guerra, deben controlar el orden público y proteger a manifestantes y a terceros de posibles daños.

Sin embargo, estos hechos no son exclusivos de América Latina. El presidente de Francia Emmanuel Macron desplegó tropas del Ejército durante las protestas de los llamados “chalecos amarillos”.²⁰ Días antes del fin del mandato de Donald Trump como presidente de Estados Unidos, un grupo de personas (entre quienes había militares) tomó el Congreso de la nación por asalto, protestando por la supuesta ilegitimidad de las elecciones y apoyando al presidente saliente. La Guardia Nacional del Distrito de Columbia fue convocada a proteger las instalaciones. El año anterior, el asesinato de George Floyd por la policía desató protestas sociales en todas las grandes ciudades del país. Las guardias nacionales de los distintos Estados fueron convocadas para actuar y reprimir las protestas. El senador republicano Tom Cotton instó a Trump para que convocara a la división 101 aerotransportada para reprimir las protestas. En su artículo, Cotton cita otros momentos en que Estados Unidos utilizó el Ejército para reprimir protestas sociales durante los gobiernos de Eisenhower, Kennedy, Johnson y George H.W. Bush. Su argumento era que la *Insurrection Act* le permite al presidente utilizar las FF. AA. en caso de insurrección.²¹

3. Los principios del SIDH en el uso de la fuerza en casos de protestas

El derecho de reunión del que, como dijimos, deriva el derecho de manifestación o derecho a la protesta, está definido en el artículo 15 de la CADH. La primera frase ya contiene una restricción que, en palabras de Alexy, es directa, ya que proviene del mismo instrumento que consagra el derecho:²² la reunión debe ser “pacífica y sin armas”. Además, el precepto habilita a otras restricciones indirectas, es decir, provenientes de otras normas. Estas deben ser:

¹⁸ Diamint, “¿Quién custodia a los custodios?”, 24-35.

¹⁹ Véase Gerardo Tripolone, “El camino de ida hacia el soldado-policía. Carl Schmitt, la defensa nacional y la seguridad interior”, *Carl-Schmitt-Studien*, n.º 2 (2018): 41-54.

²⁰ *France 24*, “France to deploy troops to maintain security during Yellow Vest protests”, 20 de marzo de 2019, <https://www.france24.com/en/20190320-france-deploy-troops-maintain-security-during-yellow-vest-protests>.

²¹ Tom Cotton, “Send in the troops”, *New York Times*, 3 de junio de 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/03/opinion/tom-cotton-protests-military.html>.

²² Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. por Carlos Bernal Pulido (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014), 248-249.

- i) Establecidas mediante una ley.
- ii) Dictadas por motivos “de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás” (art. 15 CADH).

Pueden existir casos en que estas restricciones deban hacerse cumplir mediante el uso de la fuerza. También puede ocurrir que, a partir de manifestaciones pacíficas, se produzcan desórdenes públicos donde los derechos de manifestantes o terceros se pongan en entredicho. Aquí es cuando la fuerza pública debe actuar. Tanto la Corte como la CIDH han enfrentado el desafío de precisar los límites del uso de la fuerza pública en contexto de protestas sociales.

Los órganos del SIDH han manifestado que *consideran inconveniente* el uso de las FF. AA. para cuestiones de seguridad interna, incluido el control de las protestas sociales. Sin embargo, no han ofrecido una regla absoluta que proscriba su uso en el interior de los Estados. Como hemos dicho en otro trabajo, esto sería de cumplimiento imposible en gran parte de los países latinoamericanos que desde hace décadas utilizan a sus militares como las principales fuerzas de seguridad en muchos asuntos. Además, implicaría una extralimitación de las facultades de los órganos del SIDH.²³

No obstante, la Corte y la Comisión han esbozado algunas precisiones sobre los límites del uso del instrumento militar dentro del Estado. Para ello, como adelantamos, distinguen entre disturbios, desórdenes o diversas situaciones de crisis sociales y políticas, por un lado, y los conflictos armados internos, por el otro.²⁴ Esta distinción surge de la diferencia que hace el artículo 1.1 del Protocolo II de la Convención de Ginebra de 1977. Solo en el caso de conflicto armado interno debe aplicarse el DIH. Lo que no es conflicto armado interno, es un problema de seguridad interna del Estado, ajeno al derecho internacional. Sin embargo, la distinción no es clara en el momento de aplicar la norma.

Ni la Corte ni la CIDH han clarificado la línea que separa una situación de la otra.²⁵ En el Caso Abella se encuentra la orientación para la determinación de un conflicto armado interno. El punto de distinción fundamental estaría dado por el

²³ Gerardo Tripolone, “Poderes militares y tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional”, en *Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994. A 25 años*, ed. por Mauro Benente (Buenos Aires: UNPAZ, 2019), 225-226.

²⁴ Véase Emiliano J. Buis, “The implementation of International Humanitarian Law by Human Rights Courts: the example of the Inter-American Human Rights System”, en *International Humanitarian Law and Human Rights Law: towards a new merger in International Law*, ed. por Roberta Arnold y Noëlle Quéniwet (Leiden y Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2018), 272.

²⁵ Laurence Burgorgue-Larsen y Amaya Úbeda de Torres, “La ‘guerra’ en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, n.º 3, edición especial (2010): 122.

nivel de violencia empleado,²⁶ lo cual supone un estándar demasiado difuso: ¿cuál es el nivel de violencia que, superado, nos lleva de un disturbio a un conflicto armado interno?

El caso refiere al “copamiento” del cuartel del Regimiento de Infantería Mecanizada 3 de La Tablada, provincia de Buenos Aires, por el grupo político de izquierda Movimiento Todos por la Patria (MTP). El MTP conformó un grupo guerrillero armado, con jerarquía y mando militar. El gobierno constitucional de Raúl Alfonsín movilizó las FF. AA. para su represión. El combate duró 36 horas. Catorce militares y cuatro policías murieron en los enfrentamientos. Treinta y tres de los cuarenta y seis guerrilleros fueron abatidos.²⁷ Aunque la legislación nacional dictada meses antes de los hechos vedaba el uso de las FF. AA. para casos que no constituyeran agresiones externas, el gobierno se valió de ellas para reprimir al MTP.²⁸

Más allá de este problema legal que la CIDH no trata, el punto que nos importa es que ese enfrentamiento, para el órgano interamericano, sí fue un conflicto armado interno. Por eso justifica el uso de las FF. AA. Para distinguir este fenómeno de las protestas sociales, motines o disturbios, la CIDH cita un informe de la Cruz Roja Internacional que estableció que los “motines” (“disturbios que desde su comienzo no están dirigidos por un líder y que no tienen una intención concertada”), los “actos de violencia aislados y esporádicos” (que se distinguen de los realizados por las fuerzas armadas o grupos armados organizados) y “otros actos de naturaleza similar que entrañen, en particular, arrestos en masa de personas por su comportamiento u opinión política, no constituyen conflictos armados”.²⁹

La CIDH ha expresado en otras ocasiones que las FF. AA. no deben intervenir en asuntos de seguridad interna, incluidas las protestas sociales. El poder militar debería circunscribirse a la defensa de la soberanía nacional frente a agresiones externas. Los asuntos de la llamada seguridad pública o seguridad interna deben estar en manos de las fuerzas de seguridad. Esto incluye la persecución de crímenes comunes y la represión de protestas sociales: “Corresponde a una fuerza policial civil, eficiente y respetuosa de los derechos humanos manejar las situaciones de seguridad y violencia en el ámbito interno y no a las fuerzas armadas, entrenadas y equipadas para otro tipo de conflictos externos”.³⁰

²⁶ CIDH, Informe 55/97, Caso 11.137, Juan Carlos Abella c. Argentina, 18 de noviembre de 1997, párrs. 149-150, <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Informe%20N%C2%BA%2055-97%20%20Juan%20Carlos%20Abella%20v.%20Argentina.pdf>.

²⁷ Marcelo Larraquy, Argentina. *Un siglo de violencia política, 1890-1990: de Roca a Menem. La historia de un país* (Buenos Aires: Sudamericana, 2017), 707-708.

²⁸ Véase Gerardo Tripolone, “El Ejecutivo siempre gana. División de poderes y Fuerzas Armadas en Argentina”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 44 (2021): 304-306, doi: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2021.44.16166>.

²⁹ CIDH, Caso Abella, cit., párr. 149.

³⁰ CIDH, Informe Anual 2015, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48, 31 de diciembre de 2015, párr. 13, <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/informeannual2015-cap4a-fuerza-es.pdf>.

Esto se repite en muchos lugares del documento. Lo propio hace en el informe específico para México, donde considera que la distinción entre las funciones que le competen a las fuerzas armadas (limitadas a la defensa de la soberanía nacional) y las que le competen a las fuerzas policiales (responsables exclusivas de la seguridad ciudadana) resulta un “punto de partida esencial que no puede obviarse”.³¹ A lo largo del texto la CIDH insiste en que el involucramiento de las FF. AA. mexicanas en seguridad interna ha traído como consecuencia violaciones graves de derechos humanos a través de ejecuciones extrajudiciales, torturas, desapariciones, privaciones ilegítimas de la libertad, entre otros actos.

Lo mismo sucede en los informes relativos a la situación de Guatemala en 2016 y 2017. Frente al involucramiento del poder militar en asuntos de seguridad interna, la Comisión destacó

... la importancia de que se retire a las fuerzas armadas de tareas de seguridad interna, dado que el Ejército y la policía son entidades fundamentalmente distintas en su diseño, funciones, entrenamiento y preparación, además de estar facultadas para cumplir actividades distintas dentro de sus jurisdicciones respectivas.³²

Una de las recomendaciones de la CIDH fue, justamente, el retiro de las FF. AA. guatemaltecas de las tareas de seguridad interior,³³ en particular en casos de protesta social.³⁴

Algo similar ocurre en los informes relativos a Venezuela.³⁵ La CIDH ha manifestado su preocupación por la militarización de la seguridad pública, en particular en el caso de protestas sociales.³⁶ La preocupación mayor es el sometimiento de civiles que participan en protestas sociales a la jurisdicción penal militar. Frente a esto, la Comisión “recuerda, una vez más, que la jurisdicción penal militar tiene un alcance restrictivo y no es el fuero competente para el juzgamiento de civiles”.³⁷

³¹ CIDH, Situación de los derechos humanos en México, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 14, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf>.

³² CIDH, Situación de los derechos humanos en Guatemala, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 208/17, 31 de diciembre de 2017, párr. 185, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Guatemala2017-es.pdf>.

³³ CIDH, Situación de los derechos humanos en Guatemala, cit., párr. 250.

³⁴ CIDH, Situación de los derechos humanos en Guatemala, cit., párr. 259.

³⁵ CIDH, Inspección Comisión 05/2020 contra FFAA en seguridad interior, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/106.asp>.

³⁶ CIDH, Informe Anual 2019, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9, 24 de febrero de 2020, Cap. IV. B. Informe especial Venezuela, párr. 2, <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2019/docs/IA2019cap4bVE-es.pdf>.

³⁷ CIDH, Informe Anual 2019, Cap. IV. B. Informe especial Venezuela, párrs. 5 y 47.

Para la CIDH, el uso de la jurisdicción militar para juzgar civiles es una violación del derecho a ser juzgado por un juez natural, imparcial e independiente.³⁸ Este es el punto donde la violación de derechos humanos es, para la CIDH, explícita. El uso de las FF. AA. en la represión de las protestas mientras se están realizando no es, en sí mismo, una violación de los derechos humanos, más allá de que abre la posibilidad de que se cometan tales violaciones. Al contrario, el juzgamiento de civiles en la jurisdicción militar es, en sí mismo, una violación de derechos humanos.

La Corte IDH sigue la misma línea que la Comisión. En *Caracazo vs. Venezuela* abordó el caso de víctimas por la represión durante el Caracazo, la cual se hizo con fuerzas de seguridad y también con el Ejército de Venezuela. La Corte IDH ordenó, entre otras reparaciones, capacitar a los agentes del Estado que deban controlar disturbios como los ocurridos en 1989 en la ciudad de Caracas. Es decir, no proscribire la actuación de militares, sino que exige su capacitación.³⁹

En el Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, del año 2006, la Corte IDH consideró como un deber del Estado el de limitar al máximo el uso de las FF. AA. para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar a un enemigo, y no a la protección y control de civiles, tarea propia de las instituciones policiales.⁴⁰

Algo similar decidió en *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, donde afirmó:

En determinados estados de emergencia o en situaciones de alteración del orden público, los Estados utilizan las Fuerzas Armadas para controlar la situación. Al respecto, la Corte estima absolutamente necesario enfatizar en el extremo cuidado que los Estados deben observar al utilizar las Fuerzas Armadas como elemento de control de la protesta social, disturbios internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común.⁴¹

Con cita a *Montero Aranguren*, repite la necesidad de limitar “al máximo” el uso de las FF. AA. en casos de disturbios internos. Finalmente, sostiene que “el deslinde de las funciones militares y de policía debe guiar el estricto cumplimiento

³⁸ CIDH, Informe Anual 2019, Cap. IV. B. Informe especial Venezuela, párr. 47.

³⁹ Corte IDH, Caso del Caracazo vs. Venezuela, Sentencia de 29 de agosto de 2002, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 95, párr. 127, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_95_esp.pdf. Véase José Saldaña Cuba, “Aproximaciones críticas al derecho a la protesta social en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Investigación del CICAJ* (Lima: CICAJ-DAD, PUCP, 2018-2019), 402.

⁴⁰ Carlos M. Ayala Corao y María D. Rivero, “Derecho a la vida”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, ed. por Christian Steiner y Patricia Uribe (Bogotá: Konrad Adenauer, 2014), 124, n. 59.

⁴¹ Corte IDH, Caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 4 de julio de 2007, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 166, párr. 51, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_166_esp1.pdf.

del deber de prevención y protección de los derechos en riesgo, a cargo de las autoridades internas”. La Corte IDH está proponiendo parámetros de limitación del uso del poder militar basado en la experiencia latinoamericana de la extralimitación de las FF. AA. cuando han sido puestas a reprimir a la población civil.

Este criterio también lo aplicó a otro tipo de operativos militares en contextos que no refieren directamente a protestas sociales, como el motín en la cárcel El Frontón en Perú.⁴² La Corte IDH consideró que el Estado actuó desproporcionadamente en la represión mediante el uso de sus FF. AA. El fundamento de la condena no es que el Estado se valió de las FF. AA., sino que lo hizo desproporcionadamente. Al parecer, un operativo militar que utilice la fuerza de manera proporcional a la amenaza habría sido tolerado.

Al igual que la CIDH, la Corte sostiene que someter a civiles a la jurisdicción militar es una violación de la garantía del juez natural y, por tanto, una violación de la CADH. Esto surge, por ejemplo, del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sin embargo, en cuanto a la regla jurídica sobre el uso de las FF. AA. en contexto de protestas sociales, se limita a repetir lo sostenido en Retén de Catia sobre el “extremo cuidado” en su empleo.⁴³

En el informe *Protesta y derechos humanos* de 2019, la Comisión recoge esta doctrina. Coincidiendo con el Relator Especial sobre libertad de reunión pacífica y asociación de las Naciones Unidas, la CIDH considera que las FF. AA. deben excluirse de la participación en los operativos para proteger la seguridad de manifestantes y terceros. La Comisión expresamente rechaza “el señalamiento difuso, por parte de distintas agencias estatales [de algunos países], de personas que participan u organizan protestas como supuestas amenazas a la seguridad”, ya que esto es lo que habilita a utilizar las FF. AA. en los operativos de seguridad o en tareas de inteligencia.⁴⁴

La CIDH considera que la preparación de las FF. AA. se orienta a la protección de la seguridad nacional, la independencia política o la integridad territorial del Estado. Ninguna de estas variables se afectan a través de protestas sociales, por lo que, según el informe, “corresponde a una fuerza policial civil, eficiente y respetuosa de los derechos humanos manejar las situaciones de seguridad y violencia en el ámbito interno”.⁴⁵

Los órganos del SIDH han realizado la distinción, en palabras de Pion-Berlin, “ontológica” entre FF. AA. y fuerzas de seguridad.⁴⁶ Las FF. AA. se entrenan para

⁴² Corte IDH, Caso Neira Alegría y otros vs. Perú, Sentencia de 19 de enero de 1995, Fondo, Serie C, núm. 20, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf. Véase Saldaña Cuba, “Aproximaciones críticas”, 401.

⁴³ Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 220, párr. 87, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf.

⁴⁴ CIDH, *Protesta y derechos humanos*, cit., 61.

⁴⁵ CIDH, *Protesta y derechos humanos*, cit., 62.

⁴⁶ Pion-Berlin, *Military Missions*, 80-82.

utilizar el máximo de poder letal de un Estado, algo que contrasta con los principios que deben guiar el uso de la fuerza en contexto de protestas, tal como la prohibición del uso de armas de fuego.⁴⁷

Cuando un gobierno se vale de las FF. AA. apela al instrumento de violencia más grande que tiene el Estado. Salvo en los casos de Estados llamados “fallidos”, que han perdido la supremacía del ejercicio de la fuerza, no hay institución que pueda infligir más daños a seres humanos que las FF. AA. de un país. Por eso es que, para los órganos del SIDH, debe acotarse su misión a la protección de la seguridad nacional contra ataques de origen externo al país, la situación más peligrosa para la supervivencia de un Estado y donde se necesita el uso máximo de la fuerza.

Utilizar instrumentos y agentes capacitados para ejercer el máximo de fuerza física frente a una protesta es desproporcionado. La CIDH considera que los Estados deben poseer agentes preparados para intervenir en contextos de protestas, que no pueden ser miembros de las FF. AA. Deben estar capacitados en la protección de derechos humanos y en los principios que guían su intervención en estos casos.⁴⁸

En resumen, los principios del SIDH con relación a la participación de las FF. AA. en protestas sociales son claros: no se recomiendan. Los peligros que encierra son muchos. Aumenta la violencia, posibilita mayores casos de ejecuciones extrajudiciales y de detenciones ilegítimas. Tanto la Comisión como la Corte IDH insisten en la distinción entre defensa nacional y seguridad interior y recomiendan abstenerse de introducir a los militares en funciones concernientes a la primera categoría.

La pregunta es si esto implica que la mera introducción de las FF. AA. en una protesta es, en sí, una violación de los derechos humanos. A esto debe responderse que, en caso de que esa intervención esté avalada por una ley, no hay ningún precepto de ningún instrumento interamericano de derechos humanos ni resolución de la Corte o CIDH que disponga que el uso de las FF. AA. es, en sí, una violación de los derechos humanos de quienes participan en la protesta.

Tomando como ejemplo Argentina, el supuesto sería el siguiente: la Ley de Defensa Nacional 23554 y de Seguridad Interior 24059 distinguen expresamente la defensa nacional y la seguridad interior y limitan el uso de las FF. AA. a la primera. El Estado solo puede valerse del Ejército, la Armada o la Fuerza Aérea en casos de agresión de origen externo. Pueden prestar apoyo a las fuerzas de seguridad, en la medida en que no implique que las FF. AA. hagan uso de la fuerza. Por ejemplo, podrían prestar medios de transporte, hangares u hospitales ambulantes.

Ahora bien, la Ley 24059 prevé el supuesto en que el Poder Ejecutivo puede valerse de las FF. AA. para asuntos de seguridad interior: “En aquellos casos excepcionales en que el sistema de seguridad interior descrito en esta ley resulte insuficiente a criterio del Presidente de la Nación” (Ley 24059, art. 31). Esta facultad solo puede

⁴⁷ CIDH, *Protesta y derechos humanos*, cit., 41 y ss.

⁴⁸ CIDH, *Protesta y derechos humanos*, cit., 60.

ejercerla “previa declaración del estado de sitio” (Ley 24059, art. 32), facultad en principio del Poder Legislativo, salvo que se halle en receso.

Está claro que, para la Comisión y la Corte IDH, la introducción de las FF. AA. en el contexto previsto por la ley argentina amplía la posibilidad de que se produzcan violaciones de los derechos humanos de participantes y de terceros. Los informes de la CIDH y las sentencias de la Corte IDH recomiendan enfáticamente no hacerlo. Las razones son atendibles y pueden compartirse. Sin embargo, aunque sea inconveniente y peligroso, no existe una norma convencional surgida de la jurisprudencia del SIDH que vede que el presidente argentino, luego de declarado el estado de sitio, se valga de las FF. AA. para reprimir una protesta social.

Este punto no es menor. Podría pensarse en un principio interpretativo para quien tenga que decidir un caso judicial planteado por el uso excesivo de la fuerza por parte del Estado en el marco de una protesta. Habría una presunción en contra del Estado por haberse valido de un instrumento que, para el SIDH, aumenta las posibilidades de generar violaciones de los derechos humanos. Sin embargo, el solo uso de las FF. AA. no sería, en sí, una violación de estos.

4. Pragmatismo y derechos humanos

¿Por qué, si genera tantos peligros para las personas, ni la Corte ni la CIDH consideran el uso de las FF. AA. para reprimir protestas sociales como una violación de la CADH?

Por un lado, la respuesta es obvia: porque no hay ningún precepto en la CADH que establezca que los habitantes de los países parte tengan el derecho a participar de una protesta en la que las FF. AA. no puedan intervenir como agentes de seguridad pública. Sin embargo, teniendo en cuenta la enorme discrecionalidad que tienen los órganos del SIDH para interpretar y ampliar los límites del lenguaje de la CADH, este sería un obstáculo menor.⁴⁹

Una hipótesis explicativa podría partir de la realidad de las políticas de seguridad interna en América Latina y la dificultad que tendría la Corte o la CIDH para alterarlas por medio de sus resoluciones. Salvo en países del Cono Sur, como Argentina, Chile y Uruguay, la participación de las FF. AA. en asuntos de seguridad interna es generalizada. Incluso en los tres países nombrados, las FF. AA. participan en alguna medida en la seguridad interior mediante apoyo logístico (caso argentino) o, como se vio, reprimiendo protestas en algunos supuestos excepcionales (caso chileno).

⁴⁹ Sobre la ampliación por vía de “interpretación” de la CADH, puede verse el caso del control de convencionalidad en Ariel E. Dulitzky, “El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?”, en *Tratado de los derechos constitucionales. Tomo I*, 533-569.

La declaración hecha por los órganos del SIDH en el sentido de que la utilización de las FF. AA. para la represión de protestas sociales implica, *per se*, una violación de los derechos humanos ocasionaría probablemente la reacción en aquellos Estados que desde hace tiempo las utilizan en estos contextos. Tal vez los miembros de la CIDH consideran que sus recomendaciones e incluso las sentencias de la Corte no podrían cumplirse, al menos en el corto plazo. Parece improbable que países como Venezuela, Colombia, Brasil o México retiren las FF. AA. de asuntos de seguridad pública porque lo diga un órgano interamericano.

El incumplimiento implicaría deslegitimar el sistema. Es posible pensar que los órganos del SIDH reconocen que, como sostenía Hannah Arendt, para los tribunales internacionales, “su autoridad depende de la prudencia, esto es, de no suscitar temas o formular decisiones que no puedan hacer cumplir”.⁵⁰ No podemos probar que esto sea una de las causas que explican las sentencias y recomendaciones de los órganos del SIDH. De ser cierto, implicaría un cálculo pragmático en la decisión judicial que parece llevarse mal con la idea kantiana que subyace tras los derechos humanos, cuyo cumplimiento sería incondicional.⁵¹ Sin embargo, podría estar más cercana de una posición aristotélica, la cual se aleja tanto del pragmatismo como del kantismo, sobre todo cuando llama a quienes ejercen la política a pensar no solo en el régimen ideal, sino también en el posible para una ciudad.⁵²

Conclusiones

La participación de las FF. AA. en la represión de protestas sociales ha generado y continúa generando violaciones de los derechos humanos. La extralimitación en el uso de la fuerza y la falta de preparación de los militares para la tarea pone en riesgo a manifestantes, terceros e incluso a miembros de las FF. AA. por las responsabilidades disciplinarias y penales posteriores. Su falta de pericia para resolver cuestiones durante la acción puede llevarlos a cometer infracciones que sean pasibles de acciones judiciales.

Frente a este panorama, el SIDH no ha construido una regla interamericana que proscriba de forma absoluta el uso de las FF. AA. en protestas sociales. Esto es independiente de la valoración que uno pueda tener sobre la cuestión. Que consideremos el uso de las FF. AA. para reprimir protestas como negativo en términos políticos,

⁵⁰ Hannah Arendt, *Crisis de la república*, trad. por Teresa Arijón y Edgardo Russo (Buenos Aires: El Cuenco de Plata, 2015), 107.

⁵¹ Para una introducción al pragmatismo jurídico, véase Daniel Gorra, “Los métodos del pragmatismo jurídico”, en *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, ed. por Guillermo Lariguet (Córdoba: Brujas-UNC, 2016), 81-90.

⁵² Sobre esta idea de Aristóteles, véase Héctor Ghiretti, “Aristóteles, *Política* 1288b. Un programa completo y sucinto para la ciencia política”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 191 (2021): 13-29, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.191.01>.

peligroso para la vida y la seguridad de las personas y nocivo para el sistema democrático, no significa que exista una regla jurídica que considere que valerse de las FF. AA. frente a protestas sociales es, *per se*, una violación de los derechos humanos.

Desde un análisis normativo, los instrumentos internacionales de derechos humanos que deben aplicar los órganos del SIDH no contienen una norma de donde se deduzca que los Estados no pueden utilizar las FF. AA. para reprimir protestas sociales. Que la Corte o la CIDH declaren estas decisiones como inconvencionales sería llevar al extremo el judicialismo y aumentar, todavía más, las potestades interpretativas de los órganos interamericanos. Por lo demás, una decisión en ese sentido podría deslegitimar el SIDH por la imposibilidad de cumplimiento en ciertos casos.

Para cerrar, es importante recordar dos cosas, en apariencia, obvias. Primero, que no toda acción dañosa o inconveniente es una violación del derecho internacional de los derechos humanos. El uso de las FF. AA. en contextos de protestas sociales puede ser dañoso, inconveniente, peligroso y, aun así, no ser en sí mismo una violación de la CADH. En segundo lugar, que el uso que el Estado dé a las FF. AA. es una decisión política. La respuesta a qué hacer con las FF. AA. no la vamos a encontrar en el SIDH porque es un asunto que cada comunidad deberá decidir democráticamente. La decisión puede no parecernos correcta, pero igualmente tiene que ser aceptada por quienes se oponen. Los tribunales internacionales deben ser deferentes a las decisiones políticas tomadas democráticamente por los Estados, más allá del disgusto por el contenido de lo decidido.⁵³

Bibliografía

- ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, traducido por Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- ÁLVAREZ REATEGUI, Sarita del Carmen. “El uso ilícito de la fuerza durante las protestas sociales y las violaciones a los derechos humanos. El caso peruano 2003-2011”. *Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 45 (2014): 229-233. doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2014.no45.377>.
- ARENDT, Hannah. *Crisis de la república*, traducido por Teresa Arijón y Edgardo Russo. Buenos Aires: El Cuenco de Plata, 2015.
- ASOCIACIÓN CIVIL CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES. *Los Estados latinoamericanos frente a la protesta social*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2016. https://www.cels.org.ar/protestasocial_AL/.
- AYALA CORAO, Carlos M. y María D. RIVERO. “Derecho a la vida”. En *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, editado por Christian Steiner y Patricia Uribe, 112-130. Bogotá: Konrad Adenauer, 2014.

⁵³ Roberto Gargarella, “Tribunales internacionales y democracia: enfoques deferentes o de indeferencia”, *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, n.º 4 (2016).

- BARBOSA PARRA, Eder Julián. “Contención militar de la protesta social en Colombia”. *Brújula. Semilleros de investigación* 8, n.º 15 (2020): 31-45. doi: <https://doi.org/10.21830/23460628.44>.
- BARRIOS, Miguel Á. dir., Helio JAGUARIBE, Andrés RIVAROLA y Rafael CALDUCH CERVERA. *Diccionario latinoamericano de seguridad y geopolítica*. Buenos Aires: Biblos, 2009.
- BBC MUNDO. “PROTESTAS EN CHILE: ‘ESTAMOS EN GUERRA’, la frase de Piñera que se le volvió en contra en medio de las fuertes manifestaciones”, 22 de octubre de 2019. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50139270>.
- BUIS, Emiliano J. “The implementation of International Humanitarian Law by Human Rights Courts: the example of the Inter-American Human Rights System”. En *International Humanitarian Law and Human Rights Law: towards a new merger in International Law*, editado por Roberta ARNOLD y Noëlle QUÉNIVET, 269-293. Leiden y Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2018.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence y Amaya ÚBEDA DE TORRES. “La ‘guerra’ en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, n.º 3, edición especial (2010): 117-153.
- COTTON, Tom. “Send in the troops”. *New York Times*, 3 de junio de 2020. <https://www.nytimes.com/2020/06/03/opinion/tom-cotton-protests-military.html>.
- CRUZ RODRÍGUEZ, Edwin. “El derecho a la protesta social en Colombia”. *Pensamiento Jurídico*, n.º 42 (2015): 47-69. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/55404/pdf>.
- DIAMINT, Rut. “¿Quién custodia a los custodios? Democracia y uso de la fuerza en América Latina”, *Nueva Sociedad*, n.º 278 (2018): 24-35.
- DIAMINT, Rut. “Militarización, pandemia y democracia”. Documento presentado en el panel El regreso de los militares a la política, en el marco del segundo Congreso de la Red Latinoamericana de Seguridad Incluyente y Sostenible “Desafíos de la seguridad en tiempos de crisis múltiples”, realizado de manera virtual del 23 al 26 de noviembre de 2020. <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/16855.pdf>.
- DULITZKY, Ariel E. “El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?”. En *Tratado de los derechos constitucionales. Tomo I*, editado por Julio C. RIVERA (h), Lucas S. ELÍAS, Lucas S. GROSMAN y Santiago LEGARRE, 533-569. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2014.
- FRANCE 24. *France to deploy troops to maintain security during Yellow Vest protests*, 20 de marzo de 2019. <https://www.france24.com/en/20190320-france-deploy-troops-maintain-security-during-yellow-vest-protests>.
- GARGARELLA, Roberto. *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2006.
- GARGARELLA, Roberto. “Tribunales internacionales y democracia: enfoques diferentes o de indeferencia”. *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, n.º 4 (2016).

- GHIRETTI, Héctor. “Aristóteles, *Política* 1288b. Un programa completo y sucinto para la ciencia política”. *Revista de Estudios Políticos*, n.º 191 (2021): 13-29. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.191.01>.
- GORRA, Daniel. “Los métodos del pragmatismo jurídico”. En *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, editado por Guillermo LARIGUET, 81-90. Córdoba: Brujas-UNC, 2016.
- GROSMAN, Lucas S. “¿Hay un derecho constitucional a cortar la calle como modo de reclamo?”. En *Tratado de los derechos constitucionales. Tomo II*. Editado por Julio C. RIVERA (h), José S. ELÍAS, Lucas S. GROSMAN y Santiago LEGARRE, 222-243. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2014.
- LARRAQUY, Marcelo. *Argentina. Un siglo de violencia política, 1890-1990: de Roca a Menem. La historia de un país*. Buenos Aires: Sudamericana, 2017.
- MUJICA, Javier. “Artículo 15. Derecho de reunión. Artículo 16. Derecho de asociación”. En *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, editado por Christian STEINER y Patricia URIBE, 355-385. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014.
- PALACIO HOYOS, Diego Fernando. “Los estudios sobre protesta social: el caso argentino”. *Reflexión Política* 21, n.º 42 (2019): 145-161. doi: <https://doi.org/10.29375/01240781.3400>.
- PION-BERLIN, David. *Military Missions in Democratic Latin America*. North Carolina: Duke University, 2016.
- SALDAÑA CUBA, José y Jorge PORTOCARRERO SALCEDO. “La violencia de las leyes: el uso de la fuerza y la criminalización de protestas socioambientales en el Perú”. *Derecho PUCP. Revista de Derecho de la Facultad*, n.º 79 (2017): 311-352. doi: <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201702.013>.
- SALDAÑA CUBA, José. “Aproximaciones críticas al derecho a la protesta social en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Anuario de Investigación del CICAJ*, 389-420. Lima: CICAJ-DAD, PUCP, 2018-2019.
- TIBILETTI, Luis. “El control del uso de las fuerzas armadas en conflictos internos”. En *La reconstrucción de la seguridad nacional. Defensa, democracia y cuestión militar en América Latina*, editado por Marina DONADIO, 323-331. Buenos Aires: Prometeo, 2010.
- TRIPOLONE, Gerardo. “El camino de ida hacia el soldado-policía. Carl Schmitt, la defensa nacional y la seguridad interior”. *Carl-Schmitt-Studien*, n.º 2 (2018): 41-54.
- TRIPOLONE, Gerardo. “Poderes militares y tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional”. En *Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994. A 25 años*, editado por Mauro BENENTE, 207-231. Buenos Aires: UNPAZ, 2019.
- TRIPOLONE, Gerardo. “El Ejecutivo siempre gana. División de poderes y Fuerzas Armadas en Argentina”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 44 (2021): 257-289. doi: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2021.44.16166>.

Legislación y jurisprudencia

- CIDH. Informe 55/97. Caso 11.137, Juan Carlos Abella c. Argentina, 18 de noviembre de 1997, <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Informe%20N%C2%BA%2055-97%20%20Juan%20Carlos%20Abella%20v.%20Argentina.pdf>.
- CIDH. Informe Anual. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48, 31 de diciembre de 2015. <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/informeanual2015-cap4a-fuerza-es.pdf>.
- CIDH. Situación de los derechos humanos en Guatemala, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 208/17, 31 de diciembre de 2017. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Guatemala2017-es.pdf>.
- CIDH. Informe Anual 2019, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9, 24 de febrero de 2020, Cap. IV. B. Informe especial. <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2019/docs/LA2019cap4bVE-es.pdf>.
- CIDH. Inspección Comisión 05/2020 contra FFAA en seguridad interior. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/106.asp>.
- CIDH. *Protesta y derechos humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.22/19 (septiembre de 2019). <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>.
- CIDH. Situación de los derechos humanos en México, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, 31 de diciembre de 2015. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf>.
- CORTE IDH. Caso Neira Alegría y otros vs. Perú, Sentencia de 19 de enero de 1995, Fondo, Serie C, núm. 20. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf.
- CORTE IDH. Caso del Caracazo vs. Venezuela, Sentencia de 29 de agosto de 2002, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 95. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_95_esp.pdf.
- CORTE IDH. Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, Sentencia de 4 de julio de 2007, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 166. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_166_esp1.pdf.
- CORTE IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 220, párr. 87, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf.

José Reynel Cristancho Díaz* (Colombia)

Protesta social, derechos humanos y discurso de las “manzanas podridas” en Colombia

RESUMEN

El presente artículo analiza el contenido y alcance del derecho a la protesta social desde la perspectiva de los derechos humanos en la región interamericana. Para tal efecto, se examinan las restricciones que legítimamente se pueden imponer al ejercicio de este derecho en atención a los postulados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Igualmente, se hace hincapié en la situación colombiana frente a la protección y garantía de la protesta social, así como en la postura asumida por el Gobierno nacional ante los agentes estatales que vulneran los derechos de quienes participan en las manifestaciones. Todo esto con el propósito de poner de presente la desprotección en que se encuentran quienes deciden ejercer su derecho a la protesta social en el país.

Palabras clave: protesta social; democracia; derechos humanos.

Social protest, human rights and the discourse of “rotten apples” in Colombia

ABSTRACT

This article analyzes the content and scope of the right to social protest from the perspective of human rights in the inter-American region. For such purpose, it examines the restrictions that can legitimately be imposed on the exercise of this right in view of the postulates of the American Convention on Human Rights. Furthermore, it emphasizes the Colombian situation with regard to the protection and guarantee of social protest, as well as the posture assumed by the national government against state agents who violate the rights of those who participate in demonstrations. All

* Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad Diego Portales; diplomado en Políticas Públicas para las Víctimas y Construcción de Paz, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; abogado, Universidad del Cauca. jcristanchod@gmail.com / código orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4267-1289>.

of this is done for the purpose of highlighting the lack of legal protection for people who decide to exercise their right to social protest in the country.

Keywords: social protest; democracy; human rights.

Sozialer Protest, Menschenrechte und der Diskurs von den „faulen Äpfeln“ in Kolumbien

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag analysiert Gehalt und Geltungsbereich des Rechts auf sozialen Protest aus der Perspektive der Menschenrechte in der Region Amerika; dazu befasst er sich auch mit den Beschränkungen, denen die Ausübung dieses Rechts nach Maßgabe der Postulate der Amerikanischen Menschenrechtskonvention legitimerweise unterworfen werden kann. Weiterhin wird auf die Lage in Kolumbien hinsichtlich des Schutzes und der Gewährleistung von sozialen Protesten sowie auf die Haltung der kolumbianischen Regierung gegenüber staatlichen Akteuren eingegangen, die für die Verletzung der Rechte von Demonstrierenden verantwortlich sind. Damit soll auf die Gefährdung von Personen aufmerksam gemacht werden, die sich dazu entschließen, von ihrem Recht auf Protest Gebrauch zu machen.

Schlagwörter: Sozialer Protest; Demokratie; Menschenrechte.

Introducción

La democracia, como mecanismo para la adopción de decisiones colectivas,¹ se ha fortalecido en la región interamericana gracias a los procesos de consolidación del Estado de derecho.² Esto, sumado a la aprobación de la Carta Democrática Interamericana, ha llevado a que el ejercicio efectivo de la democracia se erija como una obligación jurídica internacional para los Estados americanos.³

Ahora bien, la participación de las personas en el ejercicio del poder tiende a realizarse de manera indirecta, a través de la democracia representativa⁴ (pilar del sistema interamericano de derechos humanos⁵), pero también directa, mediante la

¹ Luigi Ferrajoli, "Sobre la definición de 'democracia'. Una discusión con Michel Agamben", *Isonomía*, n.º 19 (2003): 227.

² CIDH, *Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos* (Washington: OEA, 2019), 19.

³ Corte IDH, Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela, Sentencia de 8 de febrero de 2018, párr. 114.

⁴ Karla Rodríguez Burgos, "Democracia y tipos de democracia", en *Ciencia política: perspectiva multidisciplinaria*, ed. por Xóchitl A. Arango Morales & Abraham A. Hernández Paz (México, D. F.: Tirant lo Blanch, 2015), 50.

⁵ Corte IDH, Caso Petro Urrego vs. Colombia, Sentencia de 8 de julio de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 406, párr. 90.

democracia participativa.⁶ No obstante, estos no son los únicos medios utilizados por los individuos para intervenir en aspectos políticos, pues la política de la disrupción se ha convertido en una vía menos tradicional para hacerlo.⁷ Esta se caracteriza por aglutinar esfuerzos coordinados en favor de intereses o programas en común⁸ y por ser una de las formas escogidas por la sociedad con el propósito de hacer reclamos legítimos, generando, a su vez, roturas e interrupciones bruscas en la cotidianidad.⁹

En este sentido, la política de la disrupción es asimilable a la denominada protesta social, al ser esta entendida como “el conjunto de acciones sociales colectivas que expresan intencionalmente demandas o presionan soluciones ante el Estado, las entidades privadas o los individuos”.¹⁰ Sin embargo, la protesta social no se limita a las manifestaciones públicas, sino que se extiende a las demás estrategias de las que hacen uso los movimientos sociales para que determinado asunto sea centro de discusión pública.¹¹ No son pocos los casos en que la protesta social ha logrado influir en la adopción y ejecución de determinadas políticas públicas, independientemente de la etapa en que se encuentren.¹²

Por otro lado, problemas estructurales, como la pobreza y la desigualdad, caracterizados por ser el común denominador en varios de los Estados de la región,¹³ han contribuido a que la protesta social se haya generalizado de manera reciente. Así, la capacidad de los Estados para cumplir las demandas de sus ciudadanos,¹⁴ al igual que la intervención de este tipo de movilizaciones por autoridades oficiales,¹⁵ se han consolidado como puntos de discusión actual. Después de todo, la protesta social

⁶ José de Jesús Orozco Henríquez, *Justicia electoral comparada de América Latina* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2019), 10.

⁷ Sebastián Lalinde Ordóñez, *Elogio a la bulla. Protesta y democracia en Colombia* (Bogotá, D. C.: Dejusticia, 2019), 21.

⁸ Charles Tilly y Sidney Tarrow, *Contentious politics* (New York: Oxford University Press, 2015), 8.

⁹ Lalinde, *Elogio a la bulla...*, 22.

¹⁰ Mauricio Archila, “Vida, pasión y... de los movimientos sociales en Colombia”, en *Movimientos sociales, Estado y democracia en Colombia*. Ed. por Mauricio Archila & Mauricio Pardo (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001), 18.

¹¹ Federico M. Rossi, “Conceptualizing Strategy Making in a Historical and Collective Perspective”, en *Social Movement Dynamics. New Perspectives on Theory and Research from Latin America*. Ed. por Federico M. Rossi y Marisa von Bülow (New York: Ashgate Publishing, 2015), 37-38.

¹² James M. Jasper, *Protest. A Cultural Introduction to Social Movements* (Cambridge: Polity Press, 2014), 77.

¹³ Fernando Calderón Gutiérrez, *La protesta social en América Latina* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S. A., 2012), 112.

¹⁴ Rodrigo Cuevas Ossandón y Cristóbal Villalobos Dintrans, “Disposición de los latinoamericanos hacia la protesta. Un análisis exploratorio a partir de Latinobarómetro 2015”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 8, n.º 2 (2017): 189.

¹⁵ CIDH, *Protesta y derechos humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*, 39, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/

se caracteriza por estar expuesta a represiones sistemáticas, violentas y arbitrarias.¹⁶ En este sentido, el presente artículo tiene como propósito ahondar en las particularidades de la protesta social como derecho, explicando sus límites y contrastando la información teórica con lo que ocurre en la práctica en el Estado colombiano.

1. La protesta social como derecho humano

Es evidente que se está ante un derecho que no está consagrado expresamente en los tratados internacionales de derechos humanos, pero esto no quiere decir que no se encuentre implícito en varios de los derechos enlistados en dichos compendios normativos.¹⁷ Concretamente, la protesta social se constituye en un medio importante para ejercer los derechos a la libertad de reunión y asociación, a la libertad de expresión y a participar en la dirección de los asuntos públicos,¹⁸ entre los cuales existe una relación de vital importancia en marco del juego democrático.¹⁹ Asimismo, se ha dejado claro que su ejercicio conjunto, en situaciones de ruptura institucional y con el fin de protestar en favor de la democracia ante los poderes estatales, tiene que contar con la máxima protección posible.²⁰

Ahora bien, el que la protesta social se encuentre inmersa en otros derechos humanos no implica que se niegue su autonomía como un derecho de esta misma naturaleza. El derecho a la verdad, por ejemplo, tampoco está consagrado expresamente en tratados de derechos humanos, pero su abordaje ha tenido una interesante evolución en la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. Inicialmente, se consideraba que estaba subsumido en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en relación con la

RELE/INF.22/19 (septiembre de 2019), <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>.

¹⁶ Hank Johnston y Cole Carnesecca, "Fear Management in Contemporary Anti-Authoritarian Oppositions", en *From Silence to Protest. International Perspectives on Weakly Resourced Groups*, ed. por Didier Chabanet y Frédéric Royall (Burlington: Ashgate Publishing Company, 2014), 214.

¹⁷ E. Raúl Zaffaroni, "Derecho penal y protesta social", en *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?*, comp. por Eduardo Bertoní (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010), 5.

¹⁸ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *La promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas*, A/HRC/RES/38/11, 16 de julio de 2018, num. 2.

¹⁹ Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 6 de agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 184, párr. 140.

²⁰ Corte IDH, Caso López Lone y otros vs. Honduras, Sentencia de 5 de octubre de 2015, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 302, párr. 160.

investigación y el juzgamiento de violaciones de derechos humanos,²¹ así como en el artículo 13 de este tratado internacional respecto del acceso a la información;²² no obstante, de manera reciente se ha afirmado que se trata de un derecho autónomo,²³ pues posee una naturaleza amplia y, de acuerdo con el contexto, su vulneración puede tener como consecuencia la afectación de otros derechos contenidos en la CADH.²⁴

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que, en atención a las particularidades y motivaciones de la protesta social, pueden encontrarse más derechos humanos inmersos en ella; los más usuales son la libertad sindical y el derecho de huelga, los derechos económicos, sociales y culturales, así como el derecho a la igualdad y no discriminación.²⁵ Igualmente, de acuerdo con la respuesta de los agentes estatales ante la protesta social, es posible que sus participantes sean víctimas de detenciones arbitrarias, persecución y criminalización a través de procesos penales, bajo cargos infundados o desproporcionados,²⁶ al igual que de tortura y malos tratos, ejecuciones extrajudiciales y desaparición forzada.²⁷

Por otro lado, las políticas y acciones discriminatorias a las que se ven enfrentados los sectores más empobrecidos de nuestro hemisferio tienen como consecuencia un acceso incipiente a la información referente a la ejecución y planificación de las medidas que afectan su vida diaria,²⁸ lo que, aunado a la existencia de marcos institucionales que no favorecen la participación e imponen barreras a formas más tradicionales de comunicación de masas,²⁹ genera que la protesta social se erija como el único medio al alcance de estos grupos para lograr que sus opiniones y demandas sean escuchadas y valoradas.³⁰ En este contexto, la protesta social se

²¹ Corte IDH, Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, Sentencia de 27 de febrero de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 240, párr. 263.

²² Corte IDH, Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") v. Brasil, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 219, párrs. 201-211.

²³ Corte IDH, Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 341, párr. 220.

²⁴ Corte IDH, Caso Omeara Carrascal y otros vs. Colombia, Sentencia de 21 de noviembre de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 368, párr. 256.

²⁵ CIDH, *Protesta...*, 13-14.

²⁶ CIDH, *Personas privadas de la libertad en Nicaragua en el contexto de la crisis de derechos humanos iniciada el 18 de abril de 2018*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 287, 5 de octubre de 2020, 23-25.

²⁷ CIDH, *Protesta...*, 14.

²⁸ CIDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005. Volumen III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II.124. Doc 7, 27 de febrero de 2006, 129.

²⁹ CIDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008. Volumen III. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 5 rev. 1, 25 de febrero de 2009, 209.

³⁰ CIDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2011. Volumen II. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69. 30 de diciembre de 2011, 384.

consolida como un medio de comunicación no solo con el Estado, sino, a su vez, con otros interlocutores que cuentan con poder en la sociedad, dentro de los que se destacan las empresas, las instituciones culturales, educativas y religiosas e incluso la opinión pública en general.³¹

En este orden, la protesta social tiene una naturaleza amplia, no solo por los derechos que se ven involucrados en su ejercicio y limitación, sino también por su capacidad de contribuir de manera positiva al desarrollo, el fortalecimiento y la efectividad del sistema democrático,³² así como en el pleno disfrute de los derechos más esenciales para la persona,³³ por lo que nada impide que, al igual que se ha hecho con el derecho a la verdad, se catalogue a la protesta social como un derecho humano autónomo.

2. Los límites del derecho a la protesta social

El derecho a la protesta social ha cobrado una especial importancia en la región,³⁴ pero esto no implica que se trate de un derecho de carácter absoluto, dado que puede estar sujeto a restricciones.³⁵ Aun así, los Estados se encuentran sujetos a un marco estricto para justificar una limitación al ejercicio de este derecho, debido al interés social imperativo que reviste.³⁶ No en vano se ha hecho hincapié en que su garantía debe ser considerada la regla general, mientras que su limitación debe ser la excepción,³⁷ evento en el cual es necesario que la restricción se ajuste a los estándares y normas internacionales de derechos humanos.³⁸

³¹ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe conjunto del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación y el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias acerca de la gestión adecuada de las manifestaciones*, A/HRC/31/66, 4 de febrero de 2016, párr. 6.

³² Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *La promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas*, A/HRC/RES/25/38, 11 de abril de 2014, 2.

³³ CIDH, *Protesta...*, 7.

³⁴ Kenneth M. Roberts, "Chilean Social Movements and Party Politics in Comparative Perspective: Conceptualizing Latin America's 'Third Generation' of Anti-Neoliberal Protest", en *Social Movements in Chile. Organization, Trajectories and Political Consequences*, ed. por Sofía Donoso y Marisa von Bülow (New York: Palgrave Macmillan, 2017), 226-241.

³⁵ Jaime Bassa Mercado y Daniel Mondaca Garay, "Protesta social y derecho: una tensión irresoluble", *Izquierdas*, n.º 46 (2019): 111.

³⁶ CIDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 5. 7 de marzo de 2011, 273.

³⁷ CIDH, *Protesta...*, 16.

³⁸ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación*, A/HRC/23/39, 24 de abril de 2013, párr. 81.b).

En este sentido, el primer requisito que se debe satisfacer es que la restricción se encuentre contemplada previamente en la ley, descrita de manera clara y precisa, con el fin de proveer seguridad jurídica a los ciudadanos respecto del ejercicio de sus derechos,³⁹ pues las normas vagas o ambiguas facilitan que las autoridades adopten facultades discrecionales muy amplias e incompatibles con la CADH.⁴⁰ De acuerdo con el segundo requisito, las limitaciones que se contemplen en la ley deben perseguir una finalidad legítima y, a su vez, considerarse como necesarias en una sociedad democrática,⁴¹ lo que implica que toda restricción que se imponga en esta materia no debe ir más allá de lo estrictamente indispensable.⁴² Finalmente, como todo derecho humano, su limitación debe ser proporcional al fin legítimo que persiga y ajustarse a la consecución del mismo; así, el sacrificio inherente a la restricción no resultaría exagerado o desmedido frente a las ventajas obtenidas a través de la limitación.⁴³

Ahora bien, al analizar la CADH se advierte que los derechos que convergen en la protesta social tienen en común que pueden ser objeto de restricciones en interés de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública. En atención a esto, a continuación se procede a ahondar en estos conceptos.

2.1. La seguridad nacional

Las legislaciones nacionales en la región interamericana concuerdan en una definición ambigua de la seguridad nacional,⁴⁴ pero su conceptualización suele sustentarse, principalmente, en las amenazas que enfrenta el Estado en materia de seguridad y las políticas públicas de defensa, lo que dificulta que se hallen acuerdos relacionados con los contornos de la definición de esta acepción.⁴⁵ A esto se suma que, en diversos Estados de la región, la seguridad nacional ha sido utilizada como justificación en múltiples casos de violación de derechos humanos, dado que los representantes del gobierno suelen igualar sus intereses con los del Estado, por lo que es común

³⁹ CIDH, *Protesta* ..., 17.

⁴⁰ CIDH, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF. 2/09, 30 de diciembre de 2009, 25.

⁴¹ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator*, párr. 47.

⁴² Corte IDH, *Caso Urrutia Laubreaux vs. Chile*, Sentencia de 27 de agosto de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 409, párr. 85.

⁴³ Corte IDH, *Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela*, Sentencia de 30 de agosto de 2019, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 380, párr. 108.

⁴⁴ CIDH, *Derecho a la información y seguridad nacional*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.24/20, julio de 2020, 7.

⁴⁵ Eduardo Bertoni et al., *Seguridad nacional y acceso a la información en América Latina: estado de situación y desafíos* (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2012), <https://www.palermo.edu/cele/pdf/NS-AI.pdf>.

que no logren distinguir entre la seguridad del Estado y la seguridad de su propio gobierno o partido político.⁴⁶

Esto no quiere decir que la seguridad nacional deje de ser considerada una finalidad legítima en la limitación del derecho a la protesta social. No en vano existen situaciones en las que la amenaza a la seguridad de una nación puede llegar a alcanzar proporciones que exijan restringir, temporalmente, el ejercicio de determinados derechos humanos.⁴⁷ Así, la limitación de este tipo de derechos, invocando la seguridad nacional, puede efectuarse con el propósito de proteger la existencia de la nación, su integridad territorial o su independencia política ante la fuerza, o la amenaza de esta, siempre que no se trate de circunstancias netamente locales o relativamente aisladas contra el orden público.⁴⁸

En este orden, la limitación del derecho a la protesta social, persiguiendo esta finalidad legítima, es procedente frente a casos realmente excepcionales y se constituye en una medida de protección a quienes tengan la intención de participar en movilizaciones dentro de un contexto semejante al de un conflicto armado, internacional o interno generalizado, que dificulte ostensiblemente garantizar su seguridad. Por otro lado, la restricción se tornaría ilegítima cuando se alegue que la protesta en sí misma sea la que atente contra la seguridad nacional, pues implicaría que el ejercicio de un derecho humano se constituye en una amenaza para el Estado.

2.2. El orden público

El orden público hace alusión a las condiciones que aseguran un funcionamiento armónico y uniforme de las instituciones, sustentadas en un sistema coherente de valores y principios,⁴⁹ por lo que le corresponde al Estado mantener estas condiciones dentro de su territorio.⁵⁰ En el marco de una sociedad democrática, el orden público reclama que se garanticen las mayores posibilidades de circulación de ideas y opiniones, al igual que el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad;⁵¹

⁴⁶ Viviana Krsticevic *et al.*, "Libertad de expresión y seguridad nacional en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos", en *Estudios Básicos de Derechos Humanos X*, ed. por Javier Mariezcurrena (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000), 80.

⁴⁷ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*, OEA/Ser.L/V/II.49. Doc. 19, 11 de abril de 1980, cap. I.E.b).

⁴⁸ Economic and Social Council, *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, E/CN.4/1985/4 Annex, 28 de septiembre de 1984, párrs. 29-30.

⁴⁹ Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva de 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5, párr. 64.

⁵⁰ Corte IDH, Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú, Sentencia de 17 de abril de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 292, párr. 262.

⁵¹ Corte IDH, La Colegiación, cit., párr. 69.

de ahí que el uso de esta noción para suprimir, desnaturalizar o privar de contenido real derechos humanos sea reprochable.⁵²

Ahora bien, se reconoce que en el marco de una protesta social pueden presentarse hechos que generan molestia e incluso daños que impactan de manera negativa la normal convivencia de la ciudadanía.⁵³ Esto puede ocasionar que los afectados por este tipo de eventos demanden del Gobierno una fuerte represión contra quienes protestan;⁵⁴ empero, el carácter pacífico de una manifestación no debe negarse en función de las acciones de algunas personas,⁵⁵ pues quienes cometen actos de violencia pueden ser aislados de los demás manifestantes, respetando y garantizando sus derechos.⁵⁶ Así, los agentes estatales no pueden ejercer, de manera ilimitada, el poder a su alcance en procura de mantener el orden público, sin importar la gravedad de ciertos hechos y de la culpabilidad de sus autores.⁵⁷

Es cierto que los Estados cuentan con determinado grado de discreción al evaluar el riesgo para el orden público, pero esta facultad no carece de condiciones, pues también le corresponde al Estado demostrar que hizo uso de las medidas estrictamente necesarias y proporcionales a efectos de controlar el riesgo percibido, sin que se haya ocasionado una restricción o vulneración del derecho a la protesta social de quienes se movilizan en tranquilidad.⁵⁸ A pesar de esto, no puede negarse que el incorrecto proceder de los agentes estatales, en su interacción con quienes se supone deben proteger, representa una de las principales amenazas a derechos protegidos por la CADH.⁵⁹ Son muchos los casos en los que las fuerzas de seguridad del Estado intervienen las protestas haciendo uso de diversas armas que, en atención a sus características y modo de empleo, han ocasionado lesiones graves e incluso mortales a manifestantes.⁶⁰

⁵² Corte IDH, Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 370, párr. 178.

⁵³ Daniela Salazar Marín, “El derecho a la protesta social en Ecuador. La criminalización de los manifestantes persiste pese a las amnistías”, en *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?*, comp. por Eduardo Bertoni (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010), 102.

⁵⁴ Nicolás M. Somma y Rodrigo Medel, “Shifting Relationships Between Social Movements and Institutional Politics”, en *Social Movements in Chile. Organization, Trajectories and Political Consequences*, ed. por Sofia Donoso y Marisa von Bülow (New York: Palgrave Macmillan, 2017), 49.

⁵⁵ CIDH, *Protesta...*, 34.

⁵⁶ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe conjunto*, cit., párrs. 9 y 61.

⁵⁷ Corte IDH, Caso Díaz Loreto y otros vs. Venezuela, Sentencia de 19 de noviembre de 2019, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 392, párr. 63.

⁵⁸ Corte IDH, Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 371, párr. 167.

⁵⁹ Corte IDH, Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina, Sentencia de 01 de septiembre de 2020, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 411, párr. 64.

⁶⁰ Lalinde, *Elogio a la bulla...*, 79-84.

Con todo, invocar el orden público como finalidad legítima para restringir el derecho a la protesta social obliga al Estado a demostrar que tal limitación no surge de un interés político o gubernamental,⁶¹ pues de ser así se afectaría la identidad democrática del Estado, al ubicar a quienes protestan en la dialéctica amigo-enemigo.⁶² Al respecto, se recalca que el derecho objeto de protección es el de la protesta pacífica.⁶³ Esto implica que su ejercicio, bajo los parámetros del derecho internacional de los derechos humanos, no afectaría el orden público y, por lo tanto, no podría ser objeto de limitaciones bajo esta finalidad legítima.

2.3. La salud pública

La salud ya no es un aspecto que compete exclusivamente a la medicina y que solo involucra al individuo, pues se trata de un fenómeno multicausal y multidimensional relacionado, a su vez, con la biología, la psicología, la economía y la política.⁶⁴ La salud pública, por su parte, es una acción colectiva, del Estado y la sociedad civil, encaminada a proteger y mejorar la salud de las personas,⁶⁵ evaluando y estudiando su situación de vida, los determinantes sociales y otros elementos que hacen parte de la salud en una dimensión holística.⁶⁶

Concretamente, la salud pública puede entrar en conflicto con los derechos humanos cuando, atendiendo al bien común, ciertas políticas o programas restringen determinadas garantías individuales.⁶⁷ Usualmente, estas limitaciones están dirigidas a impedir la ocurrencia o propagación de enfermedades o lesiones, eventos en los que se deben tener en cuenta las normas sanitarias internacionales de la Organización Mundial de la Salud.⁶⁸ Asimismo, la restricción debe corresponder a la solución menos restrictiva entre las diferentes alternativas previstas, tener una

⁶¹ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe conjunto*, cit., párr. 31.

⁶² Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Radicación 11001-22-03-000-2019-02527-02, Sentencia de 22 de septiembre de 2020, 112.

⁶³ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Medidas efectivas y mejores prácticas para asegurar la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas*, A/HRC/22/28, 21 de enero de 2013, párr. 10.

⁶⁴ Gustavo Alcántara Moreno, "La definición de salud de la Organización Mundial de la Salud y la interdisciplinariedad", *Sapiens* 9, n.º 1 (2008): 105.

⁶⁵ Ernesto Báscolo, "Capítulo introductorio: Las funciones esenciales de salud pública y su debate en el contexto del sistema de salud en Argentina", en *Funciones esenciales de salud pública: su implementación en Argentina y desafíos hacia salud universal* (Buenos Aires: Organización Panamericana de la Salud, 2017), 8.

⁶⁶ Julio Sarmiento Machado, "Algunas visiones sobre la disciplina, práctica y concepto de la salud pública", *Revista Chilena de Salud Pública* 17, n.º 2 (2013): 158.

⁶⁷ Héctor Fernández Varela Mejía y Gabriel E. Sotelo Monroy, "Los derechos humanos y la salud pública", *Revista de la Facultad de Medicina UNAM* 43, n.º 6 (2013): 240.

⁶⁸ Economic and Social Council, *Siracusa*, párrs. 25-26.

duración limitada y estar sujeta a revisión.⁶⁹ Un ejemplo pudo observarse en 2020, a propósito de la pandemia declarada con ocasión del virus del covid-19, pues inicialmente, al desconocerse el comportamiento del virus, muchos Estados optaron por imponer restricciones a las manifestaciones públicas, pero eventualmente se evidenció que con la debida protección y el cumplimiento de ciertos protocolos es posible el ejercicio del derecho a la protesta social, lo cual refuerza los estándares de temporalidad y revisión señalados frente a las restricciones que invoquen la salud pública como finalidad legítima.

2.4. La moral pública

Las exigencias de la moral varían de acuerdo con la época y el lugar analizados, especialmente en tiempos modernos, cuando el común denominador es la amplia evolución de opiniones en la materia.⁷⁰ En atención a esto, los Estados podrían, en principio, definir de manera más concreta el contenido exacto de las exigencias morales en el país, por su contacto directo y continuo con la realidad interna.⁷¹ A pesar de esto, uno de los elementos que inciden de manera directa en esta definición es la religión, dado que las exigencias morales suelen analizarse, con mayor frecuencia, frente a aspectos como la obscenidad, la blasfemia, el aborto, el uso de símbolos religiosos en lugares públicos, la igualdad de miembros de la comunidad LGBTIQ, entre otros.⁷²

Bajo estas consideraciones, el uso de la moral pública como límite para el ejercicio de un derecho exige extrema cautela para evitar que, a partir de un concepto ético juridificado, se restrinja injustificadamente un derecho fundamental o una libertad pública que tenga un valor central en el ordenamiento jurídico.⁷³ En este sentido, debe recordarse que en el marco de la protesta social se expresan mensajes que pueden ser ofensivos, chocantes o perturbadores para el Estado o algún sector de la población,⁷⁴ pero, al ser acciones que solo pueden ser objeto de sanciones posteriores, no deben ser utilizadas como justificantes para restringir una manifestación,⁷⁵ siempre que no se esté difundiendo un discurso expresamente prohibido por el

⁶⁹ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, *Observación general n.º 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 29.

⁷⁰ TEDH, Caso Müller y otros v. Suiza, Sentencia de 24 de mayo de 1988, párr. 35.

⁷¹ TEDH, Caso A, B y C v. Irlanda, Sentencia de 16 de diciembre de 2010, párr. 223.

⁷² TEDH, Caso Correia de Matos v. Portugal, Opinión disidente de Albuquerque, P. y Sajó, A. de 4 de abril de 2018, párr. 8.a.

⁷³ Carmen de la Montaña Franco, “La moralidad pública como límite a la libertad de expresión”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º XI (1994): 292.

⁷⁴ CIDH, *Protesta...*, 29.

⁷⁵ Lalinde, *Elogio a la bulla...*, 50.

derecho internacional.⁷⁶ Así las cosas, el margen de apreciación con que cuentan los Estados para restringir el derecho a la protesta social, haciendo uso de esta finalidad legítima, es reducido, aspecto de vital importancia en Latinoamérica, dada la tendencia conservadora de muchas de sus sociedades.

3. El derecho a la protesta social en Colombia

Durante la segunda mitad del siglo XX, Colombia se caracterizó por ser un Estado donde la garantía plena, universal y permanente de los derechos humanos de los ciudadanos era la excepción, pues el estado de sitio se consolidó como la regla general en el ordenamiento jurídico del país.⁷⁷ La Constitución Política de 1991 implicó un cambio drástico en materia jurídica en diversas esferas; una de ellas fue el reconocimiento y la protección de derechos fundamentales. Uno de estos, consagrado en el artículo 37 de la Carta, es el derecho a la manifestación pública, cuya relevancia en la Constitución es notoria debido a su relación intrínseca con principios fundantes del Estado social de derecho, como la democracia deliberativa y la solidaridad (arts. 1 y 2), al igual que con otros derechos de carácter fundamental, como la libertad de expresión (art. 20), el derecho de petición (art. 23), la libertad de asociación (art. 38) y el derecho a participar en el control del poder político (art. 40).⁷⁸

Pese a su relevancia constitucional, la protesta social se ha visto seriamente afectada en el país, pues la existencia de un conflicto armado interno ha favorecido la configuración de formas de criminalización de la protesta sustentadas en el señalamiento público de infiltraciones de grupos armados ilegales en las movilizaciones sociales.⁷⁹ Igualmente, de manera reciente se ha observado un aumento considerable en la represión de la protesta social en Colombia, obedecido, en gran medida, a la militarización de la fuerza policial con ocasión de las políticas de contrainsurgencia, caracterizadas por tener una fuerte inclinación represiva, sustentada en un uso intensivo de la fuerza.⁸⁰

⁷⁶ El artículo 13.5 de la CADH establece que está prohibida “toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

⁷⁷ Miguel Antonio Morón Campos, “Movimientos sociales, nueva razón de estado y la estigmatización de la protesta social en Colombia”, *Jurídicas* 11, n.º 1 (2015): 321.

⁷⁸ Lalinde, *Elogio a la bulla...*, 24.

⁷⁹ Rodrigo Uprimny y Luz María Sánchez Duque, “Derecho penal y protesta social”, en *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?*, comp. por Eduardo Bertoni (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010), 50.

⁸⁰ Edwin Cruz Rodríguez, “El derecho a la protesta social en Colombia”, *Pensamiento Jurídico*, n.º 42 (2015): 60.

Por otro lado, la legislación interna comprende algunos tipos penales que han sido considerados riesgosos para la protesta social tanto en tiempos ordinarios (asonada, terrorismo, violación de la libertad de trabajo, perturbación del transporte colectivo u oficial, obstrucción de vías públicas que afecten el orden público) como en el marco del conflicto armado (rebelión, concierto para delinquir), dado que facilitan la apertura de procesos penales e incluso la imposición de sanciones de esa índole a quienes participen en las protestas en contra del Gobierno.⁸¹

En este contexto, las acepciones de seguridad nacional y orden público han servido como sustento para la consolidación de la teoría del enemigo interno, categoría asignada a las personas cuya ideología no se ajusta a los parámetros delineados por el Gobierno, que las considera y presenta a la sociedad como un peligro, en procura de generar una polarización en la sociedad que facilite la lucha en contra de ese enemigo.⁸² De ahí que, ante la magnitud del desafío público generado por el aumento de las demandas de la sociedad a través del ejercicio del derecho a la protesta social, el Gobierno nacional, sectores empresariales y algunos políticos hayan adoptado una visión complotista que, en lugar de reconocer la legitimidad de los reclamos, opta por promover y apoyar una campaña encaminada al endurecimiento de la respuesta estatal.⁸³

3.1. El discurso de las “manzanas podridas”

Si bien los excesos de la fuerza pública en el “control” de la protesta social han sido una constante en el país, las intervenciones durante las movilizaciones de 2020, realizadas en su mayoría por agentes de la Policía Nacional, tuvieron desenlaces fatales por el uso indebido de armas de fuego en situaciones que no lo requerían, siendo sus principales víctimas aquellas personas que hacían parte de las poblaciones más vulnerables y menos favorecidas económicamente.⁸⁴ A pesar de la gravedad de estos y otros hechos de violaciones de derechos humanos cometidos por policías en el marco de las movilizaciones, el Gobierno nacional ha insistido en que se trata de casos aislados,⁸⁵ acudiendo así al discurso de las

⁸¹ Rodrigo Uprimny y Luz María Sánchez Duque, *Derecho*, 51-71.

⁸² Juan Sebastián Silva Serna, “La seguridad nacional en Colombia: *réspice pollum*, militarización de lo civil y enemigo interno”, *Criterios* 2, n.º 2 (2009): 304-305.

⁸³ Víctor Becerra y Carlos Hoyos, “¿Violenta y desordenada? Análisis de los repertorios de la protesta social en Colombia”, *Análisis Político*, n.º 98 (2020): 187.

⁸⁴ Organización Mundial contra la Tortura y Coalición Colombiana contra la Tortura, *Protestas sociales y uso excesivo de la fuerza en Colombia: un análisis desde la lente de la prohibición de la tortura*, comp. por Karla del Pilar Trujillo (CCCT, 2020), 35.

⁸⁵ *El Espectador*, “La excusa de las ‘manzanas podridas’ ya no cabe más”, 13 de septiembre de 2020, <https://n9.cl/bc4de>.

“manzanas podridas”,⁸⁶ para indicar que por unos pocos uniformados no puede culparse a toda una institución.

No obstante, la tesis de las “manzanas podridas” se caracteriza por ser implementada para la negación de determinadas prácticas institucionales y comportamientos modelados que apoyan y refuerzan colectivamente resultados sistémicos.⁸⁷ Así, al no contar con una base sólida, lo que realmente se pretende con esta teoría es resistir una reforma estructural de las fuerzas policiales, que han desarrollado malos hábitos.⁸⁸

En este orden de ideas, vale la pena analizar la manera en que la policía interacciona con los ciudadanos en el país, no solo en la cotidianidad, sino también en el marco de la protesta social. En primer lugar, es necesario tomar en consideración que se trata de una institución que cuenta actualmente con un 64% de desaprobación.⁸⁹ Además, un estudio llevado a cabo en las principales ciudades del país evidenció que en los casos en que policías abordaban a las personas, independientemente del control llevado a cabo, la mitad de los ciudadanos consideraron haber sido tratados de forma irrespetuosa, mientras que un tercio estimó que sufrió una agresión.⁹⁰

Por otro lado, al analizar la manera en que se “controlan” las movilizaciones pacíficas, la Corte Suprema de Justicia concluyó que los integrantes de la fuerza pública, y en especial el Escuadrón Móvil Antidisturbios (Esmad), adoptan un comportamiento impulsivo que desconoce abiertamente sus propios manuales, al igual que principios y valores de rango constitucional y, lejos de ser aislado, es constante y refleja una permanente agresión en el marco de la protesta social.⁹¹ Aunado a esto, organizaciones civiles han puesto de presente que en las situaciones en que una persona resulta lesionada con ocasión del excesivo uso de la fuerza por parte de integrantes del Esmad, no se toma ninguna medida de seguridad en procura de proteger o ayudar a los heridos.⁹²

Las recientes movilizaciones en el país, en desarrollo del paro nacional, son una clara prueba de la agresividad con que los integrantes de la Policía Nacional intervienen la protesta social, pues, de acuerdo con la información recopilada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en poco más de un mes de protestas habrían ocurrido 4.687 casos de violencia policial, 28 fallecimientos en

⁸⁶ *Semana*, “¿Manzanas podridas o problema estructural? Fuerzas armadas, en la mira”, 10 de septiembre de 2020, <https://n9.cl/ghpli>.

⁸⁷ Carol Tator y Frances Henry, *Racial Profiling in Canada. Challenging the myth of ‘a few bad apples’* (Toronto: University of Toronto Press, 2006), 17.

⁸⁸ Tator y Henry, *Racial Profiling...*, 201.

⁸⁹ Infobae, “Pulso País: el 66% de los colombianos tiene una imagen desfavorable del Esmad”, 22 de junio de 2021, <https://n9.cl/fzeix>.

⁹⁰ Miguel Emilio La Rota Uprimny y Carolina Bernal Uribe, *Seguridad, policía y desigualdad. Encuesta ciudadana en Bogotá, Cali y Medellín* (Bogotá, D. C.: Dejusticia, 2013), 70.

⁹¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, cit., 100.

⁹² Temblores, *Silencio oficial. Un aturdido grito de justicia por los 20 años del Esmad* (Bogotá, D. C.: Temblores, 2019), 42.

los que estarían involucrados agentes policiales, 82 casos de personas con traumas oculares, 2.005 detenciones arbitrarias y 25 casos de violencia sexual cometidos, al parecer, por miembros de la fuerza pública.⁹³ La magnitud de estas cifras contrasta con los pronunciamientos efectuados por el Gobierno nacional, pues la postura oficial es que la protesta social en el país se protege, se respeta y se garantiza,⁹⁴ mientras que frente a la dimensión de la violencia policial se insiste en que no es un problema de la institución, sino de unos cuantos uniformados.⁹⁵

Finalmente, es necesario considerar que son múltiples los casos en que existe un registro fílmico de ataques y agresiones propinados por uniformados a ciudadanos desarmados, que no representan ninguna amenaza o riesgo real, y lo que se advierte, en muchos de estos casos, es que se trata de una conducta naturalizada en el interior de la institución. Esto se puede corroborar en la conducta desplegada por los policías que, a pesar de no participar en las agresiones físicas o verbales efectuadas por sus compañeros, no hacen nada para impedir que dichos comportamientos continúen o se intensifiquen. En este sentido, es claro que dentro de la institución hay una grave falencia en materia de comprensión y respeto de los derechos humanos, que implica no solo un evidente incumplimiento de los deberes que le asignan la Constitución y la ley, sino una falla en la formación de los uniformados.

3.2. Cuando la capacitación en derechos humanos no es suficiente

Toda violación de una obligación internacional en la que incurra un Estado, sea de carácter convencional o consuetudinario, tiene como consecuencia el surgimiento de una responsabilidad internacional por hecho ilícito,⁹⁶ frente a la cual surge, a su vez, la obligación de reparación.⁹⁷ Con esta se pretende que, además de reparaciones individuales, se puedan imponer órdenes con efectos generales en procura de evitar violaciones repetitivas de derechos humanos.⁹⁸ Este tipo de medidas se conoce como garantías de no repetición y buscan maximizar la función preventiva del derecho, por lo cual implican para el Estado un esfuerzo presente, futuro y

⁹³ CIDH, “Observaciones y recomendaciones” (Visita de trabajo a Colombia realizada del 8 al 10 de junio de 2021), 8-9.

⁹⁴ TRT, “Presidente de Colombia habla sobre ‘promotores del odio’ en instalación del Congreso”, 21 de julio de 2021, <https://n9.cl/mgzy4>.

⁹⁵ Inés Santaaulalia, “La violación de derechos no está institucionalizada en la policía”, *El País*, 15 de junio de 2021, <https://n9.cl/hoc3d>.

⁹⁶ Najman Alexander Aizenstatd Leistenschneider, “La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XII (2012): 15.

⁹⁷ James Crawford, “Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, *United Nations Audiovisual Library of International Law* (2009): 5.

⁹⁸ María Carmelina Londoño Lázaro y Mónica Hurtado, “Las garantías de no repetición en la práctica judicial interamericana y su potencial impacto en la creación del derecho nacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 149 (2017): 729.

constante de evitar la reproducción de aquellos hechos que ocasionaron la violación de los derechos humanos por las que fue hallado responsable.⁹⁹ Una medida de esta naturaleza consiste en la capacitación de funcionarios públicos en derechos humanos, la cual ha sido impuesta al Estado colombiano en 6 de los 24 casos en los que ha sido declarado internacionalmente responsable por violaciones de los derechos amparados por la CADH.

No puede afirmarse que el Estado no haya cumplido con esta obligación, pues el Ministerio de Defensa cuenta con una política estructurada y enfocada en el fortalecimiento de la educación y la cultura de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en la fuerza pública¹⁰⁰ y, en particular, la Policía Nacional tiene una oficina y un centro de pensamiento policial con este mismo enfoque. Sin embargo, es evidente que la eficacia de estas medidas no es la esperada por la ciudadanía, ni la pregonada desde el Gobierno, pues los abusos cometidos por los uniformados en el país no cesan.

En este sentido, más allá de la formación académica de los integrantes de la fuerza pública, la persistencia del abuso de autoridad por parte de los uniformados podría deberse más bien a la falta de sanción efectiva de este tipo de conductas. Al respecto, se ha puesto de presente la inoperancia de las oficinas internas de control disciplinario de la policía frente a este tipo de hechos, así como los obstáculos para acceder a la justicia, la inexistencia de un sistema unificado de información y las contradicciones en los reportes oficiales.¹⁰¹ Actualmente, se observa que violaciones de los derechos humanos cometidas por fuerzas de seguridad del Estado no son investigadas en profundidad, asumiendo como verdadera la versión inicial de los implicados, lo que ha ocasionado, en la práctica, un incentivo para los abusos.¹⁰²

3.3. El fuero penal militar y las violaciones de derechos humanos cometidas en el marco de la protesta social

El fuero penal militar con el que cuenta la Policía Nacional es, además de una prerrogativa especial de juzgamiento, una institución jurídica con una extensa tradición

⁹⁹ Jacqueline Sinay Pinacho Espinosa, *El derecho a la reparación del daño en el sistema interamericano* (Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2019), 56.

¹⁰⁰ Mindefensa, *Política integral de derechos humanos y derecho internacional humanitario 2017-2020* (2017), 68-74.

¹⁰¹ Catalina Lleras Cruz, "Abuso policial: autoritarismo en la arbitrariedad legal", en *Todos los deberes, pocos los derechos. Situación de derechos humanos de lesbianas, gay, bisexuales y transgeneristas en Colombia 2008-2009*, coord. por Marcela Sánchez Buitrago (Bogotá: Colombia Diversa, 2011), 63-64.

¹⁰² Centro de Investigación y Docencia Económicas, *Monitor del uso de la fuerza letal en América Latina: un estudio comparativo de Brasil, Colombia, El Salvador, México y Venezuela* (2019) (Aguascalientes: CIDE, 2019), 172-173.

en el constitucionalismo colombiano.¹⁰³ Aunque a nivel interno se considera que este fuero se justifica en la necesidad de contar con un régimen jurídico especial, ajustado a la especificidad de las funciones que la Constitución y la ley le han asignado a esta institución,¹⁰⁴ los estándares interamericanos de derechos humanos son claros en señalar que la jurisdicción penal militar debe ser restrictiva y excepcional,¹⁰⁵ por lo que su aplicación se limita únicamente a la protección de bienes jurídicos de carácter castrense.¹⁰⁶

Así, les asiste razón a quienes consideran que el fuero penal militar que establece la Constitución Política tiene serios problemas en lo que respecta al cumplimiento de los principios de independencia e imparcialidad, como elementos centrales del derecho al debido proceso,¹⁰⁷ pues los tribunales militares, en lugar de administrar justicia, son en realidad un mecanismo de disciplina que hace parte del Poder Ejecutivo y no del Judicial. Además, se ha reconocido la existencia de un claro riesgo de que actos extraños a la disciplina castrense puedan quedar en la impunidad cuando son juzgados por la justicia penal militar.¹⁰⁸ En lo que atañe a las violaciones de derechos humanos cometidas por uniformados en el marco de la protesta social, estudios han revelado que es posible caracterizar todos los homicidios perpetrados por el Esmad, usando la impunidad como categoría común, pues los procesos penales suelen dilatarse por conflictos de competencia entre las jurisdicciones ordinaria y penal militar.¹⁰⁹

Finalmente, se resalta el último pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la materia, en el cual reiteró que el juez natural es una garantía del debido proceso cuyo titular no es exclusivamente el investigado, sino también las víctimas, teniendo en cuenta que constató que se había realizado un análisis parcializado del material probatorio en procura de mantener el fuero penal militar. Así, al haber hallado dudas probatorias respecto del vínculo inmediato entre la actividad del servicio y el delito que se investigaba, la Corporación ordenó que el caso debía ser

¹⁰³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-372 de 13 de julio de 2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 101.

¹⁰⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-430 de 17 de septiembre de 2019, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo, 20.

¹⁰⁵ Corte IDH, Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, Sentencia de 14 de noviembre de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 287, párr. 442.

¹⁰⁶ Corte IDH, Caso Argüelles y otros vs. Argentina, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 288, párr. 148.

¹⁰⁷ Yecid Echeverry Enciso y Valentina Pardo Cuevas, “El fuero penal militar en Colombia y sus debates constitucionales”, *Memorias Forenses*, n.º 2 (2019): 24.

¹⁰⁸ María Cristina Bucheli Espinosa, “Fuero penal militar: una institución en crisis”, *Derecho y Realidad* 13, n.º 26 (2015): 25.

¹⁰⁹ Temblores, *Silencio...*, 57-59.

conocido por la justicia ordinaria.¹¹⁰ Como este, son muchos los casos en que, ante quejas y denuncias por violaciones de los derechos humanos en el marco de la protesta social cometidas por uniformados de la Policía Nacional, la justicia penal militar hace lo posible por mantener el fuero en favor de los agentes policiales, lo que afecta no solo a las víctimas y a sus familiares, sino también a la sociedad en general, pues, haciendo uso del derecho a la presunción de inocencia, hay quienes afirman que los casos de violencia policial se limitan exclusivamente a aquellos en los cuales los agentes han sido sancionados.

Conclusiones

Este artículo se ha centrado en la descripción de la protesta social como derecho humano en el sistema interamericano de derechos humanos y como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano. Es claro que se está ante un derecho de capital importancia para la democracia de la región, ejercido en múltiples oportunidades por diversos sectores para alzar su voz de descontento en contra de sus gobernantes. Empero, también ha quedado claro que no se trata de un derecho de carácter absoluto y que puede ser objeto de restricciones que persigan una finalidad legítima. No obstante, el control de la protesta social por parte de los gobiernos, a través de sus fuerzas de seguridad, se ha caracterizado por soslayar estándares internacionales, culminando en la materialización de graves violaciones de los derechos humanos de las personas que participan en las movilizaciones.

El caso de las autoridades colombianas no es ajeno a este tipo de prácticas reprochables, pero lo preocupante es el discurso mantenido por el Gobierno frente a las mismas, en el que disminuye su importancia al catalogarlas como casos aislados que en nada representan a las instituciones públicas. A pesar de esto, para muchos es claro que se está ante un problema estructural en la institucionalidad colombiana, pues el uso de la fuerza se ha convertido en la regla general, que ha llegado incluso a normalizar el abuso de la autoridad como una medida justa y proporcional para el control del orden público.

Así las cosas, día a día se hace más necesaria una reforma estructural de la Policía Nacional colombiana para que cumpla, en realidad, su función constitucional, que no es otra que el mantenimiento de las condiciones para el ejercicio de los derechos y las libertades públicas de todos los colombianos. Sin duda, uno de los elementos centrales de esta reforma deberá ser el concerniente a la investigación y sanción de las faltas, sean estas de naturaleza disciplinaria o penal, evaluando la posibilidad de retirar el fuero especial con el que cuentan y que sea la jurisdicción ordinaria la encargada de llevar a cabo las investigaciones a que haya lugar. Esto podría contribuir

¹¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-190 de 17 de junio de 2021, M. P. Diana Fajardo Rivera, 52.

a disminuir la impunidad de las graves violaciones de los derechos humanos que cometen en contra de los ciudadanos y, por lo tanto, a generar una mayor sensación de seguridad en las personas que decidan salir a las calles a exigir la protección y garantía de sus derechos a través del ejercicio de la protesta social.

Bibliografía

- AIZENSTATD LEISTENSCHNEIDER, Najman Alexander. “La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, n.º XII (2012): 3-23.
- ALCÁNTARA MORENO, Gustavo. “La definición de salud de la Organización Mundial de la Salud y la interdisciplinariedad”. *Sapiens* 9, n.º 1 (2008): 93-107.
- ARCHILA, Mauricio. “Vida, pasión y... de los movimientos sociales en Colombia”. En *Movimientos sociales, Estado y democracia en Colombia*, editado por Mauricio ARCHILA y Mauricio PARDO, 16-47. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- BÁSCOLO, Ernesto. “Capítulo introductorio: Las funciones esenciales de salud pública y su debate en el contexto del sistema de salud en Argentina”. En *Funciones Esenciales de Salud Pública: su implementación en Argentina y desafíos hacia salud universal*. Buenos Aires: Organización Panamericana de la Salud, 2017.
- BASSA MERCADO, Jaime y Daniel MONDACA GARAY. “Protesta social y derecho: una tensión irresoluble”. *Izquierdas*, n.º 46 (2019): 105-136.
- BECERRA, Víctor y Carlos HOYOS. “¿Violenta y desordenada? Análisis de los repertorios de la protesta social en Colombia”. *Análisis Político*, n.º 98 (2020): 167-190.
- BERTONI, Eduardo, Edison LANZA, Mariana MAS y Natalia TORRES. *Seguridad nacional y acceso a la información en América Latina: Estado de situación y desafíos*. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2012. <https://www.palermo.edu/cele/pdf/NS-AI.pdf>.
- BUCHELI ESPINOSA, María Cristina. “Fuero penal militar: una institución en crisis”. *Derecho y Realidad* 13, n.º 26 (2015): 13-32.
- CALDERÓN GUTIÉRREZ, Fernando. *La protesta social en América Latina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S. A., 2012.
- CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS. *Monitor del uso de la fuerza letal en América Latina: un estudio comparativo de Brasil, Colombia, El Salvador, México y Venezuela* (2019). Aguascalientes: CIDE, 2019.
- CRAWFORD, James. “Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”. *United Nations Audiovisual Library of International Law* (2009): 1-12. https://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_s.pdf.
- CRUZ RODRÍGUEZ, Edwin. “El derecho a la protesta social en Colombia”. *Pensamiento Jurídico*, n.º 42 (2015): 47-69.

- CUEVAS OSSANDÓN, Rodrigo y Cristóbal VILLALOBOS DINTRANS. "Disposición de los latinoamericanos hacia la protesta. Un análisis exploratorio a partir de Latinobarómetro 2015". *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 8, n.º 2 (2017): 187-211.
- DE LA MONTAÑA FRANCO, Carmen. "La moralidad pública como límite a la libertad de expresión". *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º XI (1994): 285-296.
- ECHEVERRY ENCISO, Yecid y Valentina PARDO CUEVAS. "El fuero penal militar en Colombia y sus debates constitucionales". *Memorias Forenses*, n.º 2 (2019): 9-27.
- EL ESPECTADOR. "La excusa de las 'manzanas podridas' ya no cabe más". 13 de septiembre de 2020. <https://n9.cl/bc4de>.
- FERNÁNDEZ VARELA MEJÍA, Héctor y Gabriel E. SOTELO MONROY. "Los derechos humanos y la salud pública". *Revista de la Facultad de Medicina UNAM* 43, n.º 6 (2013): 238-242.
- FERRAJOLI, Luigi. "Sobre la definición de 'democracia'. Una discusión con Michelagnelo Bovero", traducido por Nicolás Guzmán. *Isonomía*, n.º 19 (2003): 227-240.
- INFOBAE. "Pulso País: el 66% de los colombianos tiene una imagen desfavorable del Esmad". 22 de junio de 2021. <https://n9.cl/fzeix>.
- JASPER, James M. *Protest. A cultural Introduction to Social Movements*. Cambridge: Polity Press, 2014.
- JOHNSTON, Hank y Cole CARNESECCA. "Fear Management in Contemporary Anti-Authoritarian Oppositions". En *From Silence to Protest. International Perspectives on Weakly Resourced Groups*, editado por Didier CHABANET y Frédéric ROYALL, 213-230. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2014.
- KRSTICEVIC, Viviana, José Miguel VIVANCO, Juan E. MÉNDEZ y Drew PORTER. "Libertad de expresión y seguridad nacional en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos". En *Estudios Básicos de Derechos Humanos X*, editado por Javier MARIEZCURRENA, 77-118. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000.
- LALINDE ORDÓÑEZ, Sebastián. *Elogio a la bulla. Protesta y democracia en Colombia*. Bogotá, D. C.: Dejusticia, 2019.
- LA ROTA UPRIMNY, Miguel Emilio y Carolina BERNAL URIBE. *Seguridad, policía y desigualdad. Encuesta ciudadana en Bogotá, Cali y Medellín*. Bogotá, D. C.: Dejusticia, 2013.
- LLERAS CRUZ, Catalina. "Abuso policial: autoritarismo en la arbitrariedad legal". En *Todos los deberes, pocos los derechos. Situación de derechos humanos de lesbianas, gay, bisexuales y transgeneristas en Colombia 2008-2009*, coordinado por Marcela SÁNCHEZ BUITRAGO, 40-71. Bogotá: Colombia Diversa, 2011.
- LONDOÑO LÁZARO, María CARMELINA y Mónica HURTADO. "Las garantías de no repetición en la práctica judicial interamericana y su potencial impacto en la creación del derecho nacional". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 149 (2017): 725-775.

- MINDEFENSA. *Política integral de derechos humanos y derecho internacional humanitario 2017-2020* (2017). <https://n9.cl/1y8b>.
- MORÓN CAMPOS, Miguel Antonio. "Movimientos sociales, nueva razón de estado y la estigmatización de la protesta social en Colombia". *Jurídicas* 11, n.º 1 (2015): 311-326.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL CONTRA LA TORTURA Y COALICIÓN COLOMBIANA CONTRA LA TORTURA. *Protestas sociales y uso excesivo de la fuerza en Colombia: un análisis desde la lente de la prohibición de la tortura* (2020). <https://n9.cl/k72u1>.
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús. *Justicia electoral comparada de América Latina*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.
- PINACHO ESPINOSA, Jacqueline Sinay. *El derecho a la reparación del daño en el sistema interamericano*. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2019.
- ROBERTS, Kenneth M. "Chilean Social Movements and Party Politics in Comparative Perspective: Conceptualizing Latin America's 'Third Generation' of Anti-Neoliberal Protest". En *Social Movements in Chile. Organization, Trajectories and Political Consequences*, editado por Sofia DONOSO y Marisa VON BÜLOW, 221-247. New York: Palgrave Macmillan, 2017.
- RODRÍGUEZ BURGOS, Karla. "Democracia y tipos de democracia". En *Ciencia política: perspectiva multidisciplinaria*, editado por Xóchitl A. ARANGO MORALES y Abraham A. HERNÁNDEZ PAZ, 49-66. México, D. F.: Tirant lo Blanch, 2015.
- ROSSI, Federico M. "Conceptualizing Strategy Making in a Historical and Collective Perspective". En *Social Movement Dynamics. New Perspectives on Theory and Research from Latin America*, editado por Federico M. ROSSI y Marisa VON BÜLOW, 15-41. New York: Ashgate Publishing, 2015.
- SALAZAR MARÍN, Daniela. "El derecho a la protesta social en Ecuador. La criminalización de los manifestantes persiste pese a las amnistías". En *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?*, compilado por Eduardo BERTONI, 101-143. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010.
- SANTAEULALIA, Inés. "La violación de derechos no está institucionalizada en la policía". *El País*, 15 de junio de 2021. <https://n9.cl/hoc3d>.
- SARMIENTO MACHADO, Julio. "Algunas visiones sobre la disciplina, práctica y concepto de la salud pública". *Revista Chilena de Salud Pública* 17, n.º 2 (2013): 151-161.
- SEMANA. "¿Manzanas podridas o problema estructural? Fuerzas armadas, en la mira". 10 de septiembre de 2020. <https://n9.cl/ghpli>.
- SILVA SERNA, Juan Sebastián. "La seguridad nacional en Colombia: *respice pollum*, militarización de lo civil y enemigo interno". *Criterios* 2, n.º 2 (2009): 282-312.
- SOMMA, Nicolás M. y Rodrigo MEDEL. "Shifting Relationships Between Social Movements and Institutional Politics". En *Social Movements in Chile. Organization, Trajectories and Political Consequences*, editado por Sofia DONOSO y Marisa VON BÜLOW, 29-61. New York: Palgrave Macmillan, 2017.

- TATOR, Carol y Frances HENRY. *Racial Profiling in Canada. Challenging the myth of 'a few bad apples'*. Toronto: University of Toronto Press Incorporated, 2006.
- TEMBLORES, *Silencio oficial. Un aturrido grito de justicia por los 20 años del Esmad*. Bogotá, D. C.: Temblores, 2019.
- TILLY, Charles y Sidney TARROW. *Contentious politics* (Second edition). New York: Oxford University Press, 2015.
- TRT. "Presidente de Colombia habla sobre 'promotores del odio' en instalación del Congreso", 21 de julio de 2021. <https://n9.cl/mgzy4>.
- UPRIMNY, Rodrigo y Luz María SÁNCHEZ DUQUE. "Derecho penal y protesta social". En *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?*, compilado por Eduardo BERTONI, 47-74. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010.
- ZAFFARONI, E. Raúl. "Derecho penal y protesta social". En *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?*, compilado por Eduardo BERTONI, 1-15. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010.

Legislación y jurisprudencia

- CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*. OEA/Ser.L/V/II.49. Doc. 19, 11 de abril de 1980. <https://n9.cl/sbeytn>.
- CIDH. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005. Volumen III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión*. OEA/Ser.L/V/II.124. Doc 7, 27 de febrero de 2006.
- CIDH. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008. Volumen III. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 5, rev. 1, 25 de febrero de 2009.
- CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF. 2/09, 30 de diciembre de 2009.
- CIDH. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 5. 7 de marzo de 2011.
- CIDH. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2011. Volumen II. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69. 30 de diciembre de 2011.
- CIDH. *Protesta y derechos humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*, 39. OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.22/19 (septiembre de 2019), <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>.
- CIDH. *Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos*. Washington: OEA, 2019.
- CIDH. *Derecho a la información y seguridad nacional*. OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.24/20, julio de 2020.
- CIDH. *Personas privadas de la libertad en Nicaragua en el contexto de la crisis de derechos humanos iniciada el 18 de abril de 2018*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 287, 5 de octubre de 2020.

- CIDH. “Observaciones y recomendaciones”. Visita de trabajo a Colombia realizada del 8 al 10 de junio de 2021.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-372 de 13 de julio de 2016. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-430 de 17 de septiembre de 2019. M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-190 de 17 de junio de 2021. M. P. Diana Fajardo Rivera.
- CORTE IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5.
- CORTE IDH. Caso Castañeda Gutman *vs.* México, Sentencia de 6 de agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 184.
- CORTE IDH. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) *vs.* Brasil, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 219.
- CORTE IDH. Caso González Medina y familiares *vs.* República Dominicana, Sentencia de 27 de febrero de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 240.
- CORTE IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) *vs.* Colombia. Sentencia de 14 de noviembre de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 287.
- CORTE IDH. Caso Argüelles y otros *vs.* Argentina, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 288.
- CORTE IDH. Caso Cruz Sánchez y otros *vs.* Perú, Sentencia de 17 de abril de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 292.
- CORTE IDH. Caso López Lone y otros *vs.* Honduras, Sentencia de 5 de octubre de 2015, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 302.
- CORTE IDH. Caso Vereda La Esperanza *vs.* Colombia, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 341.
- CORTE IDH. Caso San Miguel Sosa y otras *vs.* Venezuela, Sentencia de 8 de febrero de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 348.
- CORTE IDH. Caso Omeara Carrascal y otros *vs.* Colombia, Sentencia de 21 de noviembre de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 368.
- CORTE IDH. Caso Alvarado Espinoza y otros *vs.* México, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 370.
- CORTE IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco *vs.* México, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 371.
- CORTE IDH. Caso Álvarez Ramos *vs.* Venezuela, Sentencia de 30 de agosto de 2019, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 380.

- CORTE IDH. Caso Díaz Loreto y otros vs. Venezuela, Sentencia de 19 de noviembre de 2019, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 392.
- CORTE IDH. Caso Petro Urrego vs. Colombia, Sentencia de 8 de julio de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 406.
- CORTE IDH. Caso Urrutia Laubreaux vs. Chile, Sentencia de 27 de agosto de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 409.
- CORTE IDH. Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina, Sentencia de 1 de septiembre de 2020, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 411.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil. Radicación 11001-22-03-000-2019-02527-02. Sentencia de 22 de septiembre de 2020. M. P. Luis Armando Tolosa Villabona.
- ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL. *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*. E/CN.4/1985/4 Annex, 28 de septiembre de 1984.
- NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Medidas efectivas y mejores prácticas para asegurar la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas*. A/HRC/22/28, 21 de enero de 2013.
- NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación*. A/HRC/23/39, 24 de abril de 2013.
- NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *La promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas*. A/HRC/RES/25/38, 11 de abril de 2014.
- NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe conjunto del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación y el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias acerca de la gestión adecuada de las manifestaciones*. A/HRC/31/66, 4 de febrero de 2016.
- NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *La promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas*. A/HRC/RES/38/11, 16 de julio de 2018.
- NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. *Observación general n.º 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.
- TEDH. Caso Müller y otros v. Suiza (n.º 10737/84), Sentencia de 24 de mayo de 1988.
- TEDH. Caso A, B y C v. Irlanda (n.º 25579/05), Sentencia de 16 de diciembre de 2010.
- TEDH. Caso Correia de Matos v. Portugal (n.º 56402/12), Opinión disidente Albuquerque, P. y Sajó, A. de 4 de abril de 2018.

Ingrid Valia Valdivia Vargas* (Perú)
Andrés Eduardo Salcedo Camacho** (Colombia)

Conceptualización del derecho a la protesta y su ejercicio en tiempos de pandemia

RESUMEN

En este artículo se estudia el contenido y alcance del derecho a la protesta, su importancia en los sistemas democráticos actuales y los retos que afrontan los Estados para garantizarlo en el contexto de la emergencia sanitaria. Para ello, se examinarán las directrices emitidas tanto por el sistema universal de derechos humanos como por los sistemas europeo e interamericano, abordando de forma puntual aspectos relevantes del derecho interno de los países de la región. Luego de dicho análisis, se resaltarán formas de protesta distintas a las marchas multitudinarias que pueden ser válidas y de recomendable utilización en el marco de la actual emergencia sanitaria. Con este artículo se pretende reivindicar el derecho a la protesta, señalar su importancia en el contexto democrático y resaltar su eficacia para proteger derechos conculcados, especialmente cuando los cauces institucionales no son efectivos o permiten vulneraciones de los derechos objeto de reclamo.

Palabras clave: derecho a la protesta; uso de la fuerza; democracia.

* Abogada, Universidad Andina de Cusco; candidata a magíster en Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica del Perú. Ingrid.valdivia@pucp.edu.pe. / código orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2526-119X>.

** Abogado, especialista en Derecho Procesal, Universidad Libre de Colombia; candidato a magíster en Derecho, Universidad del Rosario. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. enAndressc94@gmail.com. / código orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1059-7018>.

Conceptualization of the right to protest and its exercise in times of pandemic

ABSTRACT

This article studies the content and scope of the right to protest, its importance in current democratic systems, and the challenges that States face in guaranteeing it in the context of a health emergency. The guidelines issued by the universal human rights system and the European and Inter-American systems will be studied, timely addressing relevant aspects of the domestic law of countries in the region. After this analysis, forms of protest other than mass marches that may be valid and of recommended use in the context of the current health emergency will be highlighted.

Keywords: Right to protest; use of force; democracy.

Konzeptualisierung des Rechts auf Protest und seine Umsetzung in Pandämiezeiten

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag beabsichtigt eine Untersuchung von Inhalt und Reichweite des Rechts auf Protest, seiner Bedeutung in den heutigen demokratischen Systemen und der Herausforderungen, vor denen die Staaten bei seiner Gewährleistung im Kontext des Gesundheitsnotstands stehen. Dazu werden zunächst sowohl die vom universellen Menschenrechtssystem als auch die vom europäischen und interamerikanischen System festgesetzten Richtlinien untersucht; dabei wird stichpunktartig auf relevante Aspekte des Landesrechts der Länder in der Region eingegangen. Im Anschluss daran erfolgt eine nähere Analyse von Protestformen, die von den Massendemonstrationen abweichen und deshalb als zulässig und im Rahmen des zur Zeit vorherrschenden Gesundheitsnotstands empfehlenswert anzusehen sind.

Schlagwörter: Recht auf Protest; Gewaltanwendung; Demokratie.

Introducción

La protesta es un derecho cuyo contenido y alcance se debaten en cada uno de los países de forma distinta, tanto en su regulación como en su posible criminalización, aspectos que han sido objeto de discusión en el interior de los órganos legislativos, en razón de los derechos que se encuentran en pugna.

Sin embargo, existen algunas características del derecho a la protesta que se han generalizado en la mayoría de Estados; por ejemplo, la afectación que supone su ejercicio en derechos como la movilidad, el trabajo o la educación y que, además de ello, involucra vías de hecho que ocasionan daño a bienes públicos y privados, circunstancias que le han servido a algunos Estados para argumentar la necesidad de crear o aplicar tipos penales a los manifestantes.

Por otro lado, cuando la protesta colisiona con otros derechos (por ejemplo, cuando se bloquean vías y se afectan los derechos de locomoción, salud, educación,

trabajo, etc., de aquellas personas que no están marchando), se debe realizar un ejercicio de ponderación que tome en cuenta que la protesta se puede deber a un estado de necesidad, en el que cierto sector de la población, al no encontrar canales institucionales efectivos, ve en la protesta la única forma de evidenciar una problemática determinada.¹

Esta ponderación de derechos no se puede realizar a la ligera, dado que el contenido del derecho a la protesta es reflejo de una expresión válida de inconformismo frente a la institucionalidad en el marco de regímenes democráticos y también constituye, en muchas ocasiones, una herramienta constitucionalmente válida y efectiva para la reivindicación de derechos.

Al panorama anterior –que por sí solo ya ha originado múltiples debates a nivel nacional e internacional– se suma otra circunstancia atípica, a saber: la pandemia causada por el virus del covid-19. Este virus ha obligado a tomar medidas de bioseguridad que incluyen la restricción de aglomeraciones y la distancia prudente entre una persona y otra, aspectos que son casi de imposible cumplimiento en marchas multitudinarias, como las que se registraron en el segundo semestre del año 2019 alrededor del mundo, justo antes de que empezara la pandemia.

No obstante, las especiales circunstancias sanitarias que vive el mundo desde inicios del año 2020, y que se han extendido hasta la fecha de redacción de este escrito, no pueden ser un argumento para restringir totalmente el derecho a la protesta, sino, por el contrario, deben servir para garantizar de mejor forma esta prerrogativa y con ello fortalecer los sistemas democráticos.

Por lo expuesto, es prudente ahondar en el análisis del derecho a la protesta, para lo cual en este documento se realizará su conceptualización, alcance y contenido, analizando el sistema europeo e interamericano, con énfasis especial en las situaciones de Colombia y Perú, para posteriormente indicar formas de protesta distintas a las marchas multitudinarias y que pueden tener una mayor aplicación y efectividad, teniendo en cuenta la situación sanitaria mundial.

1. Conceptualización del derecho a la protesta

La protesta, primigeniamente, fue entendida como un tema metajurídico, vinculado a cuestiones sociológicas y politológicas. Desde una visión social, se relaciona con nociones de resistencia y tiene un sustento en actos violentos,² por lo que es cuestionada con frecuencia. Desde el ámbito jurídico, recién a partir de su masividad en el continente americano, especialmente en EE. UU. y Latinoamérica, empezó a

¹ Personería de Medellín, “Protesta social: entre derecho y delito”, *Revista Kavilando*, n.º 2 (2010): 133-144.

² Gabriel Ganon, “El derecho a la protesta social y la crítica de la violencia”, *Revista Derechos en Acción*, n.º 3 (2017): 41-52.

plantearse como el primer derecho para contener el abuso del poder³ y se desarrolló el nexo con el derecho a la libertad de expresión.⁴

En EE. UU., el derecho a la protesta se concibe como parte de la libertad de expresión, y puede estar sujeto a ciertas restricciones⁵ que se establecen en función de la doctrina del lugar, tiempo y modo. La jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América aplicó esta doctrina en casos como *Hague v. CIO*.⁶ Sin embargo, actualmente ha variado su concepción como exteriorización de la libertad de expresión, porque no es suficiente para comprender su significado real, debido a que la protesta tiene un espectro más amplio que involucra la realización de otros derechos, muchos de los cuales son de contenido social, económico y cultural.

De acuerdo con Gargarella, la protesta es el “primer derecho”⁷ porque precisamente reivindica otros derechos (los que pueden efectivizarse mediante la protesta).⁸ Por ello, es importante resaltar la naturaleza de la protesta social como un derecho fundamental con características propias, entendiendo que presupone el ejercicio de otros derechos fundamentales y tiene un innegable contenido político.⁹

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) concibe la protesta como “una forma de acción individual o colectiva dirigida a expresar ideas, visiones o valores de disenso, posición, denuncia o reivindicación”,¹⁰ mientras que el Tribunal Constitucional Peruano, así como otros tribunales de la región, sostienen que es un derecho autónomo que tiene su fundamento en derechos como la libertad de expresión, reunión, asociación, entre otros, y también en principios como la soberanía popular, la libertad de expresión de minorías y el pluralismo expresado en diversas manifestaciones políticas, ideológicas, de pensamiento y creencias.¹¹

³ Abel Barrera Hernández, “La protesta social: un derecho reprimido”, *Revista Contralínea*, n.º 106 (2008).

⁴ Jaime Bassa y Daniel Mondaca, “Protesta social y derecho: una tensión irresoluble”, *Revista Izquierdas*, n.º 46 (2019): 105-136, <http://dx.doi.org/10.4067/So718-50492019000200105>.

⁵ Helen Fenwick, “The Right to Protest, the Human Rights Act and the Margin of Appreciation”, *The Modern Law Review* 62, n.º 4 (1999): 491-514.

⁶ Suprema Corte de los Estados Unidos de América, *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939).

⁷ Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia de julio de 2010, Expediente 00012-2008-PI/TC, voto del magistrado Eto Cruz, párr. 6.

⁸ Roberto Gargarella, “El derecho a protestar: la violencia no puede ser la excusa para cuestionar una libertad fundamental”, *El País*, 20 de mayo, acceso el 5 de abril de 2021, https://elpais.com/elpais/2014/05/16/opinion/1400247748_666298.html.

⁹ Víctor Alfonso Otoya Jiménez, “El derecho a la protesta como derecho fundamental no enumerado”, *Revista Gaceta Constitucional*, n.º 126 (2018): 199-207.

¹⁰ CIDH, *Protesta y derechos humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.22/19, septiembre de 2019, p. 6.

¹¹ Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia de 2 de junio de 2020, Expediente 0009-2018-PI/TC.

En este sentido, las protestas no solo buscan expresar algo, sino presionar y forzar a la autoridad para, por ejemplo, revertir una desigualdad estructural.¹² Mediante una protesta, los ciudadanos ejercen una participación política directa en determinada materia¹³ y pueden criticar aspectos de la sociedad y contenidos de legalidad, economía, política, cultura, entre otros.¹⁴

En Latinoamérica, las protestas sociales son diversas y se han manifestado principalmente a través de la movilización. En el siglo pasado se tuvieron dos grandes olas de movilizaciones: la primera, entre las décadas de los setenta y ochenta, protagonizada por organizaciones sindicales, y la segunda entre la década de los noventa y la primera década del siglo XXI, impulsada por diferentes movimientos sociales, económicos y culturales, en la que las organizaciones indígenas cobraron gran protagonismo.¹⁵

2. La regulación del derecho a la protesta en los sistemas de protección de derechos humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) recoge el derecho a la protesta a partir de la libertad de reunión pacífica (art. 20, inciso 1),¹⁶ al igual que otros instrumentos universales¹⁷ y regionales,¹⁸ y el derecho a la libertad de opinión y expresión, regulado en su artículo 19, que también se encuentra a nivel regional¹⁹ y universal.²⁰

¹² Bassa y Mondaca, “Protesta social y derecho: una tensión irresoluble”, 46.

¹³ Bassa y Mondaca, “Protesta social y derecho: una tensión irresoluble”, 46.

¹⁴ Raymundo Espinoza Hernández, “Defender los derechos, defender la protesta”, *Revista El Cotidiano*, n.º 186 (2014): 97-118.

¹⁵ Salvador Martí, “Etnicidad, movimientos sociales y protestas. ¿Cómo interpretar la movilización y la política indígena en el siglo XXI?”, *Latin American Research Review* 4, n.º 1 (2014): 242-250, doi: 10.1353/lar.2014.0012.

¹⁶ La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 20, inciso 1, establece: “Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y asociación pacífica”.

¹⁷ PIDCP, artículo 21; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 5; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 15.

¹⁸ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXI; CADH, artículo 15.

¹⁹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo IV, CADH, artículo 13; Carta Democrática Interamericana, artículo 4; Carta Social de las Américas, artículo 30.

²⁰ PIDCP, artículo 19; PIDCP, Observación general 34. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 5; Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 12 y 13; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 13; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 12.

La protesta se puede comprender desde la reunión, entendida como una “congregación intencional y temporal de personas en un espacio privado o público con un propósito concreto”, que abarca manifestaciones, asambleas dentro de locales y que debe tener intenciones pacíficas.²¹ De acuerdo con el Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai,²² su ejercicio no está limitado a la obtención de una autorización previa de las autoridades.²³

Normalmente, el derecho a la protesta se exterioriza a través de manifestaciones públicas llevadas a cabo en un espacio físico, lo que ha devenido en la necesidad de abordar cuestiones como la propiedad pública o privada o la perturbación de espacios públicos, desarrollando nociones como la *public fora*, que significa que la protesta se vincula con la idea de libertad de reunión asociada a foros públicos, lugares tradicionalmente usados para reuniones (plazas, parques, entre otros) y manifestaciones. Esta situación ha conducido a establecer ciertas restricciones en atención a su impacto en estos espacios.²⁴

En consecuencia, la reunión pacífica puede estar sujeta a ciertas limitaciones prescritas por ley y necesarias por motivos de seguridad nacional, integridad de la población, orden público, protección de la salud o de la moral públicas, protección de derechos y libertades de los demás, según lo dispuesto en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en cumplimiento de los criterios de necesidad y proporcionalidad para la restricción.²⁵ A pesar de ello, se debe entender que la necesidad de imponer estas limitaciones no es absoluta,²⁶ por lo que toda medida debe ajustarse a los valores democráticos, propios del pluralismo y la tolerancia.²⁷

²¹ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai*, A/HRC/20/27, 21 de mayo de 2012.

²² Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación*, cit.

²³ Como máximo, debería aplicarse algún procedimiento de notificación previa en casos de grandes reuniones o cuando se pueda ocasionar la interrupción del tráfico. Sin embargo, la falta de notificación no debe ser causal para la disolución automática de la reunión ni la imposición de sanciones penales o administrativas a sus organizadores o responsabilizarlos por actos ilícitos de otras personas, dado que no tienen la responsabilidad de proteger el orden público.

²⁴ Roberto Gargarella, “Un diálogo sobre la ley y la protesta social”, *Revista de Derecho PUCP*, n.º 61 (2008):19-50, doi: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200801.001>.

²⁵ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai*, A/HRC/23/39, 24 de abril de 2013.

²⁶ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observación general n.º 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004.

²⁷ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai*, cit.

Este derecho tampoco se puede suspender *prima facie* en estados de excepción,²⁸ aunque los Estados suelen recurrir a esta figura para suspender el derecho a la protesta, así como determinadas garantías fundamentales, desconociendo que los estados de excepción deben ser utilizados exclusivamente cuando cumplan las condiciones establecidas en tratados internacionales.²⁹

Por otro lado, al entenderse el derecho a la protesta como una acción para expresar ideas, opiniones, etc., es evidente su relación con el derecho a la libertad de expresión, que es el puente para la exteriorización de dichas ideas. La libertad de expresión tiene una dimensión individual y otra colectiva³⁰ y, según la Opinión Consultiva OC 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, comprende el derecho y la libertad de expresar los propios pensamientos y también el de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo. En consecuencia, esta doble dimensión, al ser vulnerada, puede ocasionar una afectación al propio individuo, pero también a la colectividad, cuando impide conocer la información o pensamiento ajeno.³¹

La libertad de expresión puede ser limitada, pero no de forma general, sino solamente respecto de algunos de sus elementos, por ser la base para el ejercicio pleno de otros derechos, como la libertad de reunión y asociación.³² De acuerdo con el párrafo 3 del PIDCP, este derecho puede ser restringido para asegurar el respeto a

²⁸ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observación general n.º 29. Estados de Emergencia (artículo 4)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001, párr. 5.

²⁹ CADH, artículo 27; Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, artículo 15; PIDCP, artículo 4.

³⁰ Corte IDH, Caso Kimel vs. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 177; Caso Tristán Donoso vs. Panamá, Sentencia de 27 de enero de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 193, párr. 53; Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 74, párr. 146.

³¹ Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 73; Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, cit.; Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 107; Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 111; Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 135; Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 151; Caso Kimel vs. Argentina, cit.; Caso Tristán Donoso vs. Panamá, Sentencia de 27 de enero de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 193; Caso Ríos y otros, Sentencia de 28 de enero de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 194; Caso Perozo y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 195; Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 207.

³² Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observación general 34. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión*, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011.

los derechos o la reputación de los demás (que queda relativizado en caso de personajes públicos y jefes de Estado) y proteger la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.³³

Para establecer limitaciones o restricciones a este derecho, se propusieron principios³⁴ que plantean que las restricciones tienen que estar previstas en una ley accesible, concreta y sin ambigüedades, que no pongan en peligro la esencia de este derecho. Estas leyes no pueden ser arbitrarias o irrazonables, sino necesarias y proporcionales, y en la interpretación de una ley que establezca una limitación o restricción debe prevalecer la protección de los derechos humanos.

Además del contexto interamericano, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de los derechos en comento. Por ejemplo, en el caso de Berkman v. Rusia se sancionó al Estado por no garantizar el derecho de una reunión pública y pacífica del colectivo LGBTI en San Petersburgo.

Para resolver el caso, el Tribunal subrayó que las personas tienen derecho a reunirse pacíficamente, sin temor de que personas que no compartan sus ideales y creencias los ataquen al manifestarse, pues al existir estos temores se disuade a determinados colectivos de expresar abiertamente sus opiniones.³⁵

En otro caso, el Tribunal analizó la legalidad de una circular emitida por una entidad estatal, donde se restringe el derecho de reunión de los trabajadores para precaver una posible huelga. Al resolver el problema jurídico, el Tribunal recalcó que el derecho de huelga puede ser limitado a ciertos funcionarios públicos, pero no a todos.³⁶

El Tribunal también ha analizado reuniones que se han considerado ilegales,³⁷ estableciendo una interrelación de la libertad de asociación con las libertades de opinión, pensamiento, expresión y reunión. En su sentencia, el Tribunal subrayó

³³ PIDCP, artículo 19: “3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, encontrarse expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

³⁴ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank la Rue, Al HRC/14/23*, 20 de abril de 2010.

³⁵ TEDH, Sección Tercera, Caso Berkman v. Rusia, Solicitud 46712/15, 1 de diciembre de 2020, p. 47.

³⁶ TEDH, Sección Tercera, Caso Afdaire Enerji Yapi-Yol Sen v. Turquía, Solicitud 68959/01, 21 de abril de 2009, p. 29.

³⁷ TEDH, Sección Segunda, Caso Ürfi Çetinkaya v. Turquía, Solicitud 19866/04, 23 de julio de 2013.

que no se puede menoscabar la libertad de participar en una reunión pacífica, aun cuando dicha reunión se considere ilegal.³⁸

El Tribunal también analizó otro caso en el que se prohibió una manifestación por no presentar el plan de manejo del tráfico.³⁹ En este caso se señaló que el Estado había vulnerado los derechos de los manifestantes, porque este plan no se le había exigido a los contramanifestantes y se estimó razonablemente que la prohibición estuvo influenciada por la posición que mostró el alcalde a los actos celebrados por determinadas minorías.⁴⁰

Como se observa, este derecho de reunión se encuentra vinculado a la libertad de expresión, derecho que también ha tenido un desarrollo importante por parte del Tribunal Europeo. Así, por ejemplo, en un caso donde se inició un proceso penal frente a dos columnistas por un escrito publicado, se estableció que los Estados tenían un margen de apreciación reducido para restringir discursos públicos o debates sobre cuestiones de interés público.⁴¹

En el contexto europeo también se ha indicado el deber positivo de los Estados para facilitar y proteger el ejercicio del derecho a la libertad de reunión pacífica, para lo cual se debe ajustar el marco legislativo y tomar las medidas prácticas que permitan el cumplimiento de dichas normas.⁴²

Por último, en el marco europeo se establece que el derecho de reunión muestra una “intrínseca naturaleza dual (titularidad del individuo, pero de necesario ejercicio colectivo) y una extrínseca también dualidad en sus facetas de expresión (en ámbitos privados y en espacios públicos) que sin duda marcan la variedad de enfoques jurídicos de abordaje y la diversidad de modelos de regulación del mismo”.⁴³

3. El derecho a la protesta en Perú

En Perú, entre los años 2001 y 2014, con el llamado *boom* extractivo, los conflictos socioambientales aumentaron y con ello las protestas sociales. En 2005, un 20% de

³⁸ Ma. Ascensión Martín Huertas, “Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas a partidos políticos y a sindicatos”, *Revista Cuestiones Constitucionales*, n.º 23 (2010): 85-120.

³⁹ TEDH, Sección Cuarta, Caso Baczkowski y otros v. Polonia, Solicitud 1543/06, 3 de mayo de 2007.

⁴⁰ Omar Bouazza Ariño, “Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, n.º 182 (2010): 209-224.

⁴¹ TEDH, Sección Quinta, Caso Tagiyev y Huseynov v. Azerbaiyán, Solicitud 13274/08, 5 de diciembre de 2019, p. 37.

⁴² European Commission for Democracy through Law, OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, 3rd ed. (Strasbourg/Warsaw, CDL-AD, 2019), 22.

⁴³ Eva Garrido Pérez, “El derecho de reunión: contemplación jurídica y elementos de restricción desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Sistema Español de Relaciones Laborales”, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 145 (2018): 281-315.

conflictos eran socioambientales y para 2016 un 68,9%; frente a ello, el Estado tomó diversas medidas para obstaculizar y criminalizar la protesta.⁴⁴

El último evento importante que desencadenó una protesta masiva en el país se produjo en 2020, en un contexto de vacancia presidencial.⁴⁵ La población peruana salió a protestar en contra de este hecho por considerarlo en oposición a la democracia. Las restricciones por la emergencia sanitaria que enfrentaba el país no fueron un impedimento para que los manifestantes se dirigieran a las principales avenidas para exponer su inconformismo.⁴⁶

En Perú, el derecho a la protesta fue reconocido como un derecho conexo a otros, como la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento, la huelga, la libertad de tránsito y la reunión. Recién en el año 2020 fue considerado como un derecho autónomo, entendido como un “mecanismo de expresión y eventual reivindicación de las minorías que no logran ser representadas en los ámbitos institucionales”:⁴⁷

... este derecho comprende la facultad de cuestionar, de manera temporal o periódica, esporádica o continua, a través del espacio público o a través de medios de difusión (materiales, eléctricos, electrónicos, virtuales y/o tecnológicos), de manera individual o colectiva, los hechos, situaciones, disposiciones o medidas (incluso normativas) por razones de tipo político, económico, social, laboral, ambiental, cultural, ideológico o de cualquier otra índole, que establezcan los poderes públicos o privados, con el objeto de obtener un cambio del *statu quo* a nivel local, regional, nacional, internacional o global, siempre que ello se realice sobre la base de un fin legítimo según el orden público constitucional, y que en el ejercicio de la protesta se respete la legalidad que sea conforme con la Constitución.⁴⁸

⁴⁴ José Saldaña Cuba y Jorge Portocarrero Salcedo, “La violencia de las leyes: el uso de la fuerza y la criminalización de protestas socioambientales en el Perú”, *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*, n.º 79 (2017): 311-352, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.013>.

⁴⁵ Según el artículo 113 de la Constitución Política de Perú, se puede vacar a un presidente de la República por:

“1. Muerte del presidente de la República.

2. Su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso.

3. Aceptación de su renuncia por el Congreso.

4. Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no regresar a él dentro del plazo fijado.

5. Destitución, tras haber sido sancionado por alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 117 de la Constitución”.

⁴⁶ Pierina Pighi Bel, “Protestas en Perú: ‘Este país ha logrado mantener la democracia como una sorpresa, de traspies en traspies’”, *BBC Mundo*, 11 de noviembre de 2020, acceso el 4 de marzo de 2021, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-54895569>.

⁴⁷ Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia de 2 de junio de 2020, cit., párr. 73.

⁴⁸ Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia de 2 de junio de 2020, cit., párr. 82.

Por tanto, el derecho a la protesta puede ser ejercido de forma individual o colectiva. Podría manifestarse mediante la decisión individual, subjetiva de la persona de protestar, pero también desde una connotación colectiva de expresión de comunidades entendidas desde su colectividad como pueblos indígenas,⁴⁹ sindicatos, etc.

Sin embargo, es importante mencionar que este derecho plantea una interrogante en cuanto a su dimensión colectiva, dado que, en muchos casos, la asociatividad de las personas para protestar es momentánea y no responde a colectivos organizados, sino a asociaciones espontáneas, que se suelen desarticular una vez cumplen su fin, lo que ocasiona que el entendimiento colectivo del derecho suela ser cuestionado, debido a la posible desigualdad para otras formas asociativas espontáneas no reconocidas como colectividad. No obstante, este cuestionamiento es aparente, pues lo relevante frente a esta disyuntiva es entender que el ejercicio colectivo del derecho se puede manifestar de forma organizada o espontánea.

4. El derecho a la protesta en Colombia

Las protestas han hecho parte del devenir histórico colombiano. Por ejemplo, entre 1920 y 1950 se vivieron las protestas obreras en el país, las cuales estaban alineadas con un contexto internacional igualmente convulsionado; ante este panorama, la respuesta del Estado fue la represión y la estigmatización de la protesta.⁵⁰

En la actualidad, el panorama no ha cambiado mucho: en Colombia se ha visto un aumento de la protesta social, aparejado con un incremento en los niveles de criminalización y represión de esta, lo cual genera que la política frente a las protestas se base más en la seguridad nacional que en la seguridad ciudadana.⁵¹ Puntualmente, entre 2010 y 2016, las protestas fueron causadas por el contexto político y la agudización de la guerra, y la respuesta represiva del Estado se originó en la noción de “enemigo interno” propio de la Guerra Fría.⁵²

Como se observa, en Colombia, la protesta ha sido vista como un derecho, pero, al mismo tiempo, a causa de las medidas represivas se le ha querido dar un contexto de delito, a través de normas de seguridad ciudadana y de continuos debates acerca de la definición de “protestas pacíficas”.⁵³

⁴⁹ Alejandro Karin Pedraza Ramos, “La construcción del sujeto político indígena en la lucha por el derecho a tener derechos”, *Revista Sociológica*, n.º 35 (2020): 171-204.

⁵⁰ Roberto González Arana e Ivonne Molinares Guerrero, “Movimiento obrero y protesta social en Colombia. 1920-1950”, *Revista Historia Caribe* 8, n.º 22 (2013): 167-193.

⁵¹ Edwin Cruz Rodríguez, “El derecho a la protesta social en Colombia”, *Revista Pensamiento Jurídico*, n.º 42 (2015): 47-69.

⁵² Edwin Cruz Rodríguez, “El ciclo de protesta 2010-2016 en Colombia. Una explicación”, *Revista Jurídica CUC* 12, n.º 1 (2016): 31-66.

⁵³ Personería de Medellín, “Protesta social: entre derecho y delito”, 2.

En el marco de esta dicotomía, también se debe subrayar que la protesta en Colombia ha tenido dos efectos masivos: el hecho de que ciudadanos que normalmente no protestaban se sumaran a las manifestaciones masivas, activando un ejercicio de memoria colectiva y una campaña aún más severa de represión estatal que, además, ponía en duda la legitimidad de los reclamos de los manifestantes.⁵⁴

Desde el punto de vista jurídico, la Corte Constitucional colombiana, a partir de la carta política, ha garantizado el derecho de reunión y manifestación pública, enfatizando que solo la protesta pacífica tiene protección constitucional.⁵⁵

Posteriormente, con la expedición de la Ley 1801 de 2016 (Código de Policía y Convivencia) se discutió la posibilidad de reglamentar el derecho de reunión y protesta por parte de las autoridades municipales. La Corte declaró la inexequibilidad de estas expresiones y subrayó que los derechos de reunión, manifestación y protesta son interrelacionados e interdependientes⁵⁶ con otros derechos, tales como la libertad de expresión y la participación política.

Con base en lo anterior, se estableció que la limitación de estos derechos debe partir del análisis de que lo que se está limitando es un derecho político, de tal forma que cualquier limitación a este derecho debe superar un juicio estricto de proporcionalidad⁵⁷ y, además, se debe tener en cuenta que a) solamente se puede dar a través de leyes estatutarias; b) no se pueden crear estatutos generales que le concedan la facultad al órgano legislativo o al órgano ejecutivo la posibilidad de definir que es una reunión, manifestación o protesta, y c) la administración y el derecho de reunión solo podrán confrontarse para el control del orden público.⁵⁸

Con la firma del Acuerdo de Paz,⁵⁹ la Corte Constitucional estudió la viabilidad de otorgar amnistías e indultos a conductas ocurridas en desarrollo de protestas sociales. Para ello, la Corte empezó por diferenciar entre disturbio público y protesta social y, luego, procedió a resolver la paradoja de la amnistía, dado que asociar un derecho fundamental a hechos del conflicto puede interpretarse como la criminalización de la protesta. Para dar respuesta a ello, se estableció que el objetivo del

⁵⁴ Víctor Barrera y Carlos Hoyos, “¿Violenta y desordenada? Análisis de los repertorios de la protesta social en Colombia”, *Revista Análisis Político* 33, n.º 98 (2020): 167-190.

⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-366 de 27 de junio de 2013, M. P. Alberto Rojas Ríos.

⁵⁶ Sobre la interdependencia de derechos, véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-251 de 28 de mayo de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-520 de 21 de septiembre de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa, y Sentencia T-049 de 10 de febrero de 2016, M. P. Jorge Iván Palacio.

⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-281 de 3 de mayo de 2017, M. P. Aquiles Arrieta Gómez, párr. 5.3.2.

⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-223 de 20 de abril de 2017, M. P. Alberto Rojas Ríos, párr. 4.7.2.

⁵⁹ En 2017, el Estado colombiano suscribió un Acuerdo de Paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, terminando un conflicto de más de 50 años.

Acuerdo de Paz era fortalecer la protesta social, entendiendo que la misma pudo ser causa directa o indirecta de excesos ocurridos en manifestaciones.⁶⁰

Por último, se debe traer a colación la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, motivada en una acción de tutela que buscaba amparar el derecho a la protesta frente a su estigmatización, detenciones ilegales y uso desproporcionado de la fuerza.⁶¹ Esta sentencia declaró la vulneración de los derechos y dio una serie de órdenes de gran trascendencia, entre las cuales se encuentran: presentar disculpas públicas, mantener la neutralidad cuando se produzcan manifestaciones no violentas, conformar mesas de trabajo para reestructurar directrices sobre el uso de la fuerza, establecer un protocolo de acciones preventivas, realizar un control estricto de las manifestaciones por parte del Defensor del Pueblo, suspender el uso de “escopetas calibre 12”⁶² y remitir el expediente a la Procuraduría y la Fiscalía para que inicien las investigaciones que correspondan.

5. Formas de limitación del derecho a la protesta

Al abordar el derecho a la protesta, es pertinente analizar la forma en que los Estados emplean mecanismos para su limitación, como el uso de la fuerza frente a los manifestantes. Este uso de la fuerza puede ser a través de las armas (como suele suceder en la dispersión de marchas) y la criminalización de la protesta a través de canales institucionales, tales como el derecho penal.

Sobre el particular se subraya que el Estado tiene el monopolio del uso de la fuerza, el cual debe ser empleado teniendo en cuenta los principios de necesidad, proporcionalidad (legalidad⁶³) y cuando sea estrictamente necesario, de acuerdo con el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.⁶⁴ Asimismo, de acuerdo con los Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley⁶⁵ deben realizar un uso progresivo y diferenciado de la fuerza.

⁶⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-007 de 17 de marzo de 2018, M. P. Diana Fajardo Rivera, párr. 508.

⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 7641 de 22 de septiembre de 2020, Radicación 11001-22-03-000-2019-02527-02, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona.

⁶² Las escopetas calibre 12 son un tipo de arma disuasiva utilizada por el Esmad. Esta arma fue cuestionada, dado que con ella fue herido el manifestante Dylan Cruz, quien posteriormente falleció producto de la agresión.

⁶³ CIDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2007. Capítulo IV. Desarrollo de los Derechos Humanos en la región*, OEA/Ser.L/V/II.130. Doc. 22 rev. 1, párr. 260.

⁶⁴ Naciones Unidas, Asamblea General, *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, Resolución 34/169, 17 de diciembre de 1979.

⁶⁵ Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los*

En esta línea de ideas, para la CIDH,⁶⁶ la intervención en protestas es de competencia exclusiva de los cuerpos policiales civiles y no de las fuerzas armadas militares, a las que solamente pueden recurrir los Estados de forma excepcional y temporal cuando las fuerzas policiales no tengan la capacidad adecuada para enfrentar la situación.⁶⁷

Empero, el uso desproporcional de la fuerza mediante las fuerzas policiales o armadas y la criminalización de las protestas a través de la creación de nuevos tipos penales o nuevas interpretaciones de los ya existentes suelen ser prácticas regulares de los Estados.⁶⁸ Este punto trae a colación la discusión sobre si la protección o criminalización de la protesta es necesaria, en especial cuando se trata de protestas violentas. Así, un sector de la doctrina sostiene que la violencia en las protestas solamente es justificada cuando los motivos de dicha protesta no hallen “cauce institucional”,⁶⁹ mientras que sectores radicales consideran que en muchos casos ciertos tipos de violencia son aceptables o incluso imprescindibles para que la protesta sea eficaz.

Independientemente de estas posturas, es importante recalcar que la criminalización de la protesta debilita este derecho, utilizando las leyes y los aparatos institucionales, que consagran distintos tipos penales aplicables a los manifestantes, lo cual termina siendo un ejercicio de criminalización de la protesta.

Sobre la criminalización de la protesta se ha advertido que, al ser una cuestión de naturaleza eminentemente política, la aplicación del derecho penal debe reducirse al mínimo posible, juzgando solo situaciones extremas de violencia y a aquellos que aprovechan las circunstancias de la protesta para cometer delitos.⁷⁰

Si de forma puntual se analiza la criminalización de la protesta en Latinoamérica, se encuentra que a pesar de la protección general de derechos, como el de libertad de expresión, se han creado diversos delitos que son o pueden ser utilizados para reprimir la protesta social. Muchos de estos tipos penales ni siquiera protegen un bien jurídico concreto, lo cual, aunado a la discrecionalidad de los

Funcionarios Encargados de Hacer cumplir la Ley, celebrado del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

⁶⁶ CIDH, *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de los derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, 31 de diciembre de 2011.

⁶⁷ OEA, *Informe del Comité Jurídico Interamericano. Guía para la regulación del uso de la fuerza y la protección de las personas en situaciones de violencia interna que no alcanzan el umbral de un conflicto armado*, CJI/doc.401/12 rev.4, 8 de agosto de 2012.

⁶⁸ Ana Sánchez Mera, “La criminalización de la protesta social y los movimientos de defensa de los derechos humanos como alternativa en las luchas por la dignidad”, *Revista Tiempo de Paz*, n.º 122 (2016): 92-99.

⁶⁹ Jesús-María Silva Sánchez, “Protesta”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 4 (2019): 1-3.

⁷⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni, “Derecho penal y protesta social”, en *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?* (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010), 1-15.

jueces para juzgar las manifestaciones sociales, constituye barreras institucionales en el ejercicio del derecho a la protesta.⁷¹

Por ejemplo, en México se han visto actuaciones desproporcionadas del uso de la fuerza, donde los manifestantes son detenidos arbitrariamente, incomunicados y además se les desconocen garantías procesales mínimas.⁷² En el caso peruano, el Estado suele usar la represión violenta, un uso desproporcionado de la fuerza y la criminalización de las protestas a través de la aplicación de sanciones penales⁷³ a quienes protestan. También se realizan acciones y discursos que tienen el objetivo de deslegitimar o desaparecer las protestas,⁷⁴ que no afectan exclusivamente a la protesta sino que pueden constituir otras vulneraciones de derechos.

Por su parte, en Nicaragua se ha infundido terror a las personas que protestan, a través de las fuerzas paramilitares y las encarcelaciones, a lo que se suman leyes que permitirían la sanción penal de los opositores del gobierno, acusándolos de terroristas.⁷⁵

En Colombia persiste una cultura de “excepcionalidad”, con base en la cual se aplican indebidamente tipos penales y la fuerza desproporcionada para reprimir el derecho a la protesta y amenazar otros derechos como la vida y la integridad personal.⁷⁶

En la jurisprudencia argentina se ha establecido la creencia de que los conflictos sociales se resuelven a través del derecho penal; así, se han abierto distintas causas contra militantes sociales y se ordenaron seguimientos a determinadas organizaciones.⁷⁷

En Chile se encuentran un derecho a la protesta debilitado por regulaciones constitucionales legadas de la dictadura y grandes espacios de discrecionalidad con los que cuentan las autoridades al decidir sobre asuntos relacionados con este derecho.⁷⁸

⁷¹ Miguel Rábago Dorbecker, “La criminalización de la protesta social como forma de restricción de la libertad de expresión en México: movimientos sociales en el centro de la llamada ‘lucha contra la delincuencia organizada’”, en *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?*, 145-162.

⁷² Édgar Cortez Morales, “Criminalización de la protesta social en México”, *Revista el Cotidiano*, n.º 150 (2008): 73-76.

⁷³ José Saldaña Cuba, “El sistema de justicia penal y el derecho a la protesta: el caso del proyecto minero Conga (Cajamarca 2011-2012)” (tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014), <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5632>.

⁷⁴ Saldaña Cuba y Portocarrero Salcedo, “La violencia de las leyes: el uso de la fuerza y la criminalización de protestas socioambientales en el Perú”.

⁷⁵ Darwin Antonio Sánchez Benites, “Protesta social en Nicaragua: ¿derecho o delito?”, en *Nicaragua en crisis, entre la revolución y la sublevación*, ed. por Aleksander Aguilar, Esteban de Gori y Carmen Villacorta (Buenos Aires: Sans Soleil, 2018), 133-141.

⁷⁶ Ana Sofía Robles Estrada, “Manifestaciones de la excepcionalidad en Colombia y su incidencia en el derecho a la protesta”, *Revista Borradores de Investigación*, n.º 68 (2015): 7-29.

⁷⁷ Ganon, “El derecho a la protesta social y la crítica de la violencia”, 41-52.

⁷⁸ Domingo Lovera Parmo, “Libertad de expresión, derecho de reunión y protesta en la Constitución”, en *La Constitución Chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, ed. por Jaime Bassa (Santiago: Lom Ediciones, 2015), 99-119.

Entonces, la criminalización de la protesta social se ejecuta a través de tácticas como imputarles a los manifestantes delitos tales como terrorismo, motín o ataques a la paz pública, acusaciones penales para poner en duda el prestigio de los líderes de las marchas, detenciones arbitrarias, descalificación de aquellos que protestan, represión policial, obstaculización de la documentación de agresiones contra los manifestantes por parte de los medios de comunicación e imposición de regularizaciones más estrictas a la protesta, que implican autorizaciones previas y concesión de permisos.⁷⁹

Ahora bien, esta criminalización de la protesta no solo parte de la legislación penal, sino también del rol de las autoridades judiciales, caso en el que se encuentran jueces que se aíslan del contexto que dio origen a la protesta, lo que genera interpretaciones sesgadas sobre las conductas bajo estudio, desconoce la complejidad de los conflictos sociales,⁸⁰ olvida el rol decisivo que pueden tener al fomentar espacios de democracia deliberativa y decide sobre aspectos derivados de falencias de los procesos legislativos.⁸¹

Por último, es importante mencionar el rol preponderante de los medios de comunicación en las protestas, los cuales generalmente transforman los conflictos en noticias para consumo, situación que puede guiar la protesta hacia una dirección particular, de tal forma que esta protesta mediatizada no siempre sea igual a la real,⁸² lo que distorsiona la opinión general acerca de lo acaecido en la protesta y el uso de la fuerza por parte del Estado.

6. Ejercicio del derecho a la protesta en tiempos de pandemia: alternativas a las marchas

Anteriormente se pudo observar la contextualización del derecho a la protesta, su importancia a nivel nacional e internacional y la trascendencia de brindar garantías para el ejercicio de este derecho frente a las políticas de represión y criminalización que se abren paso en algunos países de la región.

Ahora bien, además de ello, es pertinente resaltar que el entendimiento del derecho a la protesta debe ser complementado atendiendo a la actual situación sanitaria que vive el mundo, máxime cuando la llegada del covid-19 se presentó en medio de

⁷⁹ Edgar Cortez Morales, “Protestar es un derecho, reprimir es un delito”, *Revista Análisis Plural*, n.º 1 (2014): 209-219.

⁸⁰ Sebastián Pereyra et al., *El derecho a la protesta social en la Argentina* (Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, 2017).

⁸¹ Leonardo García Jaramillo, “La relación entre el derecho a la protesta y las teorías deliberativas de la democracia en la obra de R. Gargarella”, *Revista Co-herencia* 5, n.º 8 (2008): 227-256.

⁸² Silvina Berti y Ariadna Cantú, “Protestar por los derechos, el derecho a protestar. Una lectura desde las audiencias”, *Revista Campos en Ciencias Sociales* 1, n.º 1 (2013): 125-148.

la “Primavera Latinoamericana”,⁸³ donde en distintos países de la región se vivían jornadas de marchas debido al inconformismo social en distintos ámbitos.

En este sentido, la pandemia no puede ser utilizada por los Estados para negar cualquier manifestación de la ciudadanía en torno a sus inconformidades. En varios países se han vivido marchas multitudinarias y en Colombia, pese a las órdenes recientes para revocar los permisos otorgados por las autoridades locales,⁸⁴ se registraron movilizaciones masivas para pronunciarse contra un proyecto de reforma tributaria.

Sin perjuicio de la continuidad de las marchas, no se puede dejar de lado la compleja situación sanitaria que se vive actualmente, dado que las aglomeraciones propias de estas manifestaciones democráticas pueden derivar en contagios masivos y amenazas directas a la vida y la salud de la población. Frente a esta problemática, el presente escrito no pretende un ejercicio de ponderación entre el derecho a la protesta y las posibles amenazas al derecho a la vida debidas al covid-19, sino subrayar otras alternativas para ejercer este derecho, que pueden ser iguales o incluso más eficaces que las marchas multitudinarias.

En ese entender, existen otras formas de protesta que no implican una reunión física de las personas. Por ejemplo, internet se ha convertido no solo en una plataforma de convocatoria y organización de protestas, sino en un espacio donde estas se llevan a cabo, donde los estándares internacionales desarrollados para la libertad de opinión y expresión, asociación y reunión pacífica en relación con el derecho a la protesta también deben ser aplicables.⁸⁵

Así, en cuanto al uso de las tecnologías, se ha encontrado que las plataformas digitales han permitido el uso de las redes sociales para ejercer el derecho a la protesta en plataformas,⁸⁶ como Facebook, YouTube, Twitter. Se usan principalmente para reclamar derechos o protestar frente arbitrariedades del Estado⁸⁷ o acciones de terceros.

De esta forma, los movimientos en redes sociales sirven para reflejar el inconformismo de la sociedad; por ejemplo, en Perú, a través de distintos *hashtags*, se expresó el rechazo generalizado ante la conducta de congresistas que aparentemente negociaban la elección de miembros del Tribunal Constitucional y, tras las movilizaciones,

⁸³ Marcelo Sánchez Pazmiño, “Análisis del derecho a la resistencia desde la protesta pacífica”, *Revista Imaginario Social* 4, n.º 1 (2021): 33-43, doi: <https://doi.org/10.31876/is.v4i1.35>.

⁸⁴ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, Radicación 250002315000-2020-02700-00, 27 de abril de 2021, M. S. Nelly Yolanda Villamizar Peñaranda.

⁸⁵ CIDH, *Protesta y Derechos Humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*, cit.

⁸⁶ Andrés Scherman, Arturo Arriagada y Sebastián Valenzuela, “La protesta en la era de las redes sociales: el caso chileno”, *Intermedios. Medios de comunicación y democracia en Chile*, n.º 1 (2013): 179-197.

⁸⁷ Raúl Castro Pérez, “Quería probar que puedo hacer tendencia. Activismos ciudadanos online y prácticas políticas en el Perú”, *Revista Antropológica* 37, n.º 42 (2019): 177-200, doi: <https://doi.org/10.18800/antropologica.201901.008>.

el Congreso decidió dejar sin efectos el acuerdo.⁸⁸ Las redes sociales también fueron un elemento importante en la organización del Movimiento 132 en México, el cual sirvió para generar modificaciones en el sistema electoral y político de dicho país, y demostrar que el uso de las redes sociales permite una mayor participación en asuntos de interés público.⁸⁹

A través de la tecnología también se ha creado el denominado “ciberactivismo”. Un ejemplo de esta figura se da en el contexto árabe, donde la libertad de expresión es limitada y, por ende, se opta por otros modos de protesta, tal y como se hizo en Marruecos al realizar un boicot contra productos de marcas emblemáticas, con el objetivo de que bajaran de precio.⁹⁰ Sin embargo, el uso de las nuevas herramientas digitales implica nuevos desafíos e impedimentos distintos al empleo de un espacio físico para exteriorizar la protesta, como el limitado acceso a internet, así como su relación con otros derechos, como a la privacidad, por lo que los Estados se encuentran obligados a plantear acciones frente a estos desafíos en la comunicación electrónica.⁹¹

Por otro lado, se puede protestar mediante los cuerpos. Los denominados “cuerpos-protesta”, entendidos como un cuerpo extenso, viviente, con emociones y cognición, un aspecto sensorial que excede su unidad biológica para convertirse en una unidad social que se interrelaciona con otros cuerpos y que, a través del uso del rostro, de la vista, del movimiento del cuerpo en la danza, se protesta, lo que genera experiencias artísticas.⁹²

Otras formas de protesta pueden materializarse en pinturas, cine o música. En 1986, en medio de la dictadura chilena, el colectivo Las Yeguas del Apocalipsis realizó varias *performances*, como bailar la cueca sobre un mapa de América que estaba cubierto de vidrios para enfrentarse a la dictadura.⁹³ Otros ejemplos del uso del arte para protestar son el “Siluetazo de 1983” en Argentina, donde se elaboraban siluetas humanas y se les asignaba el nombre de alguna persona desaparecida, películas como *La noche de los lápices* o *Presunto culpable*, o las obras de autores como Isabel Allende, Érico Veríssimo, Gabriel García Márquez, Vargas Llosa y J.J.

⁸⁸ Amaro La Rosa, “Movimientos sociales, redes sociales y recursos simbólicos”, *Revista Correspondencias & análisis*, n.º 6 (2016): 47-60, doi: <https://doi.org/10.24265/cian.2016.n6.03>.

⁸⁹ Marco Estrada Saavedra, “Sistema de protesta: política, medios y el # YoSoy 132”, *Revista Sociológica* 29, n.º 82 (2014): 83-123.

⁹⁰ Nasma Irakrak, “El ciberactivismo, nueva forma de movilización social en la campaña del boicot comercial en Marruecos”, *Ámbitos: Revista Internacional de Comunicación*, n.º 52 (2021): 204-225, doi: [10.12795/Ambitos.2021.i52.1](https://doi.org/10.12795/Ambitos.2021.i52.1).

⁹¹ Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Frank la Rue, cit.

⁹² Manuel Francisco González Hernández, “El cuerpo en la protesta social por Ayotzinapa. Prácticas artísticas y activismo en la toma política y cultural del Palacio de Bellas Artes”, *Revista Andamios* 14, n.º 34 (2017): 115-135.

⁹³ González Hernández, “El cuerpo en la protesta social por Ayotzinapa. Prácticas artísticas y activismo en la toma política y cultura del Palacio de Bellas Artes”.

Vega, que a través del realismo mágico resistieron y preservaron el recuerdo de las consecuencias negativas de las dictaduras.⁹⁴

Además de lo expuesto, se ha encontrado que los boicots que se realizan frente a ciertas empresas y productos se conciben como una verdadera acción colectiva que pretende generar cambios en el mercado, influir en los poderes del Estado, buscar un mayor bienestar social a través de cambios en el sistema económico o lograr visibilizar determinados objetivos sociales,⁹⁵ convirtiéndolos en una auténtica forma de realizar una protesta.

En Colombia se han presentado ejemplos de boicot. Uno de los más recientes fue el que se intentó contra el Grupo Aval, de propiedad de Luis Carlos Sarmiento Angulo, con el objeto de manifestar el rechazo social por las posibles conexiones de este grupo empresarial con el escándalo de corrupción de Odebrecht en el país.⁹⁶

En el mismo sentido, la Asamblea Departamental del Meta también protestó contra el mismo Grupo Aval por un alza desmedida en el precio de los peajes en las vías del departamento; la forma de realizar la protesta fue cambiar todas las cuentas bancarias que tenía este cuerpo colegiado del Grupo Aval y trasladar los dineros a otras instituciones financieras.⁹⁷

Otros ejemplos de boicot son los que se hicieron frente a la empresa de alimentos Goya, por pronunciamientos en torno al presidente de Estados Unidos Donald Trump,⁹⁸ y la instigación del presidente de Turquía Recep Erdoğan para no comprar productos franceses, por las decisiones de ese país contra agrupaciones islamistas.⁹⁹

Un caso curioso sobre el ejercicio del derecho a la protesta mediante el boicot fue el que se implementó por la transmisión de la novela *La tormenta*, en torno a la cual colectivos utilizaron las plataformas digitales para protestar contra la empresa Telemundo por emitir más capítulos de los que habían sido establecidos al inicio de la novela y en la que no participaba la actriz central. Los colectivos se organizaron para no ver algunos capítulos y si bien no consiguieron evitar el alargue de la novela, sí que la actriz participara en la parte final del proyecto, así

⁹⁴ Lina Victoria Parra Cortés, “Relaciones entre el arte y el derecho: ejemplos del arte en los procesos de protesta, memoria y reparación”, *Revista Internacional de Direito e Literatura* 5, n.º 1 (2019): 235-252, doi: [10.21119/anamps.51.235-252](https://doi.org/10.21119/anamps.51.235-252).

⁹⁵ Nina Rodríguez Correal, “El boicot de compra como instrumento de acción colectiva en Colombia: caso de estudio” (tesis de maestría, Universidad de los Andes, 2020), <http://hdl.handle.net/1992/35005>.

⁹⁶ Editora General, “¿Boicot al grupo Aval o miedo?”, *Colombia Informa*, 5 de diciembre de 2018.

⁹⁷ Yolanda Martínez, “Asamblea del Meta cerró cuentas del grupo AVAL en protesta por alza en peajes”, *RCN Radio*, 21 de febrero de 2020.

⁹⁸ Oliver Pieper, “Boicot al gigante alimentario Goya en EE.UU.”, *DW*, 13 de julio de 2020.

⁹⁹ RTVE, “Erdoğan pide boicotear productos franceses y compara a los musulmanes en Europa con los judíos antes del Holocausto”, 26 de octubre de 2020.

como visibilidad mediática por otros medios de comunicación tradicional, como diarios escritos.¹⁰⁰

En el marco del aislamiento obligatorio por el covid-19 se utilizaron distintos métodos de protesta, tales como el impedimento de circulación, manifestaciones públicas, concentraciones, asambleas, *happenings*, cacerolazos, escraches, ciberprotestas, boicots, motines, entre otros.¹⁰¹

Conclusiones

En el presente escrito se esbozaron algunos de los elementos más importantes en el ejercicio del derecho a la protesta, la protección que tiene esta figura en el ordenamiento jurídico internacional, el choque que puede tener con otros derechos y la tendencia a su represión y criminalización por parte de los Estados.

Se subraya que si bien el ejercicio del derecho a la protesta frecuentemente lleva consigo el choque con otros derechos, lo que se debe hacer no es prohibir la protesta, sino llevar a cabo la respectiva ponderación y, en todo caso, tener en cuenta lo expresado por doctrinantes como Gargarella:

... entiendo que cuando el derecho a la crítica choca contra otros derechos, el derecho a la crítica no tiene que ser el primero, sino el último en ser retirado. Esto no significa que podemos hacer cualquier cosa con la excusa de que estamos criticando al poder. Quiero decir que cuando se critica al poder, allí ocurre algo muy importante, que merece el máximo resguardo y amparo por parte de las autoridades judiciales.¹⁰²

Aunado a lo expuesto, se resalta que los jueces se enfrentan no solo a la ponderación de derechos en juego, sino también al estudio del derecho a la protesta a la luz de teorías democráticas y el sistema de gobierno que prime en su respectivo país.¹⁰³

También es dable anotar que, en este ejercicio de ponderación, la regularización detallada del derecho a la protesta no es una opción viable, pues si bien se ha buscado regularizar la protesta a través de reglas específicas, ello puede dar lugar a una

¹⁰⁰ Silvia Álvarez, “‘Tormenta’ en la Red: apropiación de imágenes y protesta social en torno a una telenovela”, *Anthropologica* 25, n.º 25 (2007): 31-60.

¹⁰¹ Ana Natalucci et al., *La protesta en cuarentena. Análisis de una base cuantitativa* (Buenos Aires: Centro de Innovación de los Trabajadores, 2020), https://citra.org.ar/wp-content/uploads/2020/12/2020_DOCUMENTO_Metodo-CITRA-volumen-6.pdf.

¹⁰² Roberto Gargarella, “El derecho a la protesta social”, *Revista Derecho y Humanidades*, n.º 12 (2006): 141-151.

¹⁰³ Roberto Gargarella, “Desigualdad y protesta social: una mirada crítica desde el derecho”, en *La exigibilidad de los derechos sociales* (Lima: Asociación Pro Derechos Humanos, 2014), 52-64.

protesta “juridificada”, esto es, una protesta modelada de acuerdo con el arbitrio de una autoridad política, la cual, a su vez, será la que esté en cuestionamiento con los actos de protesta.¹⁰⁴

En efecto, la protesta es un recurso democrático que se utiliza cuando los mecanismos institucionales no existen o no son efectivos para resolver las demandas sociales, lo cual implica entender la protesta como “la válvula de escape en la democracia”.¹⁰⁵

Por último, en este escrito se revisaron alternativas distintas a las marchas para ejercer el derecho a la protesta en el marco de la pandemia por el covid-19. El objetivo de ello es resaltar que la pandemia no puede convertirse en un argumento para hacer nugatorio el derecho a la protesta, dado que ello iría en contra de los valores democráticos y las normas de derechos humanos consagradas en distintos tratados.

Bibliografía

- ÁLVAREZ, Silvia. “‘Tormenta’ en la Red: apropiación de imágenes y protesta social en torno a una telenovela”. *Anthropologica* 25, n.º 25 (2007): 31-60.
- ARANA GONZÁLEZ, Roberto e IVONEE GUERRERO MOLINARES. “Movimiento obrero y protesta social en Colombia. 1920-1950”. *Revista Historia Caribe* 8, n.º 22 (2013): 167-193.
- ARIÑO, Omar Bouazza. “Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista de Administración Pública*, n.º 182 (2010): 209-224.
- BARRERA, Víctor y Carlos HOYOS. “¿Violenta y desordenada? Análisis de los repertorios de la protesta social en Colombia”. *Revista Análisis Político* 33, n.º 98 (2020): 167-190.
- BARRERA HERNÁNDEZ, Abel. “La protesta social: un derecho reprimido”. *Revista Contralínea* 7, n.º 106 (2008).
- BASSA JAIME y DANIEL MONDACA. “Protesta social y derecho: una tensión irresoluble”, *Revista Izquierdas*, n.º 46 (2019): 105-136. <http://dx.doi.org/10.4067/So718-50492019000200105>.
- BERTI, Silvana y ARIADNA CANTÚ. “Protestar por los derechos, el derecho a protestar. Una lectura desde las audiencias”. *Revista Campos en Ciencias Sociales* 1, n.º 1 (2013): 125-148.
- CASTRO PÉREZ, Raúl. “Quería probar que puedo hacer tendencia. Activismos ciudadanos online y prácticas políticas en el Perú”. *Revista Anthropologica* 37, n.º 42 (2019): 177-200. doi: <https://doi.org/10.18800/anthropologica.201901.008>.

¹⁰⁴ Bassa y Mondaca, “Protesta social y derecho: una tensión irresoluble”.

¹⁰⁵ Luis Mauricio Maldonado Ruiz, “Criminalización de la protesta social en el Ecuador”, *Sur Academia: Revista Académica-Investigativa de la Facultad Jurídica, Social y Administrativa* 6, n.º 12 (2019): 65-77.

- CORTEZ MORALES, Edgar. "Criminalización de la protesta social en México". *Revista El Cotidiano*, n.º 150 (2008): 73-76.
- CORTEZ MORALES, Edgar. "Protestar es un derecho, reprimir es un delito". *Revista Análisis Plural*, n.º 1 (2014): 209-219.
- CRUZ RODRÍGUEZ, Edwin. "El derecho a la protesta social en Colombia". *Revista Pensamiento Jurídico*, n.º 42 (2015): 47-69.
- CRUZ RODRÍGUEZ, Edwin. "El ciclo de protesta 2010-2016 en Colombia. Una explicación". *Revista Jurídicas CUC* 12, n.º 1 (2016): 31-66.
- ESPIÑOZA HERNÁNDEZ, Raymundo. "Defender los derechos, defender la protesta". *Revista Cotidiano*, n.º 186 (2014): 97-118.
- FENWICK, Helen. "The Right to Protest, the Human Rights Act and the Margin of Appreciation". *The Modern Law Review* 62, n.º 4 (1999): 491-514.
- GANON, Gabriel. "El derecho a la protesta social y la crítica de la violencia". *Revista Derechos en Acción*, n.º 3 (2017): 41-52.
- GARRIDO PÉREZ, Eva. "El derecho de reunión: contemplación jurídica y elementos de restricción desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Sistema Español de Relaciones Laborales". *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 145 (2018): 281-315.
- GARGARELLA, Roberto. "El derecho a la protesta social". *Revista Derecho y Humanidades*, n.º 12 (2006): 141-151.
- GARGARELLA, Roberto. "Un diálogo sobre la ley y la protesta social". *Revista de Derecho PUCP*, n.º 61 (2008): 19-50. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200801.001>.
- GARGARELLA, Roberto. "Desigualdad y protesta social: una mirada crítica desde el derecho". En *La exigibilidad de los derechos sociales*, 52-64. Lima: Asociación Pro Derechos Humanos, 2014.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Manuel Francisco. "El cuerpo en la protesta social por Ayotzinapa. Prácticas artísticas y activismo en la toma política y cultural del Palacio de Bellas Artes". *Revista Andamios* 14, n.º 34 (2017): 115-135.
- HUERTAS, Ma. Ascensión. "Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas a partidos políticos y a sindicatos". *Revista Cuestiones Constitucionales*, n.º 23 (2010): 85-120.
- IRAKRAK, Nasma. "El ciberactivismo, nueva forma de movilización social en la campaña del boicot comercial en Marruecos". *Ámbitos: Revista Internacional de Comunicación*, n.º 52 (2021): 204-225. doi: 10.12795/Ambitos. 2021.i52.1.
- LA ROSA, Amaro. "Movimientos sociales, redes sociales y recursos simbólicos". *Revista Correspondencias & análisis*, n.º 6 (2016): 47-60. doi: <https://doi.org/10.24265/cian.2016.n6.03>.
- MALDONADO RUIZ, Luis Mauricio. "Criminalización de la protesta social en el Ecuador". *Sur Academia: Revista Académica-Investigativa de la Facultad Jurídica, Social y Administrativa* 6, n.º 12 (2019): 65-77.
- MARTÍ, Salvador. "Etnicidad, movimientos sociales y protestas. ¿Cómo interpretar la movilización y la política indígena en el siglo XXI?". *Latin American Research Review* 49, n.º 1 (2014): 242-250. doi: 10.1353/lar.2014.0012.

- NATALUCCI, Ana *et al.* *La protesta en cuarentena. Análisis de una base cuantitativa*. Buenos Aires: Centro de Innovación de los Trabajadores, 2020. https://citra.org.ar/wp-content/uploads/2020/12/2020_DOCUMENTO_Metodo-CITRA-volumen-6.pdf.
- OTOYA JIMÉNEZ, Víctor Alfonso. “El derecho a la protesta como derecho fundamental no enumerado”. *Revista Gaceta Constitucional*, n.º 126 (2018): 199-207.
- PARRA CORTÉS, Lina Victoria. “Relaciones entre el arte y el derecho: ejemplos del arte en los procesos de protesta, memoria y reparación”. *Revista Internacional de Direito e Literatura* 5, n.º 1 (2019): 235-252. doi: [10.21119/anamps.51.235-252](https://doi.org/10.21119/anamps.51.235-252).
- PEDRAZA RAMOS, Alejandro Karin. “La construcción del sujeto político indígena en la lucha por el derecho a tener derechos”. *Revista Sociológica*, n.º 35 (2020): 171-204.
- PEREYRA, Sebastián *et al.* *El derecho a la protesta social en la Argentina*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, 2017.
- PERSONERÍA DE MEDELLÍN. “Protesta social: entre derecho y delito”. *Revista Kaviando* 2, n.º 2 (2010): 133-144.
- RÁBAGO DORBECKER, Miguel. “La criminalización de la protesta social como forma de restricción de la libertad de expresión en México: movimientos sociales en el centro de la llamada ‘lucha contra la delincuencia organizada’”. En *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?*, 145-162. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010.
- ROBLES ESTRADA, Ana Sofía. “Manifestaciones de la excepcionalidad en Colombia y su incidencia en el derecho a la protesta”. *Revista Borradores de Investigación*, n.º 68 (2015): 7-29.
- RODRÍGUEZ CORREAL, Nina. “El boicot de compra como instrumento de acción colectiva en Colombia: caso de estudio”. Tesis de maestría. Universidad de los Andes, 2020. <http://hdl.handle.net/1992/35005>.
- SALDAÑA CUBA, José. “El sistema de justicia penal y el derecho a la protesta: el caso del proyecto minero Conga (Cajamarca 2011-2012)”. Tesis de maestría. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5632>.
- SALDAÑA CUBA, José y Jorge PORTOCARRERO SALCEDO. “La violencia de las leyes: el uso de la fuerza y la criminalización de protestas socioambientales en el Perú”. *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*, n.º 179 (2017): 311-352. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.013>.
- SÁNCHEZ BENITES, Darvin Antonio. “Protesta social en Nicaragua: ¿derecho o delito?”. En *Nicaragua en crisis, entre la revolución y la sublevación*, editado por Aleksander AGUILAR, Esteban DE GORI y Carmen VILLACORTA, 133-141. Buenos Aires: Sans Soleil, 2018.
- SÁNCHEZ MERA, Ana. “La criminalización de la protesta social y los movimientos de defensa de los derechos humanos como alternativa en las luchas por la dignidad”. *Revista Tiempo de paz*, n.º 122 (2016): 92-99.

- SÁNCHEZ PAZMIÑO, Marcelo. “Análisis del derecho a la resistencia desde la protesta pacífica”. *Revista Imaginario Social* 4, n.º 1 (2021): 33-43. doi: <https://doi.org/10.31876/is.v4i1.35>.
- SCHERMAN, Andrés, Arturo ARRIAGADA y Sebastián VALENZUELA. “La protesta en la era de las redes sociales: el caso chileno”. *Intermedios. Medios de comunicación y democracia en Chile*, n.º 1 (2013): 179-197.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Protesta”. *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 4 (2019): 1.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Derecho penal y protesta social”. En *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?*, 1-15. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010.

Legislación y jurisprudencia

- CIDH. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2007. Capítulo IV. Desarrollo de los Derechos Humanos en la región*. OEA/Ser.L/V/II.130, Doc. 22 rev. 1.
- CIDH. *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de los derechos humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II, 31 de diciembre de 2011.
- CIDH. *Protesta y derechos humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.22/19, septiembre de 2019.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-251 de 28 de mayo de 1997. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-366 de 27 de junio de 2013. M. P. Alberto Rojas Ríos.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-049 de 10 de febrero de 2016. M. P. Jorge Iván Palacio.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-520 de 21 de septiembre de 2016. M. P. María Victoria Calle Correa.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-223 de 20 de abril de 2017. M. P. Alberto Rojas Ríos.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-281 de 3 de mayo de 2017. M. P. Aquiles Arrieta Gómez.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-007 de 17 de marzo de 2018. M. P. Diana Fajardo Rivera.
- CORTE IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 73.
- CORTE IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 74.
- CORTE IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 107.

- CORTE IDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 111.
- CORTE IDH. Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 135.
- CORTE IDH. Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 151.
- CORTE IDH. Caso Kimel *vs.* Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 177.
- CORTE IDH. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 195.
- CORTE IDH. Caso Ríos y otros, Sentencia de 28 de enero de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 194.
- CORTE IDH. Caso Tristán Donoso *vs.* Panamá, Sentencia de 27 de enero de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 193.
- CORTE IDH. Caso Usón Ramírez *vs.* Venezuela, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 207.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia 7641 de 22 de septiembre de 2020, Radicación 11001-22-03-000-2019-02527-02, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona.
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*. Resolución 34/169, 17 de diciembre de 1979.
- NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación general n.º 29. Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001.
- NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación general n.º 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004.
- NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación general n.º 34. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión*. CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011.
- NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank la Rue*. A/HRC/14/23, 20 de abril de 2010.
- NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai*. A/HRC/20/27, 21 de mayo de 2012.
- NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai*. A/HRC/23/39, 24 de abril de 2013.
- NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank la Rue*. A/HRC/14/23, 20 de abril de 2010.

OEA. *Informe del Comité Jurídico Interamericano. Guía para la regulación del uso de la fuerza y la protección de las personas en situaciones de violencia interna que no alcanzan el umbral de un conflicto armado*. CJI/doc.401/12 rev.4, 8 de agosto de 2012.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939).

TEDH, SECCIÓN CUARTA. *Caso Baczkowski y otros v. Polonia*, Solicitud 1543/06, 3 de mayo de 2007.

TEDH, SECCIÓN TERCERA. *Caso Afdaire Enerji Yapi-Yol Sen v. Turquía*, Solicitud 68959/01, 21 de abril de 2009.

TEDH, SECCIÓN SEGUNDA. *Caso Ürfi Çetinkaya v. Turquía*, Solicitud 19866/04, 23 de julio de 2013.

TEDH, SECCIÓN QUINTA. *Caso Tagiyev y Huseynov v. Azerbaiyán*, Solicitud 13274/08, 5 de diciembre de 2019.

TEDH, SECCIÓN TERCERA. *Caso Berkman v. Rusia*, Solicitud 46712/15, 1 de diciembre de 2020.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN CUARTA, SUBSECCIÓN B. Radicación 250002315000-2020-02700-00, 27 de abril de 2021. M. S. Nelly Yolanda Villamizar Peñaranda.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. Sentencia de julio de 2010, Expediente 00012-2008-PI/TC.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. Sentencia de 2 de junio de 2020, Expediente 0009-2018-PI/TC.

Álvaro Másquez Salvador* (Perú)
Luis Purizaga Vértiz** (Perú)

Un diagnóstico de la protesta social en el Perú del Bicentenario: desde su criminalización hasta el reconocimiento como derecho fundamental***

RESUMEN

En Perú, las protestas sociales han sido el principal mecanismo de participación ciudadana en los últimos veinte años. Este protagonismo ha generado un fenómeno de criminalización contra colectivos en situación de vulnerabilidad, que busca debilitar y deslegitimar su organización social. En un contexto de crisis política y social, el Tribunal Constitucional ha dictado recientemente una sentencia en el caso del Colegio de Abogados de Puno (Exp. 0009-2018-PI/TC) que reconoce la protesta como un derecho fundamental autónomo, con un contenido material y límites que buscan garantizar su ejercicio.

Abordaremos la importancia de la protesta en la democracia deliberativa a través de hechos en nuestra historia reciente en los que esta ha jugado un rol clave. A continuación, analizaremos la sentencia, sus antecedentes en la práctica jurisprudencial, sus fortalezas y debilidades. Finalmente, examinaremos las perspectivas y los desafíos que supone implementarla en la compleja realidad peruana.

* Bachiller en Derecho, Universidad de San Martín de Porres, con estudios complementarios en Litigio Estratégico en Derechos Humanos, Hertie School of Governance y Open Society Justice Initiative. Especialista legal del Instituto de Defensa Legal, investigador y adjunto de docencia universitaria. amasquez@idl.org.pe / código orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5013-9308>.

** Magíster en Ciencia Política y Gobierno, Pontificia Universidad Católica del Perú; sociólogo, Universidad Nacional Mayor de San Marcos; abogado, Universidad de San Martín de Porres; investigador del Instituto de Defensa Legal. luispurizaga@gmail.com / código orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6236-7153>.

*** A la memoria de Inti Sotelo, Bryan Pintado y todas las víctimas de la violencia estatal en nuestro país, en costa, sierra y selva. El presente artículo forma parte de una investigación en curso, cuyo objetivo es analizar la forma en que el Estado peruano, a lo largo de los últimos años, ha venido empleando herramientas legales –como los estados de emergencia– para criminalizar las protestas de los pueblos indígenas en contextos de conflictos socioambientales.

Palabras clave: criminalización de la protesta social; democracia deliberativa; violencia policial.

A diagnosis of social protest in Peru of the Bicentennial: from its criminalization to its recognition as a fundamental right

ABSTRACT

In Peru, social protests have been the principal mechanism of citizen participation in the last twenty years. Their prominence has generated the phenomenon of criminalization against vulnerable groups, which aims to weaken and delegitimize their social organizations. In a context of political and social crisis, the Constitutional Court recently issued a decision that recognizes protest as an autonomous fundamental right, with substantive content and limits that guarantee its exercise.

We will address the importance of protest in a deliberative democracy through events in our recent history in which it has played a key role. Next, we will analyze the decision, its precedents in jurisprudential practice, and its strengths and weaknesses. Finally, we will address the perspectives and challenges of implementing it in the complex Peruvian reality.

Keywords: criminalization of social protest; deliberative democracy; police violence.

Bestandsaufnahme der sozialen Proteste zur Zweihundertjahrfeier Perus: von der Kriminalisierung zur Anerkennung als Grundrecht

ZUSAMMENFASSUNG

In den vergangenen zwanzig Jahren bildeten soziale Proteste den Hauptmechanismus staatsbürgerlicher Teilhabe in Peru. Infolge dieses Protagonismus erfolgte eine zunehmende Kriminalisierung gefährdeter Kollektive mit dem Ziel, ihre soziale Organisation zu schwächen und ihre Legitimität in Frage zu stellen. Vor dem Hintergrund der politischen und sozialen Krise verkündete das Verfassungsgericht vor Kurzem ein Urteil, das den Protest als ein eigenständiges Grundrecht mit materiellem Gehalt und Grenzen zur Gewährleistung seiner Ausübung anerkennt.

Wir gehen der Bedeutung von Protesten in einer deliberativen Demokratie anhand von Ereignissen aus unserer jüngeren Geschichte nach, bei denen sie eine Schlüsselrolle spielten. Daran schließt sich eine Analyse des Urteils und seiner Vorläufer in der Rechtsprechungspraxis und ihrer Stärken und Schwächen an. Abschließend gehen wir auf die Aussichten und Herausforderungen ein, die mit der Umsetzung des Urteils im Kontext der komplexen Realität Perus verbunden sind.

Schlagwörter: Kriminalisierung des sozialen Protests; deliberative Demokratie; Polizeigewalt.

Introducción

El régimen democrático actual en el Perú –recuperado en 2001 tras el fin de la dictadura fujimorista– carece de instituciones sólidas para procesar las demandas de la ciudadanía.¹ El retorno a la democracia no ha logrado apuntalar el proyecto republicano, pues, en las últimas décadas, el neoliberalismo ha antepuesto el desarrollo económico al fortalecimiento del Estado y las instituciones públicas.

La crisis del sistema de representación política es transversal a todos los aspectos de nuestra vida en sociedad. Una institucionalidad precaria y una red de partidos políticos desprestigiada, entre otros factores, golpean por igual a los sectores público y privado, a escala nacional y local. Como en muchos otros países de la región, nuestras élites gobernantes no han sido capaces de representar los intereses ni, mucho menos, las aspiraciones de la ciudadanía.

La democracia peruana está condicionada por brechas sociales que operan desde que se instauró la república como horizonte político hace 200 años. Hoy llegamos al Bicentenario en medio de una crisis sanitaria y económica provocada por la pandemia del coronavirus y la elección de un nuevo gobierno nacional (2021-2026). Todos estos ingredientes han creado un contexto de convulsión y crisis permanente.

Si bien las protestas contra el breve gobierno de Manuel Merino en 2020 fueron su expresión más sobresaliente, estas forman parte de un proceso más largo y continuo de crisis política y de representatividad. De tal manera, la protesta social se ha convertido en el mecanismo de participación política más auténtico con el que cuenta la ciudadanía. La movilización pública representa así un ejercicio activo y crítico de la democracia, esencial para su sostenimiento. Esto es aplicable para los diferentes grupos de la población: mujeres, estudiantes universitarios, pueblos indígenas, trabajadores y todas las demás personas.

Por ello es que resulta de especial trascendencia la sentencia que dictó el Tribunal Constitucional del Perú, en agosto de 2020, en el caso del Colegio de Abogados de Puno contra el Poder Ejecutivo. En ella, por primera vez, se reconoció el valor del derecho a protestar como un derecho fundamental autónomo. Pero, además, el Tribunal lo dotó de un contenido material y de límites para garantizar su ejercicio.

El objetivo principal de este artículo es ofrecer un análisis crítico de las fortalezas y debilidades de esta sentencia, en la medida en que incorpora un nuevo derecho al catálogo constitucional; además, reflexionar sobre su impacto en la realidad nacional.

Este documento tiene tres secciones. En la primera, abordaremos la importancia de la protesta como pilar de la democracia deliberativa, para lo cual revisaremos

¹ Autores como Vergara señalan que somos un país de “ciudadanos sin república” porque “tenemos más ciudadanos que nunca antes en nuestra historia. Una ciudadanía impulsada por el músculo económico más que desde la virtud pública. Pero el individuo enriquecido o empobrecido es ya más ciudadano que nunca antes” (Alberto Vergara, *Ciudadanos sin república* [Lima: Planeta, 2018]).

algunos hechos de nuestra historia reciente en los que ha jugado un rol clave. Luego, analizaremos la sentencia y sus antecedentes. Por último, reflexionaremos sobre los desafíos que supone su implementación en la compleja realidad peruana.

1. El rol de la protesta como catalizador democrático en el Perú contemporáneo

El excongresista Merino asumió el poder por seis días, entre el 9 y el 15 de noviembre de 2020, después de que el Congreso de la República destituyó al entonces presidente Martín Vizcarra. Merino renunció al cargo de presidente, asediado por una ola de protestas multitudinarias que sacudieron el país. Las movilizaciones, en medio de la pandemia, fueron encabezadas por jóvenes de diversas clases sociales. Para muchos, incluidos menores de edad, era su primera vez en una manifestación pública.

Dos jóvenes ciudadanos fueron asesinados –Inti Sotelo y Bryan Pintado– y más de 200 resultaron heridos en el Cercado de Lima, según corroboraron la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos² y la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “La Policía hizo un uso innecesario y excesivo de la fuerza”, concluyó el organismo internacional en un informe elaborado tras su visita al país.³

Las protestas expresaron el hartazgo colectivo frente al criticado desempeño del Congreso, que había demostrado anteponer intereses particulares y partidarios a los problemas urgentes vinculados a la pandemia, así como el rechazo a la conducta represiva del Estado, expresada en la violencia policial y la criminalización de la protesta.⁴

Con el propósito de deslegitimar a los manifestantes, el fugaz gobierno de Merino apeló al ya muchas veces utilizado “terruqueo”: un dispositivo que apela a la memoria colectiva sobre el accionar terrorista de Sendero Luminoso (SL) y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) durante los años ochenta y noventa en el Perú.

El “terruqueo” es un arma simbólica de control⁵ que utiliza el miedo para desmovilizar a la sociedad, así como para habilitar, facilitar y justificar la represión por

² Canal N, “CNDDHH reporta 112 heridos y 41 desaparecidos tras masivas protestas contra el régimen de Manuel Merino de Lama”, 15 de noviembre de 2020, acceso el 28 de abril de 2021, <https://canaln.pe/actualidad/cnddhh-reporta-112-heridos-y-41-personas-desaparecidas-masivas-protestas-contra-regimen-manuel-merino-lama-n427581>.

³ ACNUDH, *Informe sobre la Misión a Perú* (Lima: ACNUDH, 2020), párr. 5.

⁴ Cecilia Méndez, *Coloquio CID 6: Todo nos une, nada nos divide, y sin embargo... El ser (político) de la izquierda peruana* (Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2021), acceso el 2 de agosto de 2021, <https://www.youtube.com/watch?v=gjbc-yZeTBk&t=13s>.

⁵ José Carlos Agüero, “El terruqueo”, *La República*, 22 de junio de 2019, acceso el 30 de mayo de 2021, <https://larepublica.pe/politica/2019/06/22/el-terruqueo/>.

parte del Estado. Durante los últimos años, este ha sido el principal mecanismo empleado por autoridades estatales y algunos grupos conservadores –cercanos a la derecha– para deslegitimar e incluso anular todo tipo de organización social y socavar el derecho a la protesta. En palabras de Bolo:

Las personas o colectivos *terruqueados* son invalidados. Esta anulación se da en dos dimensiones: por un lado, hacen que tus reclamos no sean tomados en cuenta; lo que dices no vale porque eres “terruco”, y ser “terruco” *a priori* significa no tener voz ni voto y no tienes derecho a nada. Pero, por otro lado, es un arma también de prevención, porque yo al *terruquearte* estoy avisando que cualquier otro que quiera hacer algo parecido automáticamente va a ser identificado como terrorista y ser terrorista en nuestro país es el escalón más bajo de la escala social, ahí no tienes derecho a nada. Si te acuso de ser terrorista te niego cualquier posibilidad de reclamar o ser escuchado.⁶

A pesar de esto, estudios de opinión realizados días después de las protestas dieron cuenta del amplio apoyo ciudadano que lograron. De acuerdo con una encuesta realizada por Ipsos a nivel nacional, el 86% de la población apoyó las movilizaciones y el 76% consideró que “hubo una represión policial abusiva e injustificada”.⁷

Mucho se ha escrito sobre lo ocurrido, incluyendo columnas de opinión publicadas por la prensa nacional e internacional. Algunas destacaron el rol protagónico cumplido por los jóvenes, identificando en ellos a una llamada “Generación del Bicentenario”;⁸ otros ahondaron en la crisis del régimen democrático;⁹ y no pocos prestaron atención al uso de los medios virtuales para la organización de las protestas.¹⁰ Sin embargo, a pesar de la enorme relevancia política que lograron los manifestantes, aún está pendiente un estudio que considere los aspectos estructurales que operaron en dicha coyuntura, tales como la criminalización de la protesta social y la violencia policial institucionalizada.

⁶ Oswaldo Bolo, entrevista con Juan Takehara, 6 de julio de 2021, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, acceso el 2 de agosto de 2021, <https://idehpucp.pucp.edu.pe/entrevistas/oswaldo-bolo-el-terruqueo-tambien-se-vincula-con-toda-esta-logica-de-posverdad-y-fakenews/>.

⁷ Ipsos, *La crisis política. Encuesta de opinión* (Lima: Ipsos, 2020), https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2020-11/la_crisis_politica_noviembre_2020.pdf.

⁸ Andina Agencia de Noticias, “¿Qué es la Generación Bicentenario de la que tanto se habla en Perú?”, noviembre 2021, acceso el 28 de abril de 2021, <https://andina.pe/agencia/noticia-que-es-generacion-del-bicentenario-de-que-tanto-se-habla-peru-822208.aspx>.

⁹ Alberto Vergara, entrevista con Jaime Bedoya, *El Comercio*, 28 de diciembre de 2020, acceso el 28 de abril de 2021, <https://elcomercio.pe/politica/actualidad/alberto-vergara-el-pais-real-es-mucho-mejor-que-el-pais-dirigencial-entrevista-noticia/>.

¹⁰ *Ojo Público*, “El museo de lo efímero: los carteles que se volvieron documentos de la indignación”, 22 noviembre de 2020, acceso el 28 de abril de 2021, <https://ojo-publico.com/2258/los-carteles-que-se-volvieron-documentos-de-la-indignacion>.

Lamentablemente, el uso innecesario y excesivo de la fuerza por parte de la Policía Nacional no es excepcional en Perú, sino la práctica más frecuente. El 9 de agosto de 2020, tres ciudadanos indígenas de la etnia kukama kumamiria –William López, Cheminton Flores y Elix Ruiz– murieron al ser atacados con armas de fuego cuando protestaban contra la empresa brasileña Petrotal, que opera un lote petrolero en la localidad amazónica de Breña (Loreto).¹¹ El 23 de julio, en la provincia andina de Espinar (Cusco), tres manifestantes quechuas fueron heridos por policías, en respuesta a sus reclamos contra el proyecto minero Antapaccay, propiedad de la multinacional suiza Glencore.¹² El 30 de diciembre, el trabajador Yener Muñoz y el menor de iniciales K. N. R. C. fueron acribillados en la localidad norteña de Virú (La Libertad), en el contexto de las protestas contra el régimen laboral agrario. Una pericia realizada por la propia Dirección de Investigación Criminal de la Policía Nacional confirmó que fue el arma de un suboficial la que disparó el proyectil que acabó con la vida de Yener.¹³

En el largo plazo, el escenario nacional es alarmante. Según Flores Ungaza,¹⁴ con base en información de la Defensoría del Pueblo, un total de 289 personas fallecieron en conflictos sociales entre 2006 y 2020, mientras que 5.098 fueron heridas, incluidos civiles y policías.

En todos estos casos, la protesta ha tenido un rol clave como legítima expresión de las demandas sociales de la ciudadanía frente al poder político y económico, algunas de larga data y otras vinculadas a escenarios concretos de crisis. Sin duda, esta no solo ha servido como el vehículo más eficiente para lograr visibilidad y sumar adhesiones en la opinión pública, sino que, además, ha logrado un impacto mayor en el Estado y los gremios empresariales, que a menudo resultaron en cambios tangibles. Consideramos, por ende, que la protesta social ha jugado un papel preponderante como catalizador democrático en nuestra sociedad.

¹¹ Organización Regional de los Pueblos Indígenas del Oriente, “Orpio y Aidecobap presentan videos completos de la muerte de 3 kukamas en Petrotal”, acceso el 28 de abril de 2021, <http://www.orpio.org.pe/?p=2221>.

¹² Derechos Humanos sin Fronteras, “Heridos de bala de Espinar esperan respuesta de la Fiscalía”, acceso el 28 de abril de 2021, <https://derechosinfronteras.pe/heridos-de-bala-de-espinar-denuncian-a-pnp-por-lesiones-durante-protesta/>.

¹³ Wayka, “Jorge Muñoz: confirman que bala que asesinó a trabajador pertenece al arma del policía José Hoyos”, 4 de enero de 2021, acceso el 23 de julio de 2021, <https://wayka.pe/jorge-munoz-confirman-bala-que-asesino-a-trabajador-pertence-al-arma-del-policia-jose-hoyos/>.

¹⁴ César Flores Ungaza, “Sostenibilidad minera y los muertos y heridos por conflictos sociales frente al Bicentenario”, *CooperAcción*, acceso el 28 de abril de 2021, <http://cooperacion.org.pe/sostenibilidad-minera-y-los-muertos-y-heridos-por-conflictos-sociales-frente-al-bicentenario/>.

2. La protesta como condición esencial de la democracia deliberativa

2.1. Régimen democrático y Estado de derecho

Para analizar la protesta dentro del régimen democrático es necesario empezar por enfocarnos en el concepto de este sistema político.

Consideramos, de acuerdo con Dahl,¹⁵ que un régimen democrático debe satisfacer por lo menos cinco criterios, a fin de cumplir con la exigencia de que sus miembros tengan el mismo derecho a participar en las decisiones políticas: i) participación efectiva, ii) igualdad de voto, iii) comprensión ilustrada, iv) control de la agenda y v) ciudadanía inclusiva. Cada uno de estos criterios es necesario si los miembros de una comunidad han de ser iguales políticamente en el momento de determinar las reglas para su convivencia social. Por ello, los iguales dejarán de serlo cuando alguno de los requisitos mencionados esté ausente. Las exigencias planteadas por Dahl deben desplegarse en un Estado de derecho fuerte, que haga posible que el marco legal que las garantice sea respetado. En palabras de O'Donnell:

Un Estado fuerte está entrelazado densamente con la sociedad a través de la efectividad de su legalidad y la eficacia de burocracias que operan regularmente para respaldar e implementar esa legalidad. Este tipo de Estado genera y garantiza el bien público de un orden social razonablemente predecible, tanto por su reproducción habitualmente presupuesta como por la expectativa de cumplimiento de los derechos y obligaciones que sanciona.¹⁶

Por esta razón, para O'Donnell, el objeto adecuado de reflexión, así como de la práctica política, reside más en la “democratización” que en la democracia:

Consiste, más allá del núcleo provisto por el régimen y su propia mayor democratización, en la adquisición y respaldo legal de derechos y libertades, sustentados más amplia y sólidamente, que conciernen a los aspectos civiles, sociales y culturales de la ciudadanía, así como también, y por supuesto, a la expansión de libertades y derechos políticos.¹⁷

Si ahondamos en el primer criterio, la participación efectiva, veremos que el recurso de la manifestación pública ha sido central en los modos de participación

¹⁵ Robert A. Dahl, *La democracia. Una guía para los ciudadanos* (Buenos Aires: Taurus, 1999).

¹⁶ Guillermo O'Donnell, *Democracia, agencia y Estado. Teoría con intención comparativa* (Buenos Aires: Prometeo Libros, 2010).

¹⁷ O'Donnell, *Democracia...*

política desde fines de los años setenta, tanto en su relación con otras formas de acción de protesta como con las más convencionales. Se habla así de “democracia de la protesta” o “sociedad en y de movimiento(s)” para designar esta transformación de los modos de acción política, cuyo elemento central sería la institucionalización de la manifestación callejera en toda la población.¹⁸

Para el estudio de las movilizaciones y protestas, la teoría de los movimientos sociales nos ofrece tres marcos analíticos: las oportunidades políticas, las estructuras de movilización y los marcos interpretativos culturales. Las oportunidades políticas son las estructuras institucionales o las relaciones de los poderes informales dentro de un sistema político.¹⁹

Las cuatro dimensiones de estas oportunidades políticas son: i) el grado de apertura relativa del sistema político institucionalizado, ii) la estabilidad o inestabilidad de las alianzas entre las élites, iii) la presencia o ausencia de aliados entre las élites, y iv) la capacidad y propensión del Estado a la represión.²⁰ El análisis de las oportunidades políticas ayuda a entender la manera en que las movilizaciones surgen y crecen en determinadas condiciones, dado que estas tendrían una mayor probabilidad de éxito ante un sistema político democrático y abierto.²¹

Las estructuras de la movilización remiten a aquellas redes sociales preexistentes y proclives a la misma, por lo que resultan fundamentales para la organización de manifestaciones y protestas. Finalmente, el análisis de los marcos interpretativos culturales indica que estos son construcciones sociales que funcionan como filtros para interpretar la realidad. Estos filtros ayudan al individuo a seleccionar elementos de su ambiente, tanto del presente como del pasado.²²

2.2. Criminalización de la protesta social

Con relación a la criminalización de la protesta, encontramos que este es un concepto que se ha posicionado como tópico de discusión académica en América Latina. Diferentes estudios e informes lo utilizan para hacer referencia a

¹⁸ Olivier Fillieule y Danielle Tartakowsky, *La manifestación. Cuando la acción colectiva toma las calles* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2015).

¹⁹ Peter K. Eisinger, “The conditions of protest behavior in american cities”, *American Political Science Review*, n.º 67 (1975); Charles Brockett, “The structure of political opportunities and peasant mobilization in Central America”, *Comparative Politics*, n.º 23 (1991); Sidney Tarrow, *El poder en movimiento. Movimientos sociales, acción colectiva y política* (Madrid: Alianza Editorial, 1997).

²⁰ Doug McAdam, “Conceptual origins, current problems and future directions”, en *Comparative Perspectives on Social Movements* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996).

²¹ Donatella della Porta, *Social Movement, Political Violence and the State* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995).

²² David Snow y Robert Benford, “Ideology, frame resonance and participant mobilization”, *International Social Movement Research*, n.º 1 (1988).

intervenciones estatales que tienen por objetivo intimidar y deslegitimar las protestas sociales.²³

Este fenómeno ha sido analizado en diferentes tipos de protestas, como por ejemplo en aquellas vinculadas a la defensa del medio ambiente ante el avance de actividades extractivas,²⁴ en zonas urbanas debido a las crisis económicas y su correlato de desempleo y pobreza,²⁵ así como en contextos de crisis políticas.²⁶

Algunas definiciones de la criminalización de la protesta han destacado la judicialización de lo político, para dar cuenta del traslado de las protestas sociales del campo político al jurídico.²⁷ Alvarado²⁸ destaca que estos diferentes enfoques muestran que la criminalización es un proceso multidimensional, en donde se encuentran involucrados elementos jurídicos, políticos y sociales. Lo característico de lo que comúnmente se entiende por criminalización es la llamada “judicialización”: un proceso –precedido de un ejercicio de control policial de la protesta social– mediante el cual se intenta trasladar un conflicto de la arena política a la judicial, recurriendo a instrumentos legales e instituciones judiciales.²⁹

En América Latina, la criminalización de la protesta se ha caracterizado por ser particularmente intensa en el caso de las organizaciones y los movimientos socio-territoriales, donde sobre todo participan comunidades-territorios indígenas, campesinos y negros, los mismos que mantienen luchas contra proyectos extractivos y neoextractivos que conllevan desposesión sobre sus territorios y bienes comunes.³⁰

En esta misma dirección, el trabajo de Poulos y Haddad demuestra que la represión de este tipo de movimientos es un fenómeno identificable en diferentes Estados/Gobiernos, indiferentemente de sus sistemas políticos, sean estos democráticos o no. Esta es más frecuente en conflictos que incluyen lo que estas autoras denominan

²³ Alejandro Alvarado, “La criminalización de la protesta social: un estado de la cuestión”, *Revista Rupturas*, n.º 10 (2019).

²⁴ Maristella Svampa y Claudio Pandolfi, “Las vías de la criminalización de la protesta en Argentina”, *OSAL*, n.º 14 (2004).

²⁵ Matías Artese, “El discurso que criminaliza. Un estudio sobre la construcción social de la deslegitimación de la protesta (1996-1999)”, en *Documento de Jóvenes Investigadores n.º 13* (Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Gino Germani de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2006).

²⁶ María Antonia Muñoz, *Sísifo en Argentina. Orden, conflicto y sujetos políticos* (Buenos Aires: Eduvim, 2010).

²⁷ Víctor Toledo, “Prima ratio. Movilización mapuche y política penal. Los marcos de la política indígena en Chile 1990-2007”, *OSAL*, n.º 22. (2007); Marielle Palau, “Represiones, atropellos y persecuciones a comunidades y organizaciones campesinas”, en *Criminalización de la lucha campesina*, coord. por Marielle Palau, Juan Martens y José Sánchez (Asunción: BASE Investigaciones Sociales, 2009), 35-73.

²⁸ Alvarado, “La criminalización de la protesta social: un estado de la cuestión”.

²⁹ Alvarado, “La criminalización de la protesta social: un estado de la cuestión”.

³⁰ Alvarado, “La criminalización de la protesta social: un estado de la cuestión”.

como *grupos marginados* (o pobres) que luchan contra proyectos extractivos y en sus comunidades (territorios).³¹

Podemos definir entonces la criminalización como un proceso consistente en el uso de la represión física por parte del Estado, mediante el uso y abuso de los mecanismos legales, para controlar a grupos sociales en conflicto. Su rasgo característico es el empleo de la legalidad y la institucionalidad judicial para encausar, procesar y, eventualmente, apresar a integrantes de organizaciones y movimientos sociales por su participación en actos de protesta.³² Es necesario considerar que la construcción mediática de la protesta funciona muchas veces como encuadre para la criminalización.³³ En dicho proceso, el Estado resulta ser el actor fundamental, pues su entramado o andamiaje institucional es el que genera las condiciones para que esta se lleve a cabo.³⁴

2.3. Violencia policial

En lo que respecta a la violencia policial, la literatura ha dado cuenta de la importancia de considerar las valoraciones que los contextos simbólicos le asignan a la violencia para comprender las formas que esta asume.³⁵ Algunos estudios en la región han dado cuenta de la persistencia de prácticas policiales que vulneran los derechos humanos, a pesar de ensayarse reformas en contextos de transición a la democracia.³⁶

Frente a esta situación, se han planteado explicaciones que relacionan el uso de la violencia y de las normas que la amparan –por parte de la Policía Nacional– con ciertos valores autoritarios que son predominantes en las sociedades latinoamericanas.³⁷ Otros análisis han priorizado más bien las posiciones de poder en el sistema democrático para dar cuenta de la persistencia de patrones de violencia policial.³⁸

³¹ Helen Poulos y Mary Alice Haddad, “Violent repression of environmental protests”, *SpringerPlus* 5, n.º 230 (2016).

³² Alvarado, “La criminalización de la protesta social: un estado de la cuestión”.

³³ Artese, “El discurso”; Matías Artese, “Criminalización de la protesta en Argentina. Una construcción de lo delictivo más allá de la esfera jurídica”, *América Latina Hoy*, n.º 52 (2009): 149-169.

³⁴ Alvarado, “La criminalización de la protesta social: un estado de la cuestión”.

³⁵ Edward P. Thompson, “Folklore, antropología e historia social”, *Historia Social*, n.º 3 (1992): 81-102.

³⁶ Guillermo O'Donnell, “Illusions about Consolidation”, *Journal of Democracy*, n.º 7 (1996); Philip Oxhorn, *When Democracy isn't all that Democratic: Social Exclusion and the Limits of the Public Sphere in Latin America* (Miami: Dante B. Fascell North-South Center, University of Miami, 2001).

³⁷ Larry Diamond, *Political Culture and Democracy in developing countries* (Colorado: Lynne Rienner Publishers, 1994); Howard Wiarda, *The Soul of Latin America. The Culture and Political Tradition* (New Haven: Yale University Press, 2001).

³⁸ Claudio Fuentes, “La inevitable ‘mano dura’: sociedad civil y violencia policial en Argentina y Chile”, *Revista de Ciencia Política*, n.º 2 (2004).

En el Perú, durante los últimos años, han realizado estudios sobre el uso de la fuerza en contextos de conflictos socioambientales.³⁹

Consideramos que la violencia policial guarda relación con la capacidad y propensión del Estado a la represión. Refiere al ejercicio de la violencia a través de la acción de cuerpos policiales, sea esta legal/formal/regular o ilegal/informal/irregular, dirigida contra organizaciones sociales que en cierto grado desafían el orden social al recurrir a mecanismos no institucionales de protesta.⁴⁰

El control policial de las protestas se realiza con relación a cómo los cuerpos policiales las contienen y qué mecanismos utilizan. Este control tiene un carácter híbrido, que combina formas de “gestión negociada” (orientadas a garantizar los derechos de reunión y expresión) con otras de “incapacitación estratégica” (formas de control selectivas y unilaterales propensas a la represión). En el caso de las protestas con un tono marcadamente contencioso (no institucional), el control policial tiende hacia formas típicas de la incapacitación estratégica.⁴¹ A su vez, las formas de violencia policial consideran las diferencias de género entre los manifestantes.

2.4. Protesta social y democracia deliberativa

2.4.1. *Un vehículo para la deliberación pública*

Comprender la protesta social como forma de participación ciudadana no institucionalizada es importante en el análisis del comportamiento de las democracias contemporáneas.⁴² En efecto, las protestas representan una forma de acción política recurrente, con lo cual “forma[n] parte del proceso político ‘normal’ de casi cualquier sociedad que brinde los suficientes espacios de libertad como para no hacer inviable este tipo de comportamientos”.⁴³

En dicho sentido, su valor es crucial en el marco de lo que en teoría política se conoce como democracia deliberativa. Para Habermas,⁴⁴ cuya teoría sobre la política

³⁹ José Saldaña y Jorge Portocarrero, “La violencia de las leyes: el uso de la fuerza y la criminalización de las protestas socioambientales en el Perú”, *Derecho PUCP*, n.º 79 (2017): 311-352; Álvaro Másquez Salvador, “La criminalización de la protesta socioambiental en el Perú, a propósito del escenario en el sur andino”, en *Informe Anual de Seguridad Ciudadana 2017* (Lima: Instituto de Defensa Legal, 2017).

⁴⁰ Alvarado, “La criminalización de la protesta social: un estado de la cuestión”.

⁴¹ Ester Blay, “El control policial de las protestas en España”, *InDret Revista para el Análisis de Derecho*, n.º 4 (2013).

⁴² Maricel Rodríguez Blanco, “Participación ciudadana no institucionalizada, protesta y democracia en Argentina”, *Íconos, Revista de Ciencias Sociales*, n.º 40 (2011): 89-103.

⁴³ Rodrigo Asún y Claudia Zúñiga, “¿Por qué se participa? Explicando la protesta social regionalista a partir de dos modelos psicosociales”, *Psicoperspectivas: Individuo y Sociedad*, n.º 12 (2013): 38-50.

⁴⁴ Jürgen Habermas, *La inclusión del otro: estudios sobre teoría política* (Madrid: Ediciones Paidós, 1999).

deliberativa integra elementos de las concepciones liberales y republicanas, este modelo puede lograr resultados equitativos en la medida en que es capaz de interconectar –al mismo tiempo– discursos relativos a la justicia y negociaciones que son fruto de intereses particulares. Aquí se circunscriben, por supuesto, los actos de protesta social.

Por otro lado, para Monsiváis, el componente central de la democracia debe residir en una robusta deliberación pública, la cual permite devolver a la ciudadanía el control sobre la mayor parte de su vida política en sociedad; es decir, se trata de “la esencia del proceso democrático”.⁴⁵

En opinión de Mejía y Jiménez, la democracia deliberativa comprende la desobediencia civil e incluso la insumisión ciudadana como parte de lo que denominan “defensa activa de la Constitución y los derechos fundamentales”, para lo cual reconocen “la posibilidad de asimilación constitucional de la disidencia en sus diferentes formas”.⁴⁶

Es de esta manera como la protesta social constituye, a la par, un ejercicio material de deliberación pública y de rendición de cuentas. Así también lo entiende Monsiváis cuando afirma que “los procesos deliberativos permiten reforzar los mecanismos de supervisión y sanción de la *accountability* democrática mediante la generación de espacios de participación, opinión y discusión pública”.⁴⁷ La experiencia peruana es clara evidencia de ello.

2.4.2. Un bien jurídico de relevancia constitucional

En el plano jurídico, es innegable que nos encontramos ante un bien jurídico de suma relevancia y que es imprescindible como parte integrante del llamado principio democrático. Una de las voces más importantes en este escenario ha sido la de Gargarella, para quien la protesta social no es solo un derecho, sino “el primer derecho: el derecho a exigir la recuperación de los demás derechos”.⁴⁸

De manera similar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha reconocido explícitamente que la protesta social es imprescindible para garantizar “la existencia y consolidación de sociedades democráticas”.⁴⁹ Es por dicha razón que el organismo interamericano viene monitoreando las amenazas que enfrentan

⁴⁵ Alejandro Monsiváis, “Democracia deliberativa y teoría democrática: una revisión del valor de la deliberación pública”, *Revista Mexicana de Sociología*, n.º 68 (2006): 292.

⁴⁶ Óscar Mejía y Carolina Jiménez, “Nuevas teorías de la democracia: de la democracia formal a la democracia deliberativa”, *Colombia Internacional*, n.º 62 (2006), 27.

⁴⁷ Monsiváis, “Democracia deliberativa y teoría democrática: una revisión del valor de la deliberación pública”, 317.

⁴⁸ Roberto Gargarella, *El derecho a la protesta: el primer derecho* (Buenos Aires: Ad Hoc, 2005), 219.

⁴⁹ CIDH, *Protesta y derechos humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/

los manifestantes en nuestra región, en su condición de personas defensoras de derechos humanos.

Por último, es importante referirnos a la especial importancia que cobra la protesta social como herramienta de participación ciudadana para los grupos sociales más desaventajados, aquellos que sufren mayores desigualdades y cuyas voces suelen no ser tomadas en cuenta por el poder político. Sobre ellos, precisamente, opera el principio jurídico que Gargarella denomina “distancia deliberativa”.

Para definirlo, el autor ha recurrido a lo resuelto por la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Adderley contra Florida*. Así, a fin de evitar la criminalización, el control judicial de las protestas debe tomar en cuenta el contexto de exclusión que sufre el grupo social afectado, el cual le impide participar en el debate público y presentar en él sus legítimas demandas. Ruiz, en la misma línea, defiende la aplicación de este principio a sectores sociales históricamente marginados, que no logran incidir sobre el poder político, en un escenario donde los mecanismos institucionales han fallado.⁵⁰

3. El recorrido jurisprudencial hacia el reconocimiento de un nuevo derecho fundamental

A estas alturas, no cabe duda de la importancia medular que posee la protesta –entendida como institución política, social y, a la vez, un bien de relevancia jurídica– para la buena marcha de cualquier sistema democrático. Esta premisa resulta de especial vigencia en el contexto latinoamericano, incluyendo a Perú.

Sin embargo, como señalan Bassa y Mondaca, también es cierto que existe una tensión creciente entre la protesta y las corrientes del constitucionalismo contemporáneo, que a su vez se refleja en las formas como actúan los Estados en situaciones de conflictividad social.⁵¹ Para los autores, esta tensión ha sido resuelta por la doctrina al “procesar la movilización social en el lenguaje jurídico, mediante su identificación como un derecho expresivo y la yuxtaposición a otros derechos constitucionales, tales como el derecho de reunión y de petición”.⁵²

A nivel nacional, esta tendencia se ha reflejado también en la jurisprudencia, aunque de forma progresiva. Esto quiere decir que, a lo largo de los últimos años, la protesta ha sido objeto de diversos pronunciamientos por parte del sistema de

RELE/INF.22/19, septiembre de 2019, <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>, párr. 5.

⁵⁰ Juan Carlos Ruiz, “¿Cómo diferenciar medidas de fuerza ‘legítimas’ en el marco del ejercicio de protesta de actos criminales de vandalismo?”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco*, n.º 10 (2018): 173-192.

⁵¹ Jaime Bassa y Daniel Mondaca, “Protesta social y derecho: una tensión irresoluble”, *Izquierdas*, n.º 46 (2019): 115.

⁵² Bassa y Mondaca, “Protesta social y derecho: una tensión irresoluble”, 106.

justicia, desde su tutela por ser parte del derecho fundamental a la reunión, hasta su reconocimiento pleno como un derecho fundamental no enumerado y autónomo.

De esta manera, debemos referirnos por lo menos a tres antecedentes o casos hito: la Confederación General de Trabajadores del Perú,⁵³ Andoas⁵⁴ y el Baguazo.⁵⁵

3.1. Confederación General de Trabajadores del Perú

Este caso fue resuelto por el Tribunal Constitucional (TC) el 7 de diciembre de 2005, y se inició mediante una demanda interpuesta por la Confederación Nacional de Trabajadores contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, debido a la emisión del Decreto de Alcaldía 060-2003. La norma, de rango infralegal, prohibía concentraciones públicas en el corazón del centro histórico de la capital.

El Tribunal declaró fundada la demanda, al encontrar que el acto de protestar debía ser considerado parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental a la reunión, cuya tutela había sido reclamada por la Confederación.

Adicionalmente, para el Tribunal, la protesta evidenciaba que la libre reunión solo puede ser ejercida de forma colectiva, aunque se trate de un derecho susceptible de ser titularizado individualmente. Todo ello, además, está vinculado con la dimensión subjetiva del derecho, en la medida en que la protesta solo es posible cuando una comunidad de personas comparte ideales e intereses comunes, a lo que hace referencia como “elemento volitivo” del derecho o voluntad deliberada de realizar una acción.⁵⁶

A nuestro juicio, este es un precedente positivo en la medida en que por primera vez se vinculó la protesta a la libre reunión y no solo a la libre expresión, con lo que habría de identificarse uno de sus rasgos más característicos.

3.2. Andoas

Este caso fue resuelto, en primera instancia, por la Segunda Sala Penal de Loreto en diciembre de 2009 y, en segunda, por la Corte Suprema de Justicia en abril de 2011. La controversia radica en torno a la toma de un lote petrolero por parte de indígenas de las etnias kichwa y achuar en marzo de 2008. La empresa Pluspetrol, operadora del Lote 1AB, había sido acusada por los indígenas de malas condiciones laborales y daños al medio ambiente.

La protesta de la población indígena contra la transnacional fue violentamente reprimida por más de 200 efectivos policiales, trasladados desde Lima con el único

⁵³ Tribunal Constitucional, Expediente 04677-2004-AA/TC.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Expediente 1232-2010 (0109-2008).

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Expediente 00194-2009 (0163-2013).

⁵⁶ Tribunal Constitucional, Expediente 04677-2004-AA/TC, de 7 de diciembre de 2005, FJ 15.a.

propósito de desalojar a los manifestantes. Tres personas perdieron la vida: dos trabajadores achuares y un policía.⁵⁷

Durante el proceso, el Tribunal absolvió a los acusados por la comisión del delito de disturbios, por considerar que habían ejercido válidamente su derecho de petición, expresado a su vez a través de la protesta de la población de la comunidad de Nuevo Andoas. Es decir, se consideró que los reclamos expresados por los manifestantes al ocupar el lote petrolero contenían requerimientos claros y concretos –amparados por nuestro ordenamiento jurídico– frente a las autoridades políticas.

“El Colegiado considera necesario remarcar que las situaciones de conflicto social exigen de nosotros, el máximo cuidado para evitar una criminalización de la pobreza y de la protesta de las comunidades nativas y de sus miembros”, indica la sentencia de primera instancia,⁵⁸ confirmada posteriormente por la Corte Suprema de Justicia. Con ello, además, el Tribunal asumió la tesis postulada por Gargarella con relación al principio de distancia deliberativa.

De tal forma, encontramos que la Corte terminó por configurar un elemento esencial de la protesta como derecho fundamental: su condición de causa de justificación frente a la comisión de ciertos ilícitos penales, garantizándose así su atipicidad.

3.3. Baguazo

Este caso constituye el antecedente más importante. Fue resuelto, en primera instancia por la Sala de Apelaciones Liquidadora y Transitoria de Bagua en septiembre de 2016 y en segunda, por la Corte Suprema de Justicia en febrero de 2020. Esta sentencia derivó del conflicto social que estalló en la región de Amazonas en junio de 2009, en el que 33 personas, incluyendo a diez indígenas de la etnia awajún, fueron asesinadas en medio de múltiples denuncias por violencia policial.

La protesta –que para la Fiscalía debía calificarse como delito– respondió al fuerte rechazo social que produjo la aprobación de un tratado de libre comercio entre Perú y Estados Unidos. La mayor parte de la población indígena amazónica, articulada a través de la Asociación Interétnica para el Desarrollo de la Selva Peruana, consideraba que la norma era altamente lesiva para sus derechos territoriales y la protección del medio ambiente. En respuesta, los manifestantes ocuparon la carretera Fernando Belaúnde Terry, en el tramo conocido como “Curva del Diablo”, por más de 50 días.

La sentencia de primera instancia que resolvió el caso declaró infundada la acusación de la Fiscalía por la comisión de los delitos de disturbios y entorpecimiento del funcionamiento de los servicios públicos. Por el contrario, consideró que los

⁵⁷ Clacso, *Cronología del conflicto social. Perú: enero de 2008* (Buenos Aires: Clacso, 2008), acceso el 23 de julio de 2021, http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/osal/20190502044235/Peru_2008.pdf.

⁵⁸ Corte Superior de Justicia de Loreto, Segunda Sala Penal, Sentencia 1232-2010 [0109-2008] de 10 de diciembre de 2009, FJ 6.III.

actos de protesta se enmarcaban en el ejercicio de los derechos fundamentales a la libre reunión y a la libre expresión.⁵⁹ La Corte Suprema llegó también a la misma conclusión, reconociendo el derecho a la protesta en un contexto intercultural.⁶⁰

Por último, en la misma línea de autores como Ruiz,⁶¹ Díaz y Montoya,⁶² creemos que este es un precedente importante porque en él se planteó innovadoramente el uso del test de proporcionalidad (o método de la ponderación) como herramienta judicial hermenéutica para “examinar la constitucionalidad y legitimidad de las medidas de fuerza” empleadas por los manifestantes.⁶³ El Poder Judicial evaluó no solo los hechos que eran materia de imputación, sino que además consideró el contexto en que estos habían ocurrido, para lo cual se examinaron la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las acciones de protesta frente a los bienes jurídicos que buscaban proteger.

4. El derecho a protestar según el Tribunal Constitucional peruano⁶⁴

El 6 de junio de 2020, el TC publicó la sentencia recaída en el caso iniciado por el Colegio de Abogados de Puno contra el Poder Ejecutivo frente al artículo 200 del Código Penal, que regula la tipificación del delito de extorsión en el Perú.⁶⁵ En concreto, el colegio profesional –a través de una demanda de inconstitucionalidad– exigía la anulación parcial de la norma por considerar que era violatoria de una serie de derechos fundamentales y garantías institucionales; entre ellos, el derecho a la protesta social.

⁵⁹ Corte Superior de Justicia de Amazonas, Sala de Apelaciones Liquidadora y Transitoria de Bagua, Sentencia 00194-2009 [0163-2013] de 22 de septiembre de 2016, IV.7.

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria, Sentencia 2875-2016 de 5 de noviembre de 2019, voto de la jueza suprema Castañeda Otsu, FJ 7.

⁶¹ Juan Carlos Ruiz, “Aportes de la sentencia del caso ‘el Baguazo’ al reconocimiento del derecho a la protesta”, en *La sentencia del caso Baguazo y sus aportes a la justicia intercultural* (Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2017), 61-90.

⁶² Yván Montoya e Ingrid Díaz, “Pluralismo cultural y derecho penal: comentarios a propósito de la sentencia de la Sala Penal de Apelaciones Transitoria y Liquidadora de Bagua (caso Curva del Diablo)”, en *La sentencia del caso Baguazo y sus aportes a la justicia intercultural* (Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2017), 27-42.

⁶³ Ruiz, “Aportes de la sentencia” del caso ‘el Baguazo’ al reconocimiento del derecho a la protesta”, 71.

⁶⁴ El caso del Colegio de Abogados de Puno contra el Ejecutivo se condujo a través del litigio estratégico. Junto al colegio profesional, participaron el Instituto de Defensa Legal (Lima), Derechos Humanos y Medio Ambiente (Puno), el Instituto de Estudios de las Culturas Andinas (Puno), la Asociación por la Vida y Dignidad Humana (Cusco) y Derechos Humanos sin Fronteras (Cusco). Los autores forman parte del equipo legal que patrocinó el caso.

⁶⁵ Tribunal Constitucional, Expediente 00009-2018-AI/TC.

Cabe señalar que el delito de extorsión ha sido utilizado en repetidas ocasiones para criminalizar la protesta, en particular la de dirigentes indígenas y campesinos en contextos de conflictividad socioambiental.⁶⁶ Este fue el caso, por ejemplo, de Walter Aduviri y otros 18 manifestantes, procesados por el denominado Aymarazo: las masivas protestas contra una empresa minera canadiense que sacudieron la región de Puno en 2011.⁶⁷

Ya la CIDH ha identificado como problema el uso indebido de los tipos penales con el fin de criminalizar la protesta.⁶⁸ Al respecto, consideramos que la creación de nuevos delitos, la modificación de los ya existentes y el endurecimiento de las penas forman parte de un único andamiaje normativo en el Perú, el cual se encuentra articulado desde el Estado y tiene el propósito de criminalizar aquellas acciones de protesta que afectan intereses corporativos. A la par, el Estado ha venido utilizando otras herramientas legales con el mismo fin, como la suscripción de convenios de seguridad entre la Policía Nacional y empresas extractivas, el empleo abusivo de estados de emergencia y la persecución judicial a manifestantes.⁶⁹

4.1. Hacia una descripción de la sentencia de fondo

El caso del Colegio de Abogados de Puno es emblemático porque es el primero en el que el TC reconoció, en forma expresa, la vigencia del derecho a protestar en nuestro país. Para ello, analizó cuál era el tratamiento que venía recibiendo la protesta social en el ordenamiento jurídico peruano, en un contexto de elevada conflictividad social, y concluyó que la tendencia había sido la del populismo punitivo. “Evidentemente, una forma de responder desde el Estado a tal problemática por la que se suele optar en los últimos años es recrudecer las penas o ampliar las conductas prohibidas en los delitos ya existentes”, indica la sentencia.⁷⁰

Acto seguido, el TC desestimó que la tipificación del delito de extorsión sea incompatible con el principio de legalidad penal, por lo que procedió a determinar si la misma afectaba derechos fundamentales. Una cuestión previa por resolver, donde a nuestro juicio se encuentra la *ratio decidendi* de la sentencia, fue la del sustento constitucional directo del derecho a protestar. ¿Contaba con reconocimiento

⁶⁶ Saldaña y Portocarrero, “La violencia de las leyes: el uso de la fuerza y la criminalización de las protestas socioambientales en el Perú”; Másquez Salvador, “La criminalización de la protesta socioambiental en el Perú, a propósito del escenario en el sur andino”.

⁶⁷ Pablo Abdo, “Líneas de defensa para el litigio estratégico de los pueblos aymaras de Puno”, acceso el 23 de julio de 2021, <https://www.servindi.org/actualidad-opinion/o8/10/2016/el-aymarazo-un-caso-de-criminalizacion-de-la-protesta-o>.

⁶⁸ CIDH, *Protesta y derechos humanos...*, cit., párr. 239.

⁶⁹ Másquez Salvador, “La criminalización de la protesta socioambiental en el Perú, a propósito del escenario en el sur andino”.

⁷⁰ Tribunal Constitucional, Expediente 00009-2018-AI/TC de 2 de junio de 2020, FJ 29.

explícito o implícito en la Constitución o en las demás normas que conforman el bloque de constitucionalidad?

El Tribunal concluyó que sí, que se trataba de un nuevo derecho fundamental derivado de los principios democráticos y de supremacía constitucional a los que se refiere el artículo 3 de la Constitución peruana. Dicha disposición está referida al reconocimiento de derechos fundamentales no enumerados; es decir, aquellos que son diferentes a las manifestaciones nuevas de derechos, y que forman parte del contenido de otros reconocidos en forma expresa.

Una vez considerada la protesta como un “nuevo” derecho fundamental, el TC procedió a configurarlo, dotándolo de naturaleza, titularidades, contenido y límites.

Con relación a su naturaleza, se le catalogó como un “derecho relacional de la libertad”, lo cual significa que su ejercicio está indefectiblemente vinculado al de otros.⁷¹ De igual forma, el Tribunal convino en señalar que se trata de un derecho de titularidad universal (con excepción de ciertos funcionarios públicos con poder de decisión, dirección o cargos de confianza, jueces, fiscales, miembros de la Policía Nacional y de las fuerzas armadas).

Asimismo, el TC ha realizado un esfuerzo inicial por comprender el contenido constitucional protegido del derecho a protestar, reseñándolo de la siguiente manera:

... este derecho comprende la facultad de cuestionar, de manera temporal o periódica, esporádica o continua, a través del espacio público o a través de medios de difusión (materiales, eléctricos, electrónicos, virtuales y/o tecnológicos), de manera individual o colectiva, los hechos, situaciones, disposiciones o medidas (incluso normativas) por razones de tipo político, económico, social, laboral, ambiental, cultural, ideológico o de cualquier otra índole, que establezcan los poderes públicos o privados, con el objeto de obtener un cambio del *status quo* a nivel local, regional, nacional, internacional o global, siempre que ello se realice sobre la base de un fin legítimo según el orden público constitucional, y que en el ejercicio de la protesta se respete la legalidad que sea conforme con la Constitución.⁷²

De igual forma, se estableció como límite del derecho “la prohibición de vaciar de contenido otros derechos, principios y reglas constitucionales”.⁷³ En concreto, el TC se refirió a la prohibición de emplear la violencia como medio o fin de las acciones de protesta, para lo cual se refirió a dos supuestos: el uso de armas o la promoción de la discriminación en cualquiera de sus formas.

⁷¹ Luis Alberto Huerta, “El derecho a la igualdad”, *Pensamiento Constitucional*, n.º 11 (2005): 311.

⁷² Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia 00009-2018-AI/TC de 2 de junio de 2020, FJ 82.

⁷³ Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia 00009-2018-AI/TC de 2 de junio de 2020, FJ 83.

Algunas otras cuestiones relevantes sobre la sentencia tienen que ver con la relación entre el derecho a la protesta y otros que le son conexos, como la libre opinión, la libre expresión y difusión del pensamiento, la huelga, el libre tránsito y la libre reunión (párr. 89). También se reconoció la garantía institucional de reserva de la ley frente a cualquier intento de regulación legislativa del derecho a protestar, ciñéndose en cualquier caso por los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Por último, el TC ha establecido dos criterios importantes vinculados a la represión penal de conductas realizadas en actos de protesta. Primero, se ha señalado que los actos violentos –no amparados por el derecho– deberán sancionarse a título individual y no colectivo. Segundo, que la protesta –cuando está enmarcada dentro del orden constitucional– no podrá ser calificada como extorsión, por encontrarse dentro de los márgenes del ejercicio legítimo de un derecho fundamental.

4.2. Un balance positivo con preocupaciones: nuestro análisis del caso

Nuestro balance es positivo, aunque el TC haya optado por declarar infundada la demanda del Colegio de Abogados de Puno. Sin duda, el aspecto más remarcable de la sentencia es el reconocimiento que hace del derecho a la protesta como un nuevo derecho fundamental. En ese sentido, el tribunal ha ponderado acertadamente el valor que le asigna frente a otros bienes jurídicos, tradicionalmente preferidos en sociedades conservadoras, como el orden público.

Un segundo aspecto que consideramos importante es que se haya reconocido la protesta como un derecho de configuración autónoma, no enumerado en el texto constitucional, cuya vigencia no se encuentra supeditada a la de otros derechos fundamentales. Hasta entonces, como se indicó anteriormente, era necesario recurrir a ellos para dar cobertura normativa a la protesta.

Aunque es cierto que se trata de un derecho relacional, también lo es el hecho de que posee ciertas particularidades que lo diferencian, por ejemplo, la libre expresión, la libre reunión o la petición. Nos referimos al carácter disruptivo de la protesta. Al mismo se refiere Lalinde cuando señala que “su ejercicio generalmente produce incomodidades y molestias en el resto de la sociedad, luego todas las protestas tienen la potencialidad natural de causar alteraciones a la convivencia”,⁷⁴ con el propósito de transmitir un mensaje político de forma eficaz. La CIDH, de igual manera, ha defendido el potencial disruptor de la protesta en contextos de asimetría del poder.⁷⁵

Hoy, en la práctica, la protesta cuenta con garantía jurisdiccional o justiciabilidad. Al decir de García Pelayo, esta es una característica del valor normativo de la Constitución, la cual permite que los actos y las decisiones de los poderes públicos

⁷⁴ Sebastián Lalinde, *Elogio a la bulla. Protesta y democracia en Colombia* (Bogotá: Dejusticia, 2019), 61.

⁷⁵ CIDH, *Protesta y derechos humanos...*, cit., párr. 13.

sean examinados, y, eventualmente, corregidos o sancionados, por órganos distintos a ellos.⁷⁶ De acuerdo con la norma procesal constitucional peruana, ello implica que sea posible recurrir a la demanda de *habeas corpus* para cautelar el ejercicio del derecho a la protesta en un caso concreto.

Un tercer aspecto tiene que ver con los fundamentos que emplea el tribunal para reconocer el valor de la protesta y darle la categoría de derecho fundamental. Compartimos la opinión de Gargarella⁷⁷ cuando, al analizar esta sentencia, vincula el nuevo derecho con el principio democrático y el de la soberanía popular, a los cuales hace referencia nuestra Constitución.

Sin lugar a duda, ello se evidencia no solo en la historia reciente de nuestro país, sino también en la de América Latina en su conjunto. Durante los últimos veinte años hemos visto un nuevo tipo de movilizaciones ciudadanas: protestas con notables componentes democratizadores, que tienden a tomar por escenario principal la calle, pueden incluir algunos elementos de violencia, entre otros recursos, y aparecen como una respuesta inmediata a las causas que las generan.

En la región, desde finales del siglo XX, los levantamientos, las manifestaciones populares y la “toma” de las calles por los grupos sociales afectados se han convertido en prácticas cada vez más comunes. En pocos años, se han sucedido movilizaciones populares a primera vista diferentes, pero con ciertas características en común. Ejemplos como la “Guerra del agua” en 2000 y la “Guerra del gas” en 2003, en Bolivia, dirigidas contra la privatización de sectores básicos de la economía local; las ocupaciones de tierra en Brasil efectuadas por el Movimiento Sin Tierra (MST); las “tomas” llevadas a cabo por personas en situación de pobreza en Santiago de Chile; o los levantamientos indígenas en las zonas mineras de nuestro país.⁷⁸

Un cuarto aspecto está relacionado con los límites que marca el TC al ejercicio del derecho a la protesta. Como señalamos, establece de forma genérica un límite que consideramos razonable: la proscripción de emplear medios o fines violentos. Pero el Tribunal va más allá y señala que solo podrán regularse los alcances del derecho a la protesta a través de un “acto legislativo”, siempre que el mismo no desnaturalice la esencia del derecho.

Al respecto, consideramos que este pronunciamiento puede ser peligroso, en la medida en que faculta al legislador a delimitar el ejercicio de la protesta sin antes haber reconocido su carácter disruptivo, por el cual debe aceptarse la posibilidad de que ciertas acciones –comúnmente conocidas como medidas de fuerza– ocasionen un nivel menor de daños contra bienes muebles o inmuebles. En ese sentido,

⁷⁶ Manuel García Pelayo, “El estatus del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 1 (1981): 18.

⁷⁷ Roberto Gargarella, “El derecho a la protesta, según el Tribunal Constitucional peruano”, <http://seminariogargarella.blogspot.com/2020/07/el-derecho-la-protesta-segun-el.html>.

⁷⁸ Maristella Svampa, *Cambio de época. Movimientos sociales y poder político* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2008); Maristella Svampa et al., *Debatir Bolivia. Perspectivas de un proyecto de descolonización* (Montevideo: Taurus, 2010).

compartimos la opinión de Ruiz⁷⁹ cuando critica aquellas “concepciones ingenuas” que niegan cualquier legitimidad a las medidas de fuerza y que, por el contrario, esconden tras de sí una visión autoritaria, que automáticamente equipara la protesta con el vandalismo.

Asimismo, debemos advertir que las regulaciones de “tiempo, lugar y modo”, a las que hace referencia la sentencia, son una práctica usual en la región y no están exentas de polémica.⁸⁰ Como es de esperarse, estas ya se han extralimitado en el establecimiento de reglas que terminan restringiendo o incluso anulando el acceso a la protesta de ciertos grupos sociales, por lo general en situación de vulnerabilidad.

En ese sentido, consideramos que el TC erró al no sentar una regulación jurisprudencial más sólida, que sirva como base a una eventual labor legislativa, teniendo en cuenta, además, el desgaste y el desprestigio del cual goza el Poder Legislativo. Sin duda, es latente el riesgo de que una ley ordinaria u orgánica vacíe de contenido el derecho a la protesta.

Pero las amenazas provienen también del Poder Judicial o del propio TC, como advierte Gargarella. Para el autor, el uso de herramientas como el test de proporcionalidad puede ser peligroso cuando nos encontremos frente a magistrados “enemigos” de la protesta, para quienes será preferible atender cualquier otro derecho en el caso de un conflicto: “el riesgo se deriva de que quedamos así sujetos a la discrecionalidad final del intérprete”.⁸¹

Por último, consideramos preocupante cualquier intento por establecer reglas que puedan socavar, en la práctica, el derecho a protestar. Debemos recordar que nos encontramos ante acciones generalmente espontáneas, emanadas del descontento popular, que buscan lograr una elevada visibilidad pública. En dicho escenario, la juridificación de la protesta puede llegar a ser problemática y hasta contraproducente, al punto de convertirse en una auténtica camisa de fuerza para los movimientos sociales que recurren a ella.

Dassa y Mondaca se han referido a la “garantía de la movilización social” como parte de las obligaciones del Estado en contextos de protesta. De lo contrario, los autores alertan que “al desbordar los estándares de la protesta regulada, los grupos vulnerables serían fácilmente acallados” e incluso “neutralizada [la protesta] por la autoridad facultada para la aplicación del Derecho”.⁸² Ello resulta de especial atención en aquellos escenarios en que se hace uso de la fuerza pública para el control de las manifestaciones.

⁷⁹ Juan Carlos Ruiz, “La ‘concepción ingenua’ del derecho a la protesta social”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, 5 de febrero de 2021, acceso el 5 de mayo de 2021, <https://iuslatin.pe/la-concepcion-ingenua-del-derecho-a-la-protesta-social/>.

⁸⁰ Roberto Gargarella, “Un diálogo sobre la ley y la protesta social”, *Derecho PUCP*, n.º 61 (2008): 19-50.

⁸¹ Gargarella, “El derecho a la protesta, según el Tribunal Constitucional peruano”.

⁸² Bassa y Mondaca, “Protesta social y derecho: una tensión irresoluble”, 116.

5. Perspectivas y desafíos para el ejercicio efectivo de un nuevo derecho fundamental

A nuestro juicio, la sentencia dictada por el TC en julio de 2020 no ha logrado impedir los niveles de violencia policial que meses después costaron las vidas de siete ciudadanos peruanos. Esto evidencia el hondo abismo que existe entre la regulación y la práctica de los derechos fundamentales.

En consecuencia, consideramos que la mejor garantía para el respeto a la vigencia del derecho a la protesta tiene que ver con el fortalecimiento de nuestro sistema político y, dentro del mismo, el de las instituciones que conforman el sistema de justicia. Para empezar, es necesario referirnos a la situación del propio TC. En el Perú, la elección de miembros del Tribunal recae en el Poder Legislativo; los legisladores conforman una comisión para seleccionar a los nuevos miembros de este cuerpo colegiado. Ello supone que su designación se vea afectada, de forma directa o indirecta, por el partido o los partidos políticos que logren tener una mayoría en el Congreso, teniendo en cuenta que la decisión que tome la comisión de selección debe ser ratificada luego con los votos del Pleno.

Actualmente, seis de los siete miembros del TC tienen mandatos vencidos y esperan a que el Congreso elija a sus reemplazos. Como vemos, esto ya representa todo un reto para el respeto al contenido y los límites del derecho a la protesta de manera efectiva, ya que si el poder político de turno elige magistrados no comprometidos con su defensa activa, es más que probable que no velen por la vigencia efectiva de este derecho fundamental.

Si bien es cierto que el derecho a la protesta no depende ni se justifica en las características adversas que puede presentar una determinada coyuntura, también lo es que es más difícil de garantizar en contextos adversos. Esto significa que defender este derecho es un reto mucho mayor en sistemas políticos como el peruano, en donde hay una crisis más profunda del sistema representativo, un sistema de partidos políticos muy fraccionado, una sociedad altamente polarizada y con herramientas escasas y limitadas para intervenir en los asuntos públicos. Contradictoriamente, en un contexto institucional como el descrito, caracterizado por la presencia de pocos y frágiles mecanismos para la decisión y el control de políticas públicas en manos de la ciudadanía, la protesta social adquiere una relevancia adicional extraordinaria.

¿Qué se puede hacer entonces? La respuesta es reforzar el sistema de justicia y sus instituciones. En el Perú se dio inicio a un nuevo proceso de reforma del sistema de justicia a mediados de 2018. Muchas de estas propuestas perdieron su empuje y continuidad por distintos motivos: la mayoría parlamentaria de oposición al Ejecutivo que tuvo el país hasta diciembre de 2019, las nuevas elecciones parlamentarias extraordinarias llevadas a cabo en enero de 2020, los avances y retrocesos del nuevo

Congreso que llevaron fugazmente a Merino a la presidencia en noviembre de 2020 y el actual clima de polarización política.⁸³

Es necesario retomar, por ejemplo, el debate de la reforma del proceso de elección de miembros del TC, a fin de evitar injerencias políticas, retomar el trabajo del Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia (ente rector en temas de reforma y de política jurisdiccional en el país), terminar de implementar los procesos de transición de las Autoridades Nacionales de Control del Poder Judicial y el Ministerio Público, e impulsar un trabajo conjunto entre la Junta Nacional de Justicia y la Academia de la Magistratura, con el propósito de que las decisiones del TC sean conocidas en el interior del sistema de justicia y tomadas en cuenta por jueces y fiscales en todo el país.

Con ello, se debe perseguir una finalidad pedagógica que sirva para evitar la criminalización de los manifestantes, así como el riesgo de que los operadores de justicia menosprecien el valor de la protesta en casos de conflictos con otros derechos fundamentales, a través de interpretaciones no garantistas.

Así como se planteó una reforma del sistema de justicia, en diciembre de 2018 se creó también la Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política (CANRP). Esta Comisión tenía por objetivo proponer normas orientadas hacia la implementación de la reforma política. Luego de dos meses, la CANRP propuso cambios en la Constitución, la Ley Orgánica de Elecciones, la Ley de Elecciones Regionales, la Ley de Elecciones Municipales, la Ley de Organizaciones Políticas, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, la Ley Orgánica de Municipalidades y el Código Penal, a través de doce proyectos de ley, que buscaban mejorar el desempeño de las instituciones para enfrentar los problemas de legitimidad, representación y desafección ciudadana a los temas políticos. Con esto, se aspiraba a que las elecciones generales de 2021 marcaran el inicio de una nueva dinámica en la que nuestras instituciones políticas fuesen de la mano con las iniciativas ciudadanas de la sociedad civil.⁸⁴

A lo largo de 2019, algunos de los proyectos de ley presentados por la CANRP fueron debatidos en el Congreso, otros fueron dejados de lado, y otros tantos fueron aprobados pero desnaturalizados. Así, se tendrían que retomar también los pendientes en materia de reforma política. Ya hemos visto que el respeto por el derecho a la protesta no solo depende de ingeniería legal o constitucional, sino que pasa en gran medida por el respeto y la aplicación de ciertos criterios por parte de actores políticos: el ministro del Interior, por ejemplo, las comisiones de Justicia y Derechos Humanos, Defensa Nacional y Orden Interno, Constitución y Reglamento del Congreso de la República, o incluso de los partidos políticos que alimentan el debate público.

⁸³ Paula Muñoz, "Latin America erupts: Peru goes populist", *Journal of Democracy* 32, n.º 3 (2021): 48-62.

⁸⁴ Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política (CANRP), *Hacia la democracia del Bicentenario* (Lima: Konrad Adenauer Stiftung, 2019).

Conclusiones

Tras el proceso de transición democrática en el Perú, la protesta social se ha convertido en el mecanismo por excelencia para formular reclamos al Estado y visibilizar ciertas demandas ciudadanas en el debate público. Uno de los factores que podría explicar su protagonismo es el debilitamiento y la escasa capacidad de representación de los partidos políticos tradicionales, los cuales han dejado de servir como intermediarios entre el grueso de la sociedad y el poder político. En ese sentido, es la incapacidad del Estado y de la clase política lo que ha generado una respuesta punitiva, de represión a la protesta como mecanismo de solución a la conflictividad social. Este fenómeno se ha visto una y otra vez a lo largo del país durante las últimas décadas, con numerosas víctimas mortales.

Dentro de estas dinámicas surge la criminalización de la protesta. Esta se dirige principalmente contra ciertos grupos sociales en situación de vulnerabilidad y organizaciones de la sociedad civil. Se empieza a hablar de colectivos de “gente radicalizada”, “violentistas” y, a partir de esta caracterización, se comienza a legitimar con más fuerza la represión policial como mecanismo válido y necesario para conservar el orden público desde una visión autoritaria.

En el Perú, uno de los mecanismos más importantes de criminalización, tanto de algunos sectores del Estado como de ciertos grupos políticos conservadores, es el “terruqueo”: un arma simbólica de control que utiliza el miedo para desmovilizar a la sociedad, así como para habilitar, facilitar y justificar la represión. A nuestro entender, este es el principal mecanismo para deslegitimar e incluso anular todo tipo de organización social y socavar el derecho a la protesta.

En el plano jurídico, el Estado ha recurrido a herramientas legales para criminalizar la protesta, a través de un único andamiaje normativo que sirve a la protección de intereses corporativos. Entre dichas herramientas se encuentran la creación de nuevos delitos, la modificación de los ya existentes y el endurecimiento de las penas para conductas vinculadas al ejercicio de la protesta, así como la suscripción de convenios de seguridad entre la Policía Nacional y empresas extractivas, el empleo abusivo de estados de emergencia y la persecución judicial a manifestantes.

En medio de este contexto social y político, el sistema de justicia ha logrado establecer marcos y criterios interpretativos para tutelar la protesta, con el propósito de evitar la criminalización de los manifestantes. El ejemplo más claro, como resultado de un largo recorrido jurisprudencial, es la emblemática sentencia del TC en el caso del Colegio de Abogados de Puno contra el Poder Ejecutivo. Consideramos que esta ha marcado un hito, al ser la primera en reconocer en forma expresa el derecho a la protesta como un nuevo derecho fundamental, no enumerado, de configuración autónoma y dotado de titularidades, contenido y límites.

Uno de sus aspectos más acertados tiene que ver con la relación que el TC establece entre la protesta y otros derechos fundamentales, como la libre expresión, la libre reunión o la huelga. Sin embargo, el TC la distingue como un derecho autónomo

y relacional. Consecuencia de ello es que el derecho a la protesta cuenta con justiciabilidad directa e inmediata, susceptible de ser protegido a través de los procesos constitucionales. Otro aspecto importante es la vinculación que se realiza entre la protesta y el principio democrático que sostiene a nuestro ordenamiento jurídico. El Tribunal acierta al sintonizar el reconocimiento del derecho con el contexto de crisis de representación política común en el Perú y América Latina. La sentencia refleja una concepción genuina de la democracia deliberativa, que apunta a la protección de todas las voces disidentes que participan en nuestra sociedad cuando se discute lo público.

Por otro lado, consideramos que el TC ha errado al no reconocer el carácter disruptivo del derecho a la protesta, que puede expresarse incluso mediante medidas de fuerza que representen daños menores contra bienes muebles o inmuebles. Dicha omisión es peligrosa en el momento de pretender una regulación legislativa del derecho, aunque goce de reserva de ley, pues deja irresponsablemente en manos del legislador un asunto complejo y sensible, sin establecer a la vez la totalidad de criterios necesarios para delimitar su actuación. Como han demostrado las regulaciones de “modo, tiempo y lugar”, reglamentar el ejercicio de la protesta puede resultar problemático e incluso contraproducente para los grupos sociales que recurren a ella, sobre todo en contextos de desigualdad.

Finalmente, consideramos que para garantizar el cumplimiento del derecho a la protesta no basta con ceñirnos al ámbito legal, sino especialmente al político. Debe recordarse que son los actores del Estado y los representantes de los partidos políticos los primeros llamados a respetar la sentencia del TC e implementarla en la realidad. De ellos, precisamente, surge la criminalización de la protesta al alentar o legitimar la violencia policial y la persecución judicial de los manifestantes. De ahí la importancia de continuar y fortalecer los procesos de reforma política y judicial, iniciados desde la segunda mitad de 2018, con miras a fortalecer el régimen democrático en el Perú del Bicentenario.

Bibliografía

ACNUDH. *Informe sobre la Misión a Perú*. Lima: ACNUDH, 2020.

AGÜERO, José Carlos. “El terruqueo”. *La República*, 22 de junio de 2019. Acceso el 30 de mayo de 2021. <https://larepublica.pe/politica/2019/06/22/el-terruqueo/>.

ALVARADO, Alejandro. “La criminalización de la protesta social: un estado de la cuestión”. *Revista Rupturas*, n.º 10 (2020): 25-43.

ANDINA AGENCIA DE NOTICIAS, “¿Qué es la Generación Bicentenario de la que tanto se habla en Perú?”, noviembre 2021. Acceso el 28 de abril de 2021. <https://andina.pe/agencia/noticia-que-es-generacion-del-bicentenario-de-que-tanto-se-habla-peru-822208.aspx>.

ARTESE, Matías. “El discurso que criminaliza. Un estudio sobre la construcción social de la deslegitimación de la protesta (1996-1999)”. En *Documento de Jóvenes*

- Investigadores n.º 13*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Gino Germani de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2006.
- ARTESE, Matías. “Criminalización de la protesta en Argentina. Una construcción de lo delictivo más allá de la esfera jurídica”. *América Latina Hoy*, n.º 52 (2009): 149-169.
- ASÚN, Rodrigo y Claudia ZÚÑIGA. “¿Por qué se participa? Explicando la protesta social regionalista a partir de dos modelos psicosociales”. *Psicoperspectivas: Individuo y Sociedad*, n.º 12 (2013): 38-50.
- BASSA, Jaime y Daniel MONDACA. “Protesta social y derecho: una tensión irresoluble”. *Izquierdas*, n.º 46 (2019): 105-136.
- BLAY, Ester. “El control policial de las protestas en España”. *InDret Revista para el Análisis de Derecho*, n.º 4 (2013): 1-32.
- BROCKETT, Charles. “The structure of political opportunities and peasant mobilization in Central America”. *Comparative Politics*, n.º 23 (1991): 253-274.
- CANAL N, “CNDDHH reporta 112 heridos y 41 desaparecidos tras masivas protestas contra el régimen de Manuel Merino de Lama”. 15 de noviembre de 2020. Acceso el 28 de abril de 2021. <https://canaln.pe/actualidad/cnddhh-reporta-112-heridos-y-41-personas-desaparecidas-masivas-protestas-contra-regimen-manuel-merino-lama-n427581>.
- CIDH. *Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos*. Washington: CIDH, 2015. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/criminalizacion2016.pdf>.
- CIDH. *Protesta y derechos humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*. OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.22/19, septiembre de 2019. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>.
- COMISIÓN DE ALTO NIVEL PARA LA REFORMA POLÍTICA. *Hacia la democracia del Bicentenario*. Lima: Konrad Adenauer Stiftung, 2019.
- DAHL, Robert A. *La democracia. Una guía para los ciudadanos*. Buenos Aires: Taurus, 1999.
- DELLA PORTA, Donatella. *Social Movement, Political Violence and the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- DERECHOS HUMANOS SIN FRONTERAS. “Heridos de bala de espinar esperan respuesta de la Fiscalía”. Acceso el 28 de abril de 2021. <https://derechosinfronteras.pe/heridos-de-bala-de-espinar-denuncian-a-pnp-por-lesiones-durante-protesta/>.
- DIAMOND, Larry. *Political Culture and Democracy in developing countries*. Colorado: Lynne Rienner Publishers, 1994.
- EISINGER, Peter K. “The conditions of protest behavior in american cities”. *American Political Science Review*, n.º 67 (1975): 11-28.
- FILLIEULE, Olivier y Danielle TARTAKOWSKY. *La manifestación. Cuando la acción colectiva toma las calles*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2015.

- FLORES UNGAZA, César. “Sostenibilidad minera y los muertos y heridos por conflictos sociales frente al Bicentenario”. Acceso el 28 de abril de 2021. <http://cooperacion.org.pe/sostenibilidad-minera-y-los-muertos-y-heridos-por-conflictos-sociales-frente-al-bicentenario/>.
- FUENTES, Claudio. “La inevitable ‘mano dura’: sociedad civil y violencia policial en Argentina y Chile”. *Revista de Ciencia Política*, n.º 2. (2004).
- GARCÍA PELAYO, Manuel. “El estatus del Tribunal Constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 1 (1981).
- GARGARELLA, Roberto. *El derecho a la protesta: el primer derecho*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2005.
- GARGARELLA, Roberto. “El derecho frente a la protesta social”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º 58 (2008): 183-199.
- GARGARELLA, Roberto. “Un diálogo sobre la ley y la protesta social”. *Derecho PUCP*, n.º 61 (2008): 19-50.
- GARGARELLA, Roberto. “El derecho a la protesta, según el Tribunal Constitucional peruano”. Acceso al 5 de mayo de 2021. <http://seminariogargarella.blogspot.com/2020/07/el-derecho-la-protesta-segun-el.html>.
- HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro: estudios sobre teoría política*. Madrid: Ediciones Paidós, 1999.
- HUERTA, Luis Alberto. “El derecho a la igualdad”. *Pensamiento Constitucional*, n.º 11 (2005): 307-334.
- IPSOS. *La crisis política. Encuesta de opinión*. Lima: Ipsos, 2020. https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2020-11/la_crisis_politica_noviembre_2020.pdf.
- LALINDE, Sebastián. *Elogio a la bulla. Protesta y democracia en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2019.
- MÁSQUEZ SALVADOR, Álvaro. “La criminalización de la protesta socioambiental en el Perú, a propósito del escenario en el sur andino”. *Informe Anual de Seguridad Ciudadana 2017*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 2017.
- MCADAM, Doug. “Conceptual origins, current problems and future directions”. En *Comparative Perspectives on Social Movements*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- MEJÍA, Óscar y Carolina JIMÉNEZ. “Nuevas teorías de la democracia: de la democracia formal a la democracia deliberativa”. *Colombia Internacional*, n.º 62 (2016): 12-31.
- MÉNDEZ, Cecilia. *Coloquio CID 6: Todo nos une, nada nos divide, y sin embargo... El ser (político) de la izquierda peruana*. Instituto de Estudios Peruanos (IEP). Acceso el 2 de junio de 2021. <https://www.youtube.com/watch?v=gjbc-yZeTBk&t=13s>.
- MILLS, Sara. *Discourse*. Londres: Routledge, 2007.
- MONSIVÁIS, Alejandro. “Democracia deliberativa y teoría democrática: una revisión del valor de la deliberación pública”. *Revista Mexicana de Sociología*, n.º 68 (2006): 291-330.

- MONTOYA, Yván e Ingrid DÍAZ. “Pluralismo cultural y derecho penal: comentarios a propósito de la sentencia de la Sala Penal de Apelaciones Transitoria y Liquidadora de Bagua (caso Curva del Diablo)”. En *La sentencia del caso Baguazo y sus aportes a la justicia intercultural*, 27-42. Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.
- MUÑOZ, María Antonia. *Sísifo en Argentina. Orden, conflicto y sujetos políticos*. Buenos Aires: Eduvim, 2010.
- MUÑOZ, Paula. “Latin America erupts: Peru goes populist”. *Journal of Democracy* 32, n.º 3 (2021): 48-62.
- O’DONNELL, Guillermo. “Illusions about Consolidation”. *Journal of Democracy*, n.º 7 (1996).
- O’DONNELL, Guillermo. *Democracia, agencia y Estado. Teoría con intención comparativa*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2010.
- OJO PÚBLICO. “El museo de lo efímero: los carteles que se volvieron documentos de la indignación”. Acceso el 28 de abril de 2021. <https://ojo-publico.com/2258/los-carteles-que-se-volvieron-documentos-de-la-indignacion>.
- ORGANIZACIÓN REGIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL ORIENTE. “Orpio y Aidecobap presentan videos completos de la muerte de 3 kukamas en Petrotal”. Acceso el 28 de abril de 2021. <http://www.orpio.org.pe/?p=2221>.
- OXHORN, Philip. *When democracy isn’t all that democratic: social exclusion and the limits of the public sphere in Latin America*. Miami: Dante B. Fascell North-South Center, University of Miami, 2001.
- PAJUELO, Ramón. “Perú: Crisis política permanente y nuevas protestas sociales”. *OSAL*, n.º 14 (2004).
- PALAU, Marielle. “Represiones, atropellos y persecuciones a comunidades y organizaciones campesinas”. En *Criminalización de la lucha campesina*. Coordinado por Marielle PALAU, Juan MARTENS y José SÁNCHEZ. Asunción: BASE Investigaciones Sociales, 2009.
- POULOS, Helen y Mary Alice HADDAD. “Violent repression of environmental protests”. *SpringerPlus* 5, n.º 230 (2016).
- RODRÍGUEZ BLANCO, Maricel. “Participación ciudadana no institucionalizada, protesta y democracia en Argentina”. *Íconos, Revista de Ciencias Sociales*, n.º 40 (2011): 89-103.
- RUIZ MOLLEDA, Juan. “Aportes de la sentencia del caso ‘el Baguazo’, al reconocimiento del derecho a la protesta”. En *La sentencia del caso Baguazo y sus aportes a la justicia intercultural*, 61-90. Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.
- RUIZ MOLLEDA, Juan. “¿Cómo diferenciar medidas de fuerza ‘legítimas’ en el marco del ejercicio de protesta de actos criminales de vandalismo?”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco*, n.º 10 (2018): 173-192.
- RUIZ MOLLEDA, Juan. “La ‘concepción ingenua’ del derecho a la protesta social”. Acceso el 5 de mayo de 2021. <https://iuslatin.pe/la-concepcion-ingenua-del-derecho-a-la-protesta-social/>.

- SALDAÑA, José y Jorge PORTOCARRERO. “La violencia de las leyes: el uso de la fuerza y la criminalización de las protestas socioambientales en el Perú”. *Derecho PUCP*, n.º 79 (2017): 311-352.
- SNOW, David y Robert BENFORD. “Ideology, frame resonance and participant mobilization”. *International Social Movement Research*, n.º 1 (1988).
- SVAMPA, Maristella y Claudio PANDOLFI. “Las vías de la criminalización de la protesta en Argentina”. *OSAL*, n.º 5 (2004).
- SVAMPA, Maristella. *Cambio de época. Movimientos sociales y poder político*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2008.
- SVAMPA, Maristella, Pablo STEFANONI y Bruno FORNILLO. *Debatir Bolivia. Perspectivas de un proyecto de descolonización*. Montevideo: Taurus, 2010.
- TARROW, Sidney. *El poder en movimiento. Movimientos sociales, acción colectiva y política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997.
- THOMPSON, Edward. “Folklore, antropología e historia social”, *Historia Social*, n.º 3 (1992): 81-102.
- TOLEDO, Víctor. “Prima ratio. Movilización mapuche y política penal. Los marcos de la política indígena en Chile 1990-2007”. *OSAL VIII*, n.º 22 (2007).
- VERGARA, Alberto. *Ciudadanos sin república*. Lima: Planeta, 2018.
- WAYKA, “Jorge Muñoz: confirman que bala que asesinó a trabajador pertenece al arma del policía José Hoyos”, 4 de enero de 2021. Acceso el 23 de julio de 2021. <https://wayka.pe/jorge-munoz-confirman-bala-que-asesino-a-trabajador-pertence-al-arma-del-policia-jose-hoyos/>.
- WIARDA, Howard. *The Soul of Latin America. The Culture and Political Tradition*. New Haven: Yale University Press, 2001.

Jurisprudencia

- CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AMAZONAS, Sala de Apelaciones Liquidadora y Transitoria de Bagua. Sentencia 00194-2009 [0163-2013] de 2 de junio de 2020.
- CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LORETO, Segunda Sala Penal. Sentencia 1232-2010 [0109-2008] de 10 de diciembre de 2009.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad 2875-2016.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia 04677-2004-AA/TC de 7 de diciembre de 2005.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia 00009-2018-AI/TC de 2 de junio de 2020.

Víctor Alfonso Mamani Cusiatau* (Perú)

El *ombudsman* y su rol en Perú y Latinoamérica como garante de la sociedad ante el desproporcionado uso de la fuerza pública durante las protestas sociales

RESUMEN

Las protestas sociales son un mecanismo democrático de interacción entre la sociedad y el Estado. A través de la historia, se presentan como un común denominador de conquista para el reconocimiento y la reivindicación de derechos en los países latinoamericanos. Para su control y represión, el Estado usa la fuerza pública, que en muchos casos es desproporcionada, al punto de vulnerar derechos fundamentales, tales como la libertad de expresión, la integridad y la protesta en sentido estricto. De manera paralela, en los Estados democráticos contemporáneos es importante la presencia del *ombudsman*, que cumple el rol de garante en la protección de los derechos humanos de las actuaciones estatales que pudieran atentar contra ellos. Lo anterior motiva este trabajo: la función persuasiva y la efectividad de las competencias de este órgano en el contexto de las protestas sociales en Latinoamérica, y analiza, además, su regulación en el derecho comparado.

Palabras clave: *ombudsman*; protestas sociales en Latinoamérica; proporcionalidad de la fuerza pública.

Ombudsmen and their role in Peru and Latin America as guarantors of society in the face of the disproportionate use of public force during social protests

ABSTRACT

Social protest is a democratic mechanism of interaction between society and the State. Throughout history, it has been a common denominator of conquest for the

* Abogado y maestro en Derecho Constitucional con mención *Summa Cum Laude*, Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Exdocente de pregrado y posgrado, UNSA. vmamanicus@unsa.edu.pe. / código orcid: [0000-0002-7790-9015](https://orcid.org/0000-0002-7790-9015).

recognition and vindication of rights in Latin American countries. To control and suppress it, the State uses public force, which in many cases is disproportionate to the point of violating fundamental rights, such as the right to freedom of expression, integrity, and protest in its narrow sense. At the same time, the presence of Ombudsmen in contemporary democratic states is important, as they fulfill the role of guarantor in protecting human rights against state actions that could threaten them. The motive for this article is the persuasive function and effectiveness of the powers of Ombudsmen in the context of social protests in Latin America, and it analyzes their regulation in comparative law.

Keywords: Ombudsman; Social protests in Latin America; Proportionality of public force.

Die Ombudsperson in Peru und Lateinamerika und ihre Rolle als Garant der Gesellschaft gegenüber unverhältnismäßiger öffentlicher Gewaltanwendung bei sozialen Protesten

ZUSAMMENFASSUNG

Soziale Proteste sind Mechanismen der demokratischen Interaktion zwischen Gesellschaft und Staat. Im Verlauf der Geschichte waren sie in den Ländern Lateinamerika stets der gemeinsame Nenner, wenn es darum ging, für die Anerkennung von Rechten einzutreten oder diese einzufordern. Um die Proteste zu kontrollieren oder niederzuschlagen, bedient sich der Staat der Sicherheitskräfte, deren häufig unverhältnismäßiges Vorgehen bis zur Verletzung von Grundrechten wie der Meinungsfreiheit, der körperlichen Unversehrtheit und des Protests im engeren Sinn reicht. Parallel dazu gewann in den heutigen demokratischen Staaten die Ombudsperson zunehmend an Bedeutung. Sie übernimmt die Aufgabe eines Garanten für den Schutz der Menschenrechte gegenüber staatlichen Vorgehensweisen, die diese verletzen könnten. Damit ist der Gegenstand dieser Arbeit beschrieben: die Aufgabe dieses Organs, im Kontext der sozialen Proteste in Lateinamerika zu überzeugen, sowie ihre Wirksamkeit. Darüberhinaus wird auch auf seine Regulierung im vergleichenden Recht eingegangen.

Schlagwörter: Ombudsman; soziale Proteste in Lateinamerika; Verhältnismäßigkeit der öffentlichen Gewalt.

*Si las explosiones son parte del sistema, también lo son
las represiones y el letargo, voluntario o forzado, que las sucede.
La enfermedad que roe a nuestras sociedades es constitucional
y congénita, no algo que le venga de fuera.*

OCTAVIO PAZ

Introducción

Merece nuestra atención hacer énfasis en la trascendencia que adquieren las protestas sociales, ya que, como la historia lo refleja, se instauran como uno de los más importantes mecanismos de adquisición de derechos por la sociedad. No obstante, los límites de las protestas sociales se establecen generalmente por el poder coercitivo y coactivo delegado por el Estado a la policía nacional. Ello implica la posibilidad de que en su represión y con la intención de retomar el orden, exista abuso de autoridad, cuadros de violencia y vulneración de distintos derechos fundamentales y constitucionales.

Resaltan las principales competencias de la Defensoría del Pueblo en Perú, plasmadas en el artículo 162 de la Constitución Política, que expresa: “Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad”. Como tal, es una de las entidades competentes para establecer mecanismos de solución frente a las protestas sociales, que se plasman en resoluciones no vinculantes con una función persuasiva. Tales resoluciones son duramente cuestionadas bajo el argumento de que la Defensoría del Pueblo debería tener funciones vinculantes y de cumplimiento obligatorio o jurisdiccional. Lo cierto es que sus resoluciones son de revisión obligatoria por parte de la entidad administrativa involucrada y de prestigio moral por parte del defensor del pueblo.

Si bien es cierto que la existencia del defensor del pueblo es de suma importancia en una determinada jurisdicción, incluso es avalada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), muchos de los países latinoamericanos no cuentan con esta figura, lo cual puede generar que, en determinadas protestas, los derechos sean vulnerados aún con mayor facilidad, pues el resto de instituciones no tendrían un organismo con autonomía constitucional que ejerza funciones de control y garantía de derechos.

En las próximas líneas, mediante un análisis documental y de experiencia social comparada, empezaremos con una aproximación a la definición del derecho de libertad de expresión, reunión y protesta en Latinoamérica, seguida de algunas protestas sucedidas en Perú, Bolivia, Chile, Venezuela, Nicaragua y Colombia; posteriormente, abordaremos la cuestión de la fuerza pública y la represión en protestas sociales y sus límites, y señalaremos el ordenamiento internacional e interno de los países mencionados, para luego desarrollar las funciones del *ombudsman* en ellos y su actividad como garante de los derechos en protestas sociales; finalmente, presentaremos las conclusiones.

1. El derecho de libertad de expresión, reunión y protesta en Latinoamérica

Previo al análisis de la realidad latinoamericana, por cuestiones didácticas, se delimitará y estructurará la naturaleza y coherencia entre la libertad de expresión, de reunión y de protesta, pues los derechos son herramientas para el desarrollo humano, que tienen una justificación, naturaleza, funciones generales o específicas y relaciones con los derechos circundantes sea cual sea su jerarquía.

La libertad de expresión es comprendida por Enrique Bernales Ballesteros como “el derecho de comunicar pensamientos, ideas y opiniones”.¹ De este sucinto y muy acertado concepto se infiere que primero debe forjarse un ideal en un individuo o colectivo; luego, por decisión del mismo, es susceptible de ser transmitido. Entonces, antes que la libertad de expresión está la libertad de pensamiento. Este mecanismo es tutelado mediante la Constitución y los derechos humanos, basándose esencialmente en la prohibición de la censura y revisión administrativa previa (Constitución, art. 2, inc. 4). Su alcance tutela, incluso, ideas que pueden ser contrarias a las ya establecidas en el ordenamiento jurídico o alguna disposición del órgano ejecutivo,² salvo excepciones a las cuales se hará referencia posteriormente (de seguridad nacional).

Luis Huerta fundamenta la libertad de expresión en servicio de cinco pilares: el desarrollo humano y su autonomía individual, el fortalecimiento de la democracia, la formación de una opinión pública libre, la garantía de otros derechos fundamentales y la creación de un libre mercado de ideas.³ Se basa en que el ser humano, como animal racional y social estructurado bajo un orden jurídico especialmente democrático, requiere la libertad de expresión para su eficaz desenvolvimiento, interacción social y desarrollo comunitario. Su naturaleza mental implica la creación libre de ideas.

A su vez, el propio sistema democrático se nutre de la libertad de expresión, pues, como tal, no podría existir sin un reconocimiento y respeto a la pluralidad de ideas e intereses. Las sociedades son estructuras plurales y dinámicas; son direccionadas por ideales individuales o colectivos. La experiencia histórica de aquellas épocas donde el Estado monopolizaba y regulaba lo difundido dio muestra de una sociedad intolerante, discriminatoria e inmersa en el oscurantismo. El desarrollo democrático es individual y social.

¹ Enrique Bernales, *La Constitución de 1993. Análisis comparado* (Lima: Constitución y Sociedad, 1999), 122.

² Ronald Gamarra, “La libertad de expresión y criminalización de la protesta social”, en *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, comp. por Eduardo Bertoni (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010), 183-186.

³ Luis Huerta, “Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio”, *Pensamiento Constitucional XIV*, n.º 14 (2010): 320.

Bajo la premisa de que ningún derecho es absoluto, la libertad de expresión también tiene límites. Recordemos que el rango internacional y constitucional de este derecho es compatible con otros de mayor o igual nivel, verbigracia, la seguridad social, la dignidad humana y la democracia. No obstante, la casuística nos demuestra que es posible la existencia de sucesos humanos donde se ponga en jaque la armonía de tales derechos frente a la libertad de expresión. Generalmente, ocurren porque la libertad de expresión, en su ejercicio y, a diferencia de otros derechos, al contemplar la negativa de la censura previa, es limitada únicamente *ex post* (después del hecho), bajo sanción o indemnización. A nadie se le puede negar la posibilidad de expresarse; empero, una vez ejercido el derecho, el sujeto del derecho se transforma en el sujeto del deber y, por lo tanto, le corresponde asumir la responsabilidad de lo publicado, ya sea mediante indemnización al nuevo sujeto del derecho (la sociedad puede ser representada a través del ministerio público o un particular en específico) o sanción administrativa o penal, si el ejercicio del mismo contrajera alguna circunstancia contraria al ordenamiento jurídico. Claro ejemplo es la inexistencia de tentativa a la apología (Código Penal, art. 316°), dejando constancia de que, a pesar de ser una acción perseguida por la sociedad, no se puede impedir el ejercicio de expresión, siendo sancionado solo si se consumó el acto. Tal control *ex post* crea una ficción en la sociedad de desorganización jurídica, haciéndole creer que la libertad de expresión es contraria a otros derechos, como la seguridad social, la dignidad humana, la democracia, etc.

Rafael Flaquer define la libertad de reunión como una congregación de determinados sujetos de manera temporal.⁴ El criterio de temporalidad es, pues, lo que diferencia la libertad de reunión de la de asociación, misma que tiene carácter trascendental, al punto de crear una persona jurídica. El autor en referencia añade que tal congregación está dirigida a tratar un asunto que les concierne de forma individual o colectiva. Complementando tal perspectiva de forma general, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución añade que tal derecho debe tener matices pacíficos (art. 2, inc. 12). Bernaldes Ballesteros interpreta “lo pacífico” refiriéndose tanto a las finalidades como a los métodos de reunión.⁵ Respecto a lo primero, el ordenamiento jurídico no ampara reuniones pacíficas destinadas a la organización de la violencia o criminalidad, aun cuando tal perspectiva tenga justas directrices, verbigracia, organizar una acción violenta frente a un gobierno de facto. Respecto a lo segundo, el ordenamiento jurídico tampoco ampara las reuniones destinadas a fines pacíficos o de benevolencia si son ejercidas con violencia.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) expresa: “El derecho de reunión [...] [es] fundamental [...] para la existencia y el funcionamiento

⁴ Rafael Flaquer, “Los derechos de asociación, reunión y manifestación”, *Ayer*, n.º 34 (1999): 154-155.

⁵ Bernaldes, *La Constitución...*, 142-143.

de una sociedad democrática”.⁶ Al ser la democracia la expresión del interés comunitario, bajo representación estatal, implica una decisión comunal y un control constante del ejercicio del poder. La gestión de los mismos puede ser susceptible de discusión vía reunión por parte de las autoridades públicas y de la sociedad en general. Adicionalmente, la CIDH añade: “Por estas razones, difícilmente puede ejercerse la defensa de los derechos humanos en contextos en los que se restringe el derecho de reunión pacífica. [...] el ejercicio del derecho de reunión es básico para el ejercicio de otros derechos como la libertad de expresión”.⁷ La unificación y expresión de pensamientos, ideales y demás, mediante la libertad de reunión, no se puede monopolizar o autorizarse bajo decisión estatal (salvo en casos de urgencia, sanidad o necesidad pública) porque se correría el riesgo de controlar su contenido y caer en un Estado autoritario. Erradicar o restringir la libertad de reunión sería negar la naturaleza social y el libre desenvolvimiento del individuo.

La libertad de protesta es, quizá, una de las variantes más populares de la libertad de expresión y de reunión. A diferencia de la libertad de manifestación, que también es otra variante de tales derechos, la protesta tiene una directriz de negación o rechazo frente a una acción, norma o disposición estatal o privada. La CIDH menciona que la protesta es “una forma de acción individual o colectiva dirigida a expresar ideas, visiones o valores de disenso, oposición, denuncia o reivindicación”.⁸ Es menester reivindicar que la protesta puede adquirir una dimensión individual y colectiva, también denominada protesta social. Esta última es materia del presente estudio. La protesta, individual o social, adquiere la necesidad de ser pacífica sea cual sea el ideal defendido. Se justifica porque la democracia –a diferencia de su predecesor, el sistema monárquico– comprende el control normativo, el equilibrio, la fiscalización y colaboración de instituciones y autoridades; todos ellos incluyen mecanismos de participación ciudadana: la protesta es uno y quizá el más usado.

Al ser la sociedad un sistema jurídico e institucionalmente organizado (llámese complejo), el rechazo hacia las disposiciones gubernamentales y administrativas –ejercido por la comunidad que no tiene poder administrativo o facultades fiscalizadoras e investigadoras concretas o, de tenerlas, no tiene la competencia para direccionar tales disposiciones– se materializa esencialmente en la protesta. Tal accionar pasa primero por la recreación mental de tal negativa gubernamental, su difusión (libertad de expresión) y la organización de los sectores comunales para tal fin (libertad de reunión). El derecho a la protesta social unifica a estos dos últimos

⁶ CIDH, *Informe de la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.124. Doc. 5 rev.1, 7 de marzo de 2006, párr. 50, <https://www.cidh.oas.org/countryrep/defensores/defensorescap1-4.htm>.

⁷ CIDH, *Informe*, párr. 52.

⁸ CIDH, *Protesta y derechos humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*, 39, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.22/19 (septiembre de 2019), <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>, 5.

ámbitos, por lo cual cualquier interrupción o acción estatal que pretenda suspender tales procesos, ya sea en su forma conjunta o individual, de forma directa o indirecta, está transgrediendo este derecho.

Ahora bien, en Latinoamérica, la protesta social se ha presentado de forma reiterada debido a las situaciones que acontecen en cada Estado. Como lo reporta la cadena de noticias BBC, a finales de octubre de 2019 hubo protestas en Bolivia, Chile, Ecuador, Haití, Honduras y Perú.⁹ A finales de noviembre del mismo año, informa que continuaron las protestas en Haití, Bolivia, Chile y Ecuador y aumentaron en Colombia, Venezuela, Nicaragua, El Salvador y Argentina.¹⁰

No es casual que este estallido social en cada país se haya agravado durante el periodo pandémico del covid-19, ante las injusticias, inconformidades, desigualdades (económicas, sociales, culturales y educativas) o irregularidades por parte de determinados gobiernos frente a la sociedad a la que sirven. Por ello, continuando la línea argumentativa, se resumirá la realidad latinoamericana en materia de protestas (el contexto, el grado de violencia, la participación de órganos internacionales y la defensoría del pueblo), conforme a determinados países y sus consecuentes estructuras jurídicas. Por motivos didácticos, y al ser imposible abarcar tal tema en su totalidad en el presente escrito, se enfatizará en las protestas más relevantes.

Una de las protestas sociales más nefastas para el Perú fue lo acontecido en la llamada “Gran marcha ciudadana” (del 11 al 15 de noviembre), extendida a varias ciudades y departamentos. La CIDH, en un informe realizado en su visita al país el 29 de noviembre del 2020, menciona que el principal motivo fue la grave crisis política e institucional por la que atravesaban los poderes del Estado, esencialmente el Ejecutivo y el Legislativo, pues la vacancia del entonces presidente Martín Vizcarra Cornejo en pleno estado de emergencia no traería más que perjuicios a la estabilidad nacional. En tales protestas existen cuestionamientos sobre el ejercicio de la fuerza pública, como el uso de armas letales, las detenciones arbitrarias, el uso de efectivos policiales vestidos de civiles, el retiro de periodistas, etc., y se cuestiona la presencia de la Defensoría del Pueblo en tutela de los derechos de los protestantes.¹¹

En Bolivia se inició la “Revolución de las pititas”, luego del anuncio de los resultados de las elecciones generales del 20 de octubre de 2019, pues señalaba a Evo Morales como presidente por un periodo más. La protesta buscaba que se instaurara

⁹ Gerardo Lissardy, “Protestas en América Latina: ‘Vamos a seguir con manifestaciones hasta que los pueblos crean que se gobierna para ellos y no para un puñado’”, *BBC News*, 24 de octubre de 2019, acceso el 19 de febrero de 2021, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50137163>.

¹⁰ Gerardo Lissardy, “Ola de protestas en América Latina: ¿puede la amenaza de una nueva ‘década perdida’ explicar lo que ocurre en las calles?”, *BBC News*, 29 de noviembre de 2019, acceso el 19 de febrero de 2021, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50563723>.

¹¹ OEA, “La CIDH culmina visita de trabajo al Perú”, comunicado de prensa, 7 de diciembre de 2020, acceso el 15 de febrero de 2021, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/290.asp>.

una segunda vuelta entre Evo Morales y Carlos Meza, por haber fraude electoral. La población desconfiaba de las autoridades, pues el tribunal supremo electoral había reconocido a Evo como presidente y porque, años antes, el tribunal constitucional boliviano había emitido una sentencia que declaraba inconstitucionales artículos de la ley electoral, que habilitaban a Evo a postularse una vez más, a pesar del referendo en el que ganó el no a la reelección. La CIDH, en una visita el 10 de diciembre de 2019, señaló que se debía buscar el diálogo, pues se estaba frente al escenario de protesta en un contexto de violencia generalizada.¹² Se tiene conocimiento de que la Defensoría del Pueblo actuó en las protestas, llamando a la paz y reportando el número de detenidos, heridos y muertos durante ellas.¹³

En Chile, el “estallido social” (14 de octubre del 2019) se inició por el aumento en el costo de determinados servicios, fue creciendo progresivamente y detonó con la indignación frente a la discriminación. Los protestantes, principalmente estudiantes y líderes universitarios, denunciaron que fueron censurados, ya que les prohibieron rendir el examen de admisión a la universidad y en otros casos les suspendieron la matrícula en sus respectivas carreras;¹⁴ los periodistas y miembros de la prensa chilena no fueron ajenos a la vulneración de su derecho a la libertad de expresión, pues muchos fueron despedidos y otros tantos perdieron equipos con grabaciones y material que documentaba lo que sucedía en las marchas a lo largo del país.

La CIDH realizó un informe con recomendaciones y conclusiones de lo acontecido, donde señala que “aunque el derecho a reunión y la protesta social ha sido extensamente tratado por los organismos internacionales de derechos humanos, en Chile el derecho a la manifestación pacífica no está garantizado de forma plena”.¹⁵ Cabe mencionar que Chile no tiene consagrada una defensoría del pueblo, pero cuenta con una Defensoría Penal Pública y una Defensoría de la Niñez que, de una u otra forma, cumplen con algunas de las funciones de aquella; no obstante, estas entidades no son constitucionalmente autónomas. En noviembre de 2020 nuevamente se llevaron a cabo protestas, con la finalidad de apoyar la creación de una

¹² OEA, “CIDH presenta sus observaciones preliminares tras su visita a Bolivia, y urge una investigación internacional para las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en el marco del proceso electoral desde octubre de 2019”, 10 de diciembre de 2019, acceso el 15 de febrero de 2021, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/321.asp>.

¹³ *Los Tiempos*, “Defensoría registra 29 heridos y 57 detenciones en protestas por comicios”, 25 de octubre de 2019, acceso el 15 de febrero de 2021, <https://www.lostiempos.com/actualidad/pais/20191025/defensoria-registra-29-heridos-57-detenciones-protestas-comicios>.

¹⁴ OEA, “CIDH culmina visita *in loco* a Chile y presentó sus observaciones y recomendaciones preliminares”, comunicado de prensa, 31 de enero de 2020, acceso el 15 de febrero de 2021, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/018.asp>.

¹⁵ GAIA, Artículo 19, CTA Autónoma, CELS, CDHAL, LADH, FIDH, Madres de Plaza de Mayo Línea Fundadora, OMCT, IWGIA, *Informe Final. Misión Internacional de Observación en Chile, 6-11 de noviembre de 2019*, 2020, 39, <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2020/01/Informe-Final-Misio%CC%81n-de-Observacio%CC%81n-a-Chile.pdf>.

nueva Constitución Política en Chile. Muchos protestantes pretenden instaurar una defensoría del pueblo en esa nueva Constitución.¹⁶

Venezuela tampoco fue ajena a las protestas. Durante 2019 y 2020 se registraron 9.633 casos de protestas, siendo este periodo el cuarto año más conflictivo de la década y coincidiendo con la pandemia por covid-19.¹⁷ Muchas de las protestas obedecen a que una serie de productos básicos y de primera necesidad son de consumo restringido y de difícil adquisición. En tales protestas sociales se vulneran varios derechos a causa de la concentración del poder por el gobierno de turno. La CIDH realizó una visita *in loco* a Venezuela, mas no pudo examinar a profundidad los temas de las protestas y de la libertad de reunión, pues se enfocó en la migración. Respecto a la libertad de expresión señaló que es menester permitir que los medios de comunicación informen acerca de lo que sucede sin ningún tipo de censura.¹⁸ El informe de la CIDH no menciona acción alguna de la Defensoría del Pueblo, como tampoco en otros de sus comunicados, como el del 1 de marzo de 2019, que condena la represión del 23 de febrero de 2019¹⁹ por una protesta por impedir el acceso de ayuda humanitaria enviada de otros países.

Por otro lado, de acuerdo con la Fundación Nicaragüense para el Desarrollo Económico y Social (Funides), Nicaragua es un Estado que ha permanecido en protesta desde 2018. Se sabe que el mes de abril de dicho año fue crucial para los manifestantes nicaragüenses, pues el día 18 estalló la protesta social ante la vulneración de derechos fundamentales –como la libre movilización, expresión y reunión, consignados en la Constitución Política– con detenciones arbitrarias por parte de los policías.²⁰

En una visita de trabajo realizada el 21 de mayo de 2018, la CIDH condenó el uso excesivo de la fuerza por parte de agentes estatales y por terceros armados para reprimir las protestas e instó a tomar medidas urgentemente para garantizar el pleno

¹⁶ *La Tercera*, “La defensoría del pueblo: Qué es y cómo funcionaría si llega a implementarse en una nueva Constitución”, 18 de diciembre de 2020, acceso el 15 de febrero de 2021, <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/la-defensoria-del-pueblo-la-entidad-que-podria-sumarse-por-primera-vez-a-la-constitucion/7THKXHPOBBEJXKBKXJVO2G454E/>.

¹⁷ *Deutsche Welle*, “En Venezuela ha habido casi 8000 protestas sociales en medio de la pandemia”, sección en español, 26 de enero de 2021, acceso el 15 de febrero de 2021, <https://www.dw.com/es/en-venezuela-ha-habido-casi-8000-protestas-sociales-en-medio-de-la-pandemia/a-56353005>.

¹⁸ OEA, “CIDH presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares tras la histórica visita *in loco* a Venezuela para monitorear situación de derechos humanos”, comunicado de prensa, 8 de mayo de 2020, acceso el 15 de febrero del 2021, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/106.asp>.

¹⁹ OEA, “CIDH y Redescar condenan hechos de represión violenta en Venezuela y urgen al Estado venezolano a garantizar los derechos humanos de la población frente a la crisis política, económica y social”, comunicado de prensa, 1 de marzo de 2019, acceso el 15 de febrero de 2021, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/052.asp>.

²⁰ Fundación Nicaragüense para el Desarrollo Económico y Social, *Nicaragua. Informe de Coyuntura*, abril de 2020 (Nicaragua: Funides, 2020), <https://funides.com/wp-content/uploads/2020/04/FUNIDES-Informe-de-Coyuntura-de-Nicaragua.-Abril-2020.pdf>.

ejercicio de los derechos de libertad de expresión, reunión pacífica y participación política.²¹ No se tiene noticia sobre la actuación de la Defensoría Pública en las protestas. En la actualidad, el presidente Daniel Ortega se mantiene en su cargo, y debido a ello persiste la represión a los miembros de la llamada “oposición”, pues se ven obligados a huir a otros países para no ser encarcelados.

En Colombia, en 2021 hubo protestas entre abril y junio, debido a la reforma tributaria presentada por el gobierno de Iván Duque, con la que se pretendía gravar productos de primera necesidad; a la propuesta de reforma del sistema pensionario, y al mal manejo de la pandemia, entre otras causas. Durante estas protestas hubo participación de varias ciudades del país: Bogotá, Cali, Medellín, entre otras. En el mes de mayo, frente a las protestas, las fuerzas del orden actuaron de manera violenta, y dejaron alrededor de 13 muertos en Cali y el Valle del Cauca, luego de lo cual la represión policial aumentó aún más.

En un comunicado, la CIDH condenó los actos de los agentes de Estado: se “urge al Estado a respetar los más altos estándares en cuanto a la libertad de expresión, uso de la fuerza y debida diligencia”.²² También señaló que se le debía permitir su acceso, pues en una primera oportunidad el Estado se lo negó. Asimismo, precisó la cantidad de protestas, que ascendían a 9.623, de las cuales 1.038 habrían sido violentadas, con casos de fallecimientos, desapariciones, personas heridas y agresiones sexuales, todo por el uso desproporcionado de la fuerza. Se tiene conocimiento de que la Defensoría del Pueblo instó en repetidas oportunidades al Estado a que cesara el uso desproporcionado de la fuerza y contribuyó con la CIDH al análisis de la situación durante su visita. En el momento de la redacción de este documento, las protestas parecen seguir.

Se deja constancia de que el sistema interamericano de derechos humanos y la Defensoría del Pueblo juegan un papel fundamental frente a la defensa de los derechos en las protestas sociales. Respecto al primero, las recomendaciones hechas por la CIDH y las sentencias emitidas por la Corte IDH en materia de protesta, libertad de reunión y expresión resultan trascendentales para evitar la violación de derechos de un individuo o colectivo en específico y para orientar la interpretación jurídica de cada país.

Un ejemplo de esto es la sentencia referente al Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco *vs.* México, en el que los derechos de libertad de reunión y expresión de un grupo de 11 mexicanas se vio vulnerado, al ser detenidas arbitrariamente

²¹ OEA, “Observaciones preliminares de la visita de trabajo de la CIDH a Nicaragua”, comunicado de prensa, 21 de mayo de 2018, acceso el 15 de febrero del 2021, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/113.asp>.

²² OEA, “La CIDH condena las graves violaciones de derechos humanos en el contexto de las protestas en Colombia, rechaza toda forma de violencia y reitera la importancia de que el Estado honre sus obligaciones internacionales”, comunicado de prensa, 25 de mayo de 2021, acceso el 10 de julio de 2021, <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/137.asp>.

por parte las autoridades policiales luego de una protesta en contra del proyecto de construcción de un aeropuerto en Atenco, y sometidas a abuso físico, sexual y psicológico con la finalidad de humillarlas por el hecho de ser mujeres. En este caso, la Corte IDH resuelve: “Cuando la violación del derecho a la libertad de reunión pacífica es un factor habilitante e incluso determinante o una precondition para la violación de otros derechos [...], también inevitablemente se ve afectado el derecho a la libertad de reunión pacífica y ello merece ser reconocido”.²³ Por lo anterior, se falló en favor de las féminas de manera parcial, pues sí se vulneró el derecho de reunión y a la protesta pacífica, mas no el derecho a la libre expresión (además de violación de la libertad sexual), ya que no necesariamente están vinculados; se aplicó el uso excesivo de la violencia sin necesidad, pues la manifestación era pacífica. Otro ejemplo emblemático es la sentencia del Caso Escalera Mejía y otros *vs.* Honduras, donde Escalera Mejía, defensor del ambiente en Honduras, fue asesinado durante el ejercicio de una protesta pacífica. La Corte IDH confiere la responsabilidad de tal acontecimiento al Estado, que llega a un acuerdo amistoso con la familia del fallecido.²⁴

El papel trascendental que cumple la defensoría del pueblo en tales manifestaciones será explicado por motivos didácticos en el punto 4.1 de este artículo.

2. Fuerza pública y represión en las protestas sociales

En el tan evolucionado Estado de derecho, es muy cuestionada la existencia, necesidad y práctica de la fuerza pública que, en su ejercicio, puede devenir en violencia. Igualmente, se critica la legalidad, necesidad y proporcionalidad del uso de la fuerza pública por los agentes del orden frente a un caso en concreto, como en una protesta social. Por ende, se hará un análisis jurídico y normativo sucinto, tratando de enfocar los aspectos más relevantes en la materia.

En el ámbito internacional se tienen instrumentos tales como el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, que en su artículo 3 señala: “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas”.²⁵ La evaluación de la situación debe hacerse con base en los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, que en el principio 4 estipula que los funcionarios

²³ Corte IDH, Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco *vs.* México, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 371, párr. 172.

²⁴ Corte IDH, Caso Escalera Mejía y otros *vs.* Honduras, Sentencia de 26 de septiembre de 2018, Serie C, núm. 361, párr. 19.

²⁵ Naciones Unidas, Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 34/169 de 17 de diciembre de 1979, art. 3.

intentarán usar medios no violentos en la medida de lo posible y que solo se recurrirá a la fuerza cuando otros medios resulten ineficaces. En el mismo instrumento se establecen dos posibles situaciones de uso de fuerza: manifestaciones ilícitas, pero no violentas, y manifestaciones violentas; sin embargo, en cada situación se señala que debe evitarse su uso y, de hacerlo, debe ser siempre de manera mínima.²⁶ Hay que señalar que estos instrumentos son genéricos, por lo que el control del uso de la fuerza de forma pormenorizada corresponde a la legislación nacional del Estado.

Existen Estados, como Chile, Bolivia, Venezuela, que en su legislación no desarrollan ninguna definición de fuerza pública, ni de uso de la fuerza, y se limitan a establecer lineamientos. Por ejemplo, en el caso chileno, Ley 18961, Decreto 1364, Circular 1832; en el boliviano, Constitución Política de 2009 (art. 251), Ley Orgánica de la Policía de 18 de diciembre de 1961; en el venezolano, Constitución Política (art. 55), Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, Ley del Estatuto de la Función Policial, entre otros.

En Nicaragua, en el reglamento de la Ley de la Policía Nacional se señalan formas en las que se manifiesta el uso de la fuerza, a saber: uso de armas de fuego, bastón policial, rociadores de gases, así como los niveles graduales para la intervención. Sin embargo, al igual que en los anteriores ordenamientos, no se ofrece una definición de la fuerza pública. En el Perú, el Decreto Legislativo 1267 se refiere a la fuerza pública en los siguientes términos: “Es la atribución del Estado, ejercida por la Policía Nacional del Perú que faculta el uso de la fuerza de manera legítima en el cumplimiento de su finalidad, para la conservación del orden interno y para garantizar el funcionamiento de los poderes del Estado dentro del orden constitucional”.²⁷ Tal concepción normativa es congruente con el Decreto Legislativo 1186, que menciona que la fuerza (se colige que se refiere a la “fuerza pública” y no a la “fuerza” como está redactado) es “el medio que en sus diferentes niveles usa el personal de la Policía Nacional del Perú, dentro del marco de la Ley, para lograr el control de una situación que constituye una amenaza o atenta contra la seguridad, el orden público, la integridad o la vida de las personas”.²⁸

De todo ello podemos concluir que la fuerza pública es la capacidad y/o derecho estatal para mantener el orden interno, entre otras funciones. Es también una parte del derecho administrativo con carácter organizacional, materializada fundamentalmente a través de las facultades delegadas a la policía nacional (Constitución, art. 166), mismas que tienen atribuciones reglamentarias, coercitivas y coactivas,

²⁶ Naciones Unidas, Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptados por el Octavo Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana (Cuba), 27 de agosto-7 de septiembre de 1990, art. 9.

²⁷ Decreto Legislativo 1267, Ley de la Policía Nacional del Perú, *El Peruano* 13900, 18 de diciembre de 2016.

²⁸ Decreto Legislativo 1186, que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú, *El Peruano* 13360, 16 de agosto de 2015.

conocidas doctrinariamente como poder o derecho de policía. Entonces, la fuerza pública tutela al conjunto de leyes y disposiciones emitidas por las autoridades a los ciudadanos para mantener la seguridad y permitir el pleno ejercicio de sus derechos a través del límite y control de los mismos.

“La fuerza sin derecho es anarquía y el derecho sin fuerza, impotencia”²⁹ es un adagio que nos ilustra respecto a la necesidad de la fuerza pública. No sería factible la existencia de algún orden social si el mismo no puede plasmar y hacer cumplir sus propias disposiciones: ello devendría en letra muerta. Por esto, en los ordenamientos que se han estudiado, una de las funciones principales de la policía es hacer cumplir la ley. Plasmar disposiciones implica legislar o reglamentar, bajo condición de ser congruente con las normas superiores y de igual rango (Constitución y leyes); hacer cumplir las disposiciones emitidas implica delegar una cuota de poder coercitivo y coactivo a un órgano en específico (policía nacional) y que este sea congruente con la directriz y las disposiciones emitidas por la autoridad competente. Se infiere que el Estado, al delegar tal cuota de poder, tuvo primero la exclusiva concesión del mismo.

Al respecto, Max Weber, en su libro *La política como vocación*, refiere que el Estado monopoliza la violencia física (podemos entender que el término “violencia” hace referencia a la fuerza pública) de forma legítima.³⁰ Se desprende que el ejercicio de la fuerza pública solo enmarca acciones físicas; como tal, el uso de mecanismos morales, económicos, psicológicos y demás es ilegítimo no solo para el Estado sino para todo el ordenamiento jurídico. De igual forma, la fuerza pública persigue fines públicos, lo cual implica que una autoridad no puede emitir disposiciones accionantes de la policía nacional con el fin de impedir el desenvolvimiento del sector privado, salvo necesidad e interés público.

Respecto a las facultades y competencias de la policía nacional, desde una perspectiva general, tenemos que adentrarnos en lo que refiere la Constitución. En el Perú se contempla el Sistema de Defensa Nacional para mantener la seguridad nacional; este está dividido en un sistema de defensa externo (comprendido por las fuerzas armadas) y otro interno (comprendido por la Policía Nacional), ambos subordinados al presidente de la República. El orden interno, entendido como un estado social de cumplimiento de la plenitud jurídica, libre desarrollo de los derechos y organización democrática, es políticamente conservado por el presidente de la República (Constitución, art. 118, inc. 3), pero, pragmáticamente, por la Policía Nacional a través del uso de la coerción y coacción. La coerción es la presión psicológica o intimidatoria sobre las personas, que emana de la simple presencia policial con el fin de que sus actitudes se ajusten conforme al derecho: es una presencia subjetiva, en

²⁹ José Ferro, “La Policía Nacional y la Fuerza Pública”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* XXXIV, n.º 96 (2013): 92-93.

³⁰ Ciudadano 014-Q, “El Estado como monopolio de la violencia según Max Weber”, blog La Sangre del León Verde, 4 de enero de 2012, acceso el 19 de febrero de 2020, <https://www.lasangredelleonverde.com/el-estado-como-monopolio-de-la-violencia-segun-max-weber/>.

tanto no sea de alta intensidad, donde ya devendría en un supuesto de ilegitimidad para un Estado democrático. La segunda es la acción o uso de la fuerza estatal en cumplimiento del orden jurídico o una disposición en específico: es estrictamente objetiva. El uso del poder coactivo se limita, en esencia, bajo criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad frente a un caso en concreto.

Respecto a la naturaleza y justificación de las protestas sociales, recordemos primero (véase *infra*, punto 3) que es la concurrencia de personas en un espacio determinado, de forma temporal, dirigida a expresar el rechazo o negativa frente a una disposición o reglamento emitido por un órgano estatal. Su ejercicio debe ser pacífico en su vertiente negativa (con ausencia de violencia). El derecho a la protesta pertenece o es consecuente con el orden público bajo dos argumentos: primero, porque está contemplado en el artículo 2, inciso 12, de la Constitución, lo cual implica que, por el principio de congruencia y desarrollo constitucional, las demás disposiciones constitucionales y de menor jerarquía permanecen ordenadas jurídicamente con tal derecho; segundo, porque la libertad de protesta es una expresión de un ideal, implica aceptar una pluralidad de juicios e intereses y establecer acciones de equilibrio de los mismos en búsqueda del bien común; entonces, la protesta favorece a la democracia. Claro, esto se cumple siempre que las protestas sociales mantengan los requisitos de no alterar la tranquilidad pública, no generar daños a la propiedad pública ni privada, ni acciones contrarias al orden jurídico. No alterar la tranquilidad pública no implica no causar ningún tipo de desorden, pero tampoco avala el abuso injustificado del mismo.

Control y represión de las protestas sociales son términos totalmente distintos. El primero hace referencia a las acciones de políticas públicas dirigidas a garantizar los límites de la legalidad en las protestas sociales, mientras que el segundo acciona cuando tales límites han sido sobrepasados por los protestantes, accionando otro conjunto de políticas públicas dirigido a volver al orden jurídico y, de ser el caso, sancionar a los responsables. El control de las protestas sociales, al provenir del derecho, solo puede ser en el acto o *ex post*. No es posible impedir la realización de una protesta antes de su ejecución mediante vía administrativa, salvo excepciones de interés público, sanitarias o de peligro inminente.

En el acto, la protesta puede ser controlada mediante el poder o derecho de policía, facultando a las autoridades legislativas, ejecutivas, regionales y municipales a legislar y reglamentar la forma de llevar la misma siempre que no transgreda directa o indirectamente la libertad de reunión y expresión, no criminalice su actuar y no verse sobre el fondo del asunto. A su vez, la policía nacional puede hacer uso de sus facultades coercitivas presentándose a la protesta bajo un criterio pasivo con el fin de incentivar, con su presencia, a los protestantes a ser pacíficos en su actuar y regirse al orden jurídico.

Respecto a la represión, se ejerce mediante la coacción que se activa legítimamente solo cuando la protesta social devendría en un atentado al orden público, es ejercida con violencia o viola disposiciones administrativas, penales o constitucionales,

y pueden presentarse intervenciones, arrestos, uso de armas de contención, uso de tácticas defensivas no letales, uso de la fuerza letal (Decreto Legislativo 1186), etc., bajo criterios de necesidad, legalidad y proporcionalidad. Caso contrario, hacer uso de la coacción frente a una protesta legal y legítima, devendría en un abuso del poder, cayendo en infracción administrativa, en fuero militar o sanción penal de acuerdo con la amplitud y las características de la acción por parte del personal policial involucrado.

Ahora bien, respecto al uso de la fuerza coactiva, conforme al Decreto Legislativo 1186, esta debe utilizarse de forma progresiva y bajo advertencia, lo que implica que tiene niveles y alcances. Esta norma establece dos niveles de uso de la fuerza policial, denominados preventivos y reactivos. Ambos se dividen en tres subniveles, de acuerdo con la magnitud de la fuerza; el más grave es la fuerza letal, que implica el uso de armas de fuego por cualquier agente policial contra alguien que, mediante su acción, representa un peligro real e inminente de muerte o lesiones graves, con el fin de controlarlo y defender la propia vida y la de otras personas. Esta agresión no está destinada a causar la muerte del agente, sino a someterlo.

A su vez, con posterioridad al uso de la fuerza, la policía nacional debe adoptar medidas para brindar asistencia y servicios médicos a los heridos (de ser posible); para comunicar a los familiares respecto a las personas fallecidas, heridas o afectadas (de ser posible) y presentar un informe a la unidad policial, contemplando los medios utilizados, el personal, las armas empleadas, etc. A su vez, el uso de la fuerza se limita por la legalidad, necesidad y proporcionalidad. Respecto a la primera, el Decreto Legislativo 1186 refiere que la fuerza debe ceñirse al logro de un objetivo legal y debe ser amparado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Constitución y demás normas legales concernientes en la materia; en cuanto a la necesidad, la fuerza solo debe operar frente a la ineficacia o estado de desprotección de otros métodos; por lo que toca a la proporcionalidad, el Decreto Legislativo 1186 refiere que la fuerza es proporcional cuando corresponde a la resistencia ofrecida y al peligro presente. Todos los requisitos mencionados son de cumplimiento obligatorio, al ser el uso de la fuerza física de *ultima ratio* y por generar graves repercusiones en los sometidos; caso contrario, podría devenir en abuso de poder y vulnerar derechos fundamentales y constitucionales de las personas sometidas.

La experiencia nos indica que la protesta es muchas veces contraria al ideal jurídico materializado en una disposición, ley o reglamento, de una autoridad. Entonces, se podría decir que ciertos funcionarios podrían utilizar el poder que tienen o accionar preventivamente a sus superiores, para nuevamente disponer, legislar o reglamentar normas con el fin de regular la protesta, desnaturalizando o limitando su ejercicio a niveles ineficaces o, incluso, hasta criminales. Esto es lo que se conoce como la criminalización de la protesta.

En palabras de Ronald Gamarra, en el Perú, la criminalización de la protesta se manifiesta en los siguientes actos:

Recurso a la represión violenta; expedición de normas que permiten el uso desproporcionado de la fuerza; policía nacional puesta a disposición de las empresas privadas; participación de las fuerzas armadas en el control de los conflictos sociales; recurso al derecho penal; detención, investigación y procesamiento de manifestantes; cierre arbitrario de medios de comunicación y hostilización a organizaciones no gubernamentales que acompañan la protesta social.³¹

Obviamente, recurrir al derecho penal sería la forma más grave y menos eficiente de control y represión a la protesta, bajo los siguientes argumentos: no se persigue un interés criminal; se estaría aceptando que la protesta es antijurídica o contraria al ordenamiento jurídico (lo cual queda desvirtuado con los análisis precedentes) y se transgreden principios básicos del derecho penal, como la fragmentariedad y la subsidiariedad, actuando el derecho penal en primera *ratio* frente a acciones no tan graves, tuteladas por la Constitución.

Frente a incongruencias entre lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, el ejercicio de la protesta y de la fuerza pública, sean cuales sean sus permutaciones, se activan una serie de instituciones con el fin de investigar, normar, sancionar y plantear soluciones. Uno de ellos es la defensoría del pueblo, que tiene facultades investigativas y orientadoras. Las resoluciones emitidas por esta entidad no son vinculantes, lo cual trae muchos cuestionamientos.

3. El rol del *ombudsman* como defensor de los derechos humanos

El *ombudsman* o defensor del pueblo es sin duda una de las autoridades más importantes en materia de protección de derechos constitucionales y fundamentales. Sus facultades y competencias resaltan al punto de que esta autoridad, en el Perú, adquiere cierta semejanza con los congresistas para asegurar un verdadero ejercicio autónomo: tiene iniciativa legislativa y goza de las mismas prerrogativas e inmunidad. Por otro lado, la defensoría del pueblo, como institución de carácter mediador y garante, es sumamente necesaria en un Estado democrático de derecho para controlar a la administración pública, conectar a la población con el Estado y para la defensa de derechos individuales y colectivos. Aquí nos interesa la acción tanto del defensor como de la defensoría frente a la dicotomía entre las protestas sociales y la fuerza pública en Latinoamérica, por lo que resulta pertinente abordar el tema, primero, enfocándonos en la forma jurídica del defensor del pueblo en Latinoamérica, para luego adentrarnos en sus competencias y su rol de garante en los Estados democráticos, y, finalmente, referirnos a las competencias del defensor del pueblo frente a las protestas sociales.

³¹ Gamarra, "La libertad de expresión y criminalización de la protesta social", 189.

3.1. El *ombudsman* en Latinoamérica

Bajo criterios estructurales, el tema se abordará mediante una comparación constitucional y legislativa de distintos países latinoamericanos con el fin de tener una perspectiva general respecto a nuestra realidad.

Conforme a las diferentes leyes que rigen cada nación, es evidente que no todos los países latinoamericanos cuentan con una defensoría del pueblo. En el Perú rige el *ombudsman*, definido por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos como “una institución que protege a las personas contra los abusos o actos arbitrarios de la administración pública, que pueden afectar sus derechos y garantías fundamentales”.³² Esta entidad es un organismo constitucionalmente autónomo: países como Chile y Nicaragua no cumplen con este requisito.

Resulta interesante comparar a Perú, Bolivia, Colombia, Venezuela y Nicaragua, por ser países que cuentan con una defensoría del pueblo, pero con diferentes regulaciones en sus sistemas jurídicos.

Al respecto, Perú consagra al defensor del pueblo, haciendo referencia a su labor de servicio a la nación, aunada a la seguridad que garantiza que el cargo será llevado con responsabilidad y sin riesgo de que sea manipulado con finalidades de llegar al Parlamento o la Presidencia, pues existe una restricción que condiciona una renuncia de seis meses de antelación en caso de querer postularse en la carrera electoral, además de la fiscalización por parte de la Comisión Permanente del Congreso de la República. Sumado a ello y de mayor relevancia constitucional es que la elección del defensor del pueblo se hace mediante el voto del Parlamento para un periodo de cinco años. Ser abogado de profesión y tener una edad mínima de 35 años son requisitos para ejercer el cargo. Como se señaló, la inmunidad y las prerrogativas del defensor son iguales a las de un congresista.³³ Sus funciones son: defender derechos constitucionales y fundamentales, supervisar el cumplimiento de deberes de administración estatal y prestar servicios públicos a la ciudadanía.

El caso boliviano es similar al del Perú, pues también se trata de un órgano autónomo. Para asegurar que este cargo no corresponda a ambiciones políticas se prohíbe la postulación de personas con parentesco consanguíneo con miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional y con autoridades de los poderes Ejecutivo y Judicial. Además, se solicita que se hable al menos dos idiomas, haber prestado servicio militar en caso de los hombres, tener 30 años y una probada trayectoria ética. El defensor del pueblo es elegido y fiscalizado por el Legislativo. El mandato es de seis años y no se tiene inmunidad.³⁴ Comparándolo con el caso peruano, no se

³² Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *La figura del ombudsman. Guía de acompañamiento a los pueblos indígenas como usuarios* (San José: IIDH, 2006), 11, <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2015/la-figura-de-ombudsman-focompleto-2006.pdf>.

³³ Ley 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del pueblo, *El Peruano*, 8 de agosto de 1995.

³⁴ Ley 870, Ley del Defensor del Pueblo, *Gaceta Oficial* 919NEC, 13 de diciembre de 2016.

exige la carrera de abogacía, la edad es menor y tiene otros requisitos para impedir la politización del cargo. Sus funciones son muy similares.

El caso colombiano también tiene similitud con el peruano. La Defensoría del Pueblo es un organismo funcional y presupuestalmente autónomo desde 2015, pues antes formaba parte del Ministerio Público.³⁵ El defensor es elegido por el Congreso (Cámara de Representantes de terna elaborada por el presidente de la República), para un periodo de cuatro años. Las funciones del defensor del pueblo son similares a las del caso peruano. Plantea como su función específica la iniciativa de *habeas corpus* y tutela (acción de amparo) en procesos, y señala que la promoción y defensa es sobre derechos humanos.

Respecto al caso venezolano, se le otorga autonomía a la Defensoría a nivel constitucional. Sin embargo, establece que su labor debe desempeñarse de la mano del Poder Judicial. A su vez, el Tribunal Supremo de Justicia es el órgano competente para elegir al defensor del pueblo, cuya edad mínima debe ser de 30 años; además, un factor determinante para diferenciar el enfoque dado a esta institución es que no se exige un título en abogacía, lo que puede jugar un papel importante en el momento de cumplir el rol de defensor de los derechos fundamentales de los ciudadanos de manera eficaz ante los excesos del poder. En comparación con el Perú y Bolivia, el periodo de tiempo es mayor, pues en Venezuela es de siete años e incluso se insiste en que durante ese tiempo, por ningún motivo, el *ombudsman* venezolano debe hacer alusión a sus preferencias políticas. Además, está en la obligación de presentar proyectos de ley en beneficio de los pobladores, lo que de una u otra forma lo vincula con la función del Poder Legislativo. Cabe destacar que, a diferencia de la Constitución peruana, la venezolana sí señala las atribuciones con que cuenta el defensor del pueblo. Con respecto al análisis de ambas leyes orgánicas, existe amplia similitud de funciones y atribuciones respecto a la defensa de los derechos fundamentales; la diferencia sustancial recae en que en las leyes venezolanas se señalan las sanciones a las cuales se puede someter al defensor del pueblo.³⁶

En el caso de Nicaragua, el ordenamiento jurídico es similar al de Venezuela. Sin embargo, no hay autonomía constitucional de la Defensoría Pública (forma en la que es llamada su defensoría del pueblo), pero sí se reconoce autonomía en la Ley Orgánica del Poder Judicial. La defensoría pública está íntimamente ligada al Poder Judicial, tanto es así que sus funciones solamente están dirigidas a la defensa de personas que carecen de recursos para tener un defensor en juicio.³⁷

Con respecto a países como Chile, que no cuentan con una institución que cumpla con las características de la defensoría del pueblo, sabemos que existen otras

³⁵ Acto Legislativo 2 de 2015, Reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional, *Diario Oficial* 49560, 1 de julio de 2015.

³⁶ Ley Orgánica de la Defensoría del pueblo, G.O. (37995), 5 de agosto de 2004.

³⁷ Decreto 63-99, Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua, *La Gaceta* 104, 2 de junio de 1999.

entidades que si bien es cierto no son autónomas, pues dependen de los otros poderes del Estado, logran desempeñar algunas de las funciones que debería cumplir el defensor del pueblo en determinadas situaciones. Principalmente, en temas relacionados con protestas, abusos de autoridad, detenciones arbitrarias y violación de derechos de los ciudadanos. En Chile cuentan con la Defensoría Penal Pública y la Defensoría de la Niñez, encargadas de la defensa de los detenidos y la presentación de procesos constitucionales.³⁸

Con respecto a una de las atribuciones de las defensorías del pueblo en Latinoamérica, sabemos que pueden emitir informes y recomendaciones vinculadas con la afectación de derechos humanos o el abuso de poder por parte de cualquiera de los poderes de los Estados. Sin embargo, estos documentos no tienen el carácter vinculante, por lo que su adaptación queda a discreción de los órganos administrativos intervinientes.

3.2. Ombudsman y su rol de garante en los Estados democráticos

El Estado, como institución, es el ente encargado de proteger al individuo y a la sociedad, y salvaguardar el ejercicio pleno de sus derechos. Estas obligaciones son adquiridas por el Estado en tratados como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señala el respeto de los derechos y el compromiso de los Estados de adoptar normativa que lo viabilice. El Estado cumple esta función mediante la separación, delegación y coordinación de funciones a través de sus distintos órganos, instituciones y el sector privado, todo ello regulado por políticas públicas. El fruto de esta sumatoria genera la prestación de bienes y servicios públicos. Implica, a su vez, la función administrativa de los recursos de por medio e incita a instaurar instituciones de control de tal función.

Una de esas instituciones, quizá una de las más importantes, es la defensoría del pueblo, que preferiblemente debería ser un órgano constitucionalmente autónomo. Sin embargo, en algunos ordenamientos, como se ha visto, no es así. Algunas de las funciones comunes a todos los Estados son: i) la defensa de los derechos humanos, constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad, ii) la supervisión del cumplimiento de los deberes de la administración estatal, iii) el impulso de proyectos de ley, y iv) la emisión de recomendaciones a las autoridades. Las excepciones son Chile y Nicaragua. El primero reconoce a la Defensoría Penal Pública y a la Defensoría de la Niñez mediante mandato legal, les establece cortas competencias a ambos, pero no la de impulsar proyectos de ley ni de supervisar el cumplimiento de deberes, solo el de la defensa de personas sin recursos para conseguir un abogado y de casos en materia de familia. El segundo tiene sus funciones establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, no dispone de una ley orgánica propia, y sus funciones se limitan a la defensa de personas sin recursos para conseguir un defensor.

³⁸ Ley 19718, Crea la Defensoría Penal Pública, *Diario Oficial*, 10 de marzo de 2001.

3.3. El *ombudsman* y su rol frente a las protestas sociales

El papel que juega el defensor del pueblo en las protestas es fundamental, ya que su principal función en dichas circunstancias es la de velar por que no exista un abuso de poder por determinadas autoridades, un uso excesivo de la fuerza o detenciones arbitrarias. A continuación, se hará mención de algunas protestas sociales de gran impacto, que como consecuencia tuvieron la intervención de la Defensoría del Pueblo.

La marcha del mes de noviembre en el Perú se debió a que el expresidente Manuel Merino asumió el mando del Poder Ejecutivo, lo que generó la incomodidad de los ciudadanos. Durante esta protesta, la Defensoría del Pueblo jugó un papel de suma importancia con los comunicados y las actitudes que asumió. Mediante Comunicado 23-DP-2020, de 15 de noviembre de 2020, la Defensoría del Pueblo dejó constancia del uso desproporcionado e irracional de la fuerza por parte de la Policía Nacional, y recomendó desistir del mismo. A su vez, se pronunció respecto a los desaparecidos, invocando al Ministerio Público investigar las circunstancias de su desaparición, ubicarlos en la mayor brevedad posible y verificar su estado de salud. También dejó constancia de la posibilidad de que parte del personal policial pretendiera distorsionar las investigaciones y encubrir a los autores de los hechos ocurridos, así como de la existencia de un grupo minoritario de protestantes, que va más allá de los medios pacíficos de protesta. Por último, exhortó al Congreso a deliberar en el menor tiempo posible una salida constitucional para solucionar el problema. Sin embargo, no se les dio suficiente importancia a las exigencias de la institución e incluso se obstaculizó su intervención, lo que se denota con la muerte de dos jóvenes manifestantes y alto número de heridos.³⁹

La protesta suscitada en el año 2019 en Bolivia, debido a la reelección de Evo Morales para el cargo de presidente, se manifestó a lo largo y ancho del país. La Defensoría del Pueblo no intervino de forma directa en el conflicto, pues se limitó a publicar datos del número de fallecidos y heridos, mas no asumió el papel que debía, es decir, no veló por el respeto de los derechos humanos y fundamentales de los ciudadanos bolivianos,⁴⁰ pero emitió recomendaciones y llamó a la paz a los movimientos de protesta.

En el marco de las protestas de 2021 acontecidas en Colombia debido a las reformas planteadas por el gobierno de Iván Duque, la Defensoría del Pueblo actuó activamente en contra del uso desproporcionado de la fuerza pública, así como negociando para el levantamiento de bloqueos en vías terrestres y colaborando con

³⁹ Defensoría del Pueblo, Comunicado 023/DP/2020, 15 de noviembre de 2020, 1-2.

⁴⁰ *Diario Gestión*, "Ansiedad y temor, las secuelas emocionales de la crisis social en los bolivianos", 7 de diciembre de 2019, acceso el 14 de febrero de 2020, <https://gestion.pe/mundo/protestas-en-bolivia-ansiedad-y-temor-las-secuelas-emocionales-de-la-crisis-social-en-los-bolivianos-nndc-noticia/?ref=gesr>.

información a la CIDH sobre la situación de derechos humanos en el contexto de la protesta.⁴¹

En el “estallido social” en Chile –donde no se cuenta con una figura de defensor del pueblo consagrada constitucionalmente–, fue notable la participación de instituciones como la Defensoría Penal Pública, que se encargó de evitar detenciones arbitrarias y proteger a los manifestantes; de igual manera, la Defensoría de la Niñez se encargó de la protección de los niños de forma correcta, evitando que sus derechos fueran vulnerados durante este conflicto social.

En el caso venezolano no se tiene noticia de la participación directa o indirecta de la Defensoría del Pueblo durante las constantes protestas. Se revisó la página web de la Defensoría del Pueblo, mediante archive.org, y no se encontró comunicado alguno sobre las protestas de 2018 y subsiguientes,⁴² por lo que se infiere que su participación resultó inexistente y, por lo tanto, no cumplió sus funciones.

En el caso nicaragüense se conoce que no hubo participación de la Defensoría Pública en las protestas realizadas. Se tiene noticia de que, incluso, dejó de funcionar durante las protestas, reanudando sus labores en julio de 2018.⁴³ Hay que resaltar las pocas competencias que tiene esta Defensoría en comparación con otros países; incluso en el caso chileno, la Defensoría Penal intervino.

Del anterior recuento, entonces, podemos afirmar que las defensorías del pueblo suelen ser más activas en países donde se garantiza su autonomía funcional. En el Perú y Bolivia está garantizada su autonomía funcional mediante mandato constitucional; en Chile se ha percibido una actuación, a pesar de la falta de independencia. Sin embargo, hay que señalar que las actuaciones distan mucho de cumplir efectivamente sus funciones como defensoría del pueblo, pues en ningún caso estudiado se han protegido los derechos humanos; solo se puede hablar de más actividad o de menos actividad.

⁴¹ Defensoría del Pueblo, Colombia, “Defensor del Pueblo solicitó audiencia y entregó a CIDH balance sobre la situación sobre derechos humanos en el país”, comunicado, 25 de mayo de 2021, acceso el 10 de julio de 2021, <https://www.defensoria.gov.co/es/nube/comunicados/10149/Defensor-del-Pueblo-solicit%C3%B3-audiencia-y-entreg%C3%B3-a-CIDH-balance-sobre-la-situaci%C3%B3n-de-derechos-humanos-en-el-pa%C3%ADs-paro-nacional-Defensor%C3%ADa-CIDH.html>.

⁴² Defensoría del Pueblo, “Defensoría del Pueblo cerró semana aniversario con concierto: Un Canto Venezolano por la Vida y la Paz”, 7 de marzo de 2019, acceso el 15 de febrero de 2021, <https://web.archive.org/web/20190315165413/http://www.defensoria.gob.ve/zona-informativa/noticias.html>.

⁴³ Poder Judicial. Dirección General de Comunicación, “Defensoría Pública de Masaya trabaja en completa normalidad”, nota de prensa, 25 de julio de 2018, acceso el 15 de febrero de 2021, https://www.poderjudicial.gob.ni/prensa/notas_prensa_detalle.asp?id_noticia=8907.

Conclusiones

El derecho a la protesta social es una de las bases en la democracia, pues mediante esta, históricamente, se han conquistado importantes derechos sociales. La protesta constituye un medio legítimo para expresar inconformidad; por esta razón, no se le deben establecer restricciones irrazonables a este derecho. Sin embargo, en algunas situaciones, la protesta no es pacífica y amenaza el orden interno; por ello, la fuerza pública delegada a los policías puede ser usada contra esta protesta, pero siempre preservando los derechos fundamentales de los protestantes, teniendo en cuenta que las acciones de los agentes del Estado deben subordinarse a racionalidad, necesidad y proporcionalidad, pues de recurrir a la fuerza pública de manera discrecional sería abuso de poder.

Este es el escenario donde actúa el *ombudsman*. En Latinoamérica, la actuación discrecional de los agentes del Estado y el uso desproporcionado de la fuerza pública ha sido común en dicho escenario. A través del estudio de las situaciones particulares de otros países se ha visto que la autonomía del *ombudsman* permite una mayor efectividad en la protección de los derechos fundamentales. En contrapartida, en ordenamientos donde no se garantizó la autonomía del *ombudsman* hay una protección menos efectiva, pues faltan muchas de las funciones que lo hacen eficiente. Hay que resaltar que el *ombudsman*, como defensor de un derecho que resulta una base democrática, tiene un papel sumamente importante; así, pues, se concibe idealmente como un órgano autónomo.

A pesar de que hemos mencionado la mayor efectividad de los ordenamientos jurídicos que garantizan autonomía en el nivel constitucional, no implica que el *ombudsman* en esos ordenamientos jurídicos haya actuado fiel a su función de protección de derechos, pues tanto en el caso peruano como en el boliviano hubo muertes, violaciones de la integridad física y censuras. Por ello cabe evaluar si al *ombudsman* le faltan atribuciones para lograr su fin. Al respecto, concluimos que la emisión de recomendaciones a los otros órganos que han cometido violaciones no resulta suficiente para la protección de los derechos fundamentales, en razón de lo cual se debería otorgar al *ombudsman* función investigadora contra los agentes estatales, lo que también ayudaría a la función de supervisar los deberes de la administración del Estado.

Bibliografía

- BERNALES, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: Constitución y Sociedad, 1999.
- CIUDADANO 014-Q. “El Estado como monopolio de la violencia según Max Weber”. Blog La Sangre del León Verde, 4 de enero de 2012. Acceso el 19 de febrero de 2020. <https://www.lasangredelleonverde.com/el-estado-como-monopolio-de-la-violencia-segun-max-weber/>.

- CIDH. *Informe de la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.124. Doc. 5 rev.1, 7 de marzo de 2006. <https://www.cidh.oas.org/countryrep/defensores/defensorescap1-4.html>.
- CIDH. *Protesta y derechos humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*, 39. OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.22/19 (septiembre de 2019). <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “Defensoría del Pueblo cerró semana aniversario con concierto: Un Canto Venezolano por la Vida y la Paz”, 7 de marzo de 2019. Acceso el 15 de febrero de 2021. <https://web.archive.org/web/20190315165413/http://www.defensoria.gob.ve/zona-informativa/noticias.html>.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Comunicado 023/DP/2020, 15 de noviembre de 2020.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, COLOMBIA. “Defensor del Pueblo solicitó audiencia y entregó a CIDH balance sobre la situación sobre derechos humanos en el país”. Comunicado, 25 de mayo de 2021. Acceso el 10 de julio de 2021. <https://www.defensoria.gov.co/es/nube/comunicados/10149/Defensor-del-Pueblo-solicit%C3%B3-audiencia-y-entreg%C3%B3-a-CIDH-balance-sobre-la-situaci%C3%B3n-de-derechos-humanos-en-el-pa%C3%ADs-paro-nacional-Defensor%C3%AD-a-CIDH.html>.
- DEUTSCHE WELLE. “En Venezuela ha habido casi 8000 protestas sociales en medio de la pandemia”. Sección en español, 26 de enero de 2021. Acceso el 15 de febrero de 2021. <https://www.dw.com/es/en-venezuela-ha-habido-casi-8000-protestas-sociales-en-medio-de-la-pandemia/a-56353005>.
- DIARIO GESTIÓN. “Ansiedad y temor, las secuelas emocionales de la crisis social en los bolivianos”, 7 de diciembre de 2019. Acceso el 14 de febrero de 2020. <https://gestion.pe/mundo/protestas-en-bolivia-ansiedad-y-temor-las-secuelas-emocionales-de-la-crisis-social-en-los-bolivianos-nndc-noticia/?ref=gesr>.
- FERRO, José Guillermo Eduardo. “La Policía Nacional y la Fuerza Pública”. *Revista de Derecho Penal y Criminología* XXXIV, n.º 96 (2013): 83-111.
- FLAQUER, Rafael. “Los derechos de asociación, reunión y manifestación”. *Ayer*, n.º 34 (1999): 155-175.
- FUNDACIÓN NICARAGÜENSE PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL. *Nicaragua. Informe de Coyuntura. Abril 2020*. Nicaragua: Funides, 2020. <https://funides.com/wp-content/uploads/2020/04/FUNIDES-Informe-de-Coyuntura-de-Nicaragua.-Abril-2020.pdf>.
- GAIA, ARTIGO 19, CTA AUTÓNOMA, CELS, CDHAL, LADH, FIDH, MADRES DE PLAZA DE MAYO LÍNEA FUNDADORA, OMCT, IWGIA. *Informe Final. Misión Internacional de observación en Chile, 6-11 de noviembre de 2019*. 2020. <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2020/01/Informe-Final-Misio%CC%81n-de-Observacio%CC%81n-a-Chile.pdf>.
- GAMARRA, Ronald. “La libertad de expresión y criminalización de la protesta social”. En *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de*

- expresión en América Latina*, compilado por Eduardo BERTONI, 183-208. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010.
- HUERTA, Luis. “Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio”. *Pensamiento Constitucional* XIV, n.º 14 (2010): 319-344.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *La figura del ombudsman. Guía de acompañamiento a los pueblos indígenas como usuario*. San José: IIDH, 2006. <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2015/la-figura-de-ombusdman-focompleto-2006.pdf>.
- LA TERCERA. “La defensoría del pueblo: Qué es y cómo funcionaría si llega a implementarse en una nueva Constitución”, 18 de diciembre de 2020. Acceso el 15 de febrero de 2021. <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/la-defensoria-del-pueblo-la-entidad-que-podria-sumarse-por-primera-vez-a-la-constitucion/7THKXHPOBBEJXKBKXJVO2G454E/>.
- LISSARDY, Gerardo. “Protestas en América Latina: ‘Vamos a seguir con manifestaciones hasta que los pueblos crean que se gobierna para ellos y no para un puñado’”. *BBC News*, 24 de octubre de 2019. Acceso el 19 de febrero de 2021. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50137163>.
- LISSARDY, Gerardo. “Ola de protestas en América Latina: ¿puede la amenaza de una nueva ‘década perdida’ explicar lo que ocurre en las calles?”. *BBC News*, 29 de noviembre de 2019. Acceso el 19 de febrero de 2021. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50563723>.
- LOS TIEMPOS. “Defensoría registra 29 heridos y 57 detenciones en protestas por comicios”, 25 de octubre de 2019. Acceso el 15 de febrero de 2021. <https://www.lostiempos.com/actualidad/pais/20191025/defensoria-registra-29-heridos-57-detenciones-protestas-comicios>.
- OEA. “Observaciones preliminares de la visita de trabajo de la CIDH a Nicaragua”. Comunicado de prensa, 21 de mayo de 2018. Acceso el 15 de febrero del 2021. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/113.asp>.
- OEA. “CIDH y Redesca condenan hechos de represión violenta en Venezuela y urgen al Estado venezolano a garantizar los derechos humanos de la población frente a la crisis política, económica y social”. Comunicado de prensa, 1 de marzo de 2019. Acceso el 15 de febrero de 2021. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/052.asp>.
- OEA. “CIDH presenta sus observaciones preliminares tras su visita a Bolivia, y urge una investigación internacional para las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en el marco del proceso electoral desde octubre de 2019”. Comunicado de prensa, 10 de diciembre de 2019. Acceso el 15 de febrero de 2021. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/321.asp>.
- OEA. “CIDH culmina visita *in loco* a Chile y presentó sus observaciones y recomendaciones preliminares”. Comunicado de prensa, 31 de enero de 2020. Acceso el 15 de febrero de 2021. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/018.asp>.

- OEA. “CIDH presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares tras la histórica visita in loco a Venezuela para monitorear situación de derechos humanos”. Comunicado de prensa, 8 de mayo de 2020. Acceso el 15 de febrero del 2021. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/106.asp>.
- OEA. “La CIDH culmina visita de trabajo al Perú”. Comunicado de prensa, 7 de diciembre de 2020. Acceso el 15 de febrero de 2021. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/290.asp>.
- OEA. “La CIDH condena las graves violaciones de derechos humanos en el contexto de las protestas en Colombia, rechaza toda forma de violencia y reitera la importancia de que el Estado honre sus obligaciones internacionales”. Comunicado de prensa, 25 de mayo de 2021. Acceso el 10 de julio de 2021. <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/137.asp>.
- PODER JUDICIAL. Dirección General de Comunicación. “Defensoría Pública de Masaya trabaja en completa normalidad”. Nota de prensa, 25 de julio de 2018. Acceso el 15 de febrero de 2021. https://www.poderjudicial.gob.ni/prensa/notas_prensa_detalle.asp?id_noticia=8907.

Legislación y jurisprudencia

- CORTE IDH. Caso Escalera Mejía y otros *vs.* Honduras, Sentencia de 26 de septiembre de 2018, Serie C, núm 361.
- CORTE IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco *vs.* México, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 371.

Alex Valle Franco* (Ecuador)
Daniel De La Vega** (Ecuador)

Crónica de una represión anunciada: análisis de las protestas de octubre de 2019 en el Ecuador

RESUMEN

En este documento se analizan los levantamientos populares de octubre de 2019 en el Ecuador, a consecuencia de las medidas económicas adoptadas por el gobierno. Para ello, se aplica un método analítico crítico que describe los hechos conforme a un marco teórico de la protesta social y del uso proporcional de la fuerza. Con esto se pretende constatar si en este caso se respetaron o no los estándares internacionales sobre el uso progresivo de la fuerza y, adicionalmente, si existen patrones que muestran la criminalización del derecho a la protesta.

Palabras clave: derecho a la protesta social; uso de la fuerza; criminalización.

Chronical of an announced repression: analysis of the october 2019 protests in Ecuador

ABSTRACT

This work analyzes the popular uprisings that took place in October 2019 in Ecuador as a consequence of the economic measures adopted by the Ecuadorian government. This analysis is performed using a critical analytical method that describes the events based on a theoretical framework of social protest and the proportional use of force.

* Doctor en Derecho, Universidad de Bremen (Alemania). Investigador asociado (Fellowship) ZERP, Universidad de Bremen. Docente del Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador de la PUCE (Quito). Secretario General de Coplad-Ilanud. alex.valle@iaen.edu.ec / código orcid: [0000-0001-9992-9044](https://orcid.org/0000-0001-9992-9044).

** Maestro en Relaciones Internacionales, Flacso (Ecuador). Docente universitario de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, abogado litigante en materia constitucional y ante el sistema interamericano de derechos humanos. eddelavega10@gmail.com / código orcid: [0000-0002-6276-6242](https://orcid.org/0000-0002-6276-6242).

It seeks to determine whether or not international standards on the progressive use of force were respected in this case, and whether there are patterns that demonstrate the criminalization of the right to protest.

Keywords: Right to social protest; lack of democratic legitimacy; use of force, criminalization.

Chronik einer angekündigten repression: analyse der proteste von 2019 in Ekuador

ZUSAMMENFASSUNG

Im vorliegenden Artikel wird eine Analyse der Volksaufstände unternommen, die im Oktober 2019 in Ekuador aus Anlass der von der Regierung verhängten Wirtschaftsmaßnahmen ausbrachen. Die Betrachtung bedient sich einer kritischen analytischen Methode, die die Ereignisse anhand eines theoretischen Rahmens zur Analyse sozialer Proteste und des verhältnismäßigen Einsatzes von Gewalt beschreibt. Dadurch soll herausgearbeitet werden, ob im konkreten Fall die internationalen Normen über den inkrementellen Gewalteinsatz eingehalten wurden, und ob Vorgehensmuster zu erkennen sind, die auf eine Kriminalisierung des Rechts auf Protest hindeuten.

Schlagwörter: Recht auf sozialen Protest; fehlende demokratische Legitimität; Gewalteinsatz; Kriminalisierung.

Introducción

En democracia, y más aún en un Estado constitucional de derecho, el ejercicio de la protesta social –como derecho fundamental– está protegido por las constituciones. En Ecuador se reconoce de manera explícita el ejercicio del derecho a la resistencia. La protesta social como derecho constitucional no debe comprenderse, en cualquiera de sus manifestaciones, en el marco de una relación de permanente tensión con el uso de la fuerza y su monopolio, pues implica que el Estado asuma que toda actividad de protesta constituye una amenaza a la seguridad o al orden público y, en lugar de reconocerla como derecho, la criminalizaría.

La criminalización de la protesta se materializa en graves violaciones de derechos humanos provocadas por el uso excesivo de la fuerza, lo cual es reprochable e inconcebible en las democracias actuales. De hecho, en la dimensión del derecho internacional público, el uso de la fuerza está regulado y se recomienda su limitación; sin embargo, su uso es común en regímenes autoritarios que carecen de legitimidad democrática y experimentan un estado de constante inestabilidad política.

Aquí se analizan las protestas que tuvieron lugar en octubre de 2019 en el Ecuador. Los acontecimientos fueron tomados de fuentes oficiales, como las Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en torno a

la situación de los derechos humanos tras las protestas sociales registradas entre el 3 y 13 de octubre de 2019 y el informe de la Comisión Especial para la Verdad y la Justicia respecto de los hechos ocurridos en Ecuador entre el 3 y el 16 de octubre de 2019, así como de artículos periodísticos con contenido verificable.

El objetivo es identificar si, en el contexto de las manifestaciones propiciadas por las medidas económicas adoptadas por el gobierno de la época, las actuaciones de las autoridades y de la fuerza pública fueron compatibles con los estándares internacionales que sobre el uso de la fuerza y el reconocimiento del derecho a la protesta ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), relatorías, comités e instrumentos internacionales tanto del sistema interamericano como de la Organización de las Naciones Unidas, o si hubo criminalización de la protesta social.

1. Marco conceptual

1.1. Derecho a la protesta social

Previo al análisis del concepto, de los elementos, efectos y razón de ser de la protesta en el mundo jurídico y social actual, es necesario referir sus antecedentes, al menos de manera muy breve.

Desde los inicios de la humanidad y su posterior desarrollo se ha constatado la formación de diversos grupos sociales, desde los más elementales (clanes, tribus, familias, ayllus, etc.) hasta los más complejos y actuales (naciones, Estados-nación, comunidad de naciones, etc.). Todas estas agrupaciones se caracterizan porque han sido ordenadas a través de una autoridad (*potestas/autoritas*) y de un conjunto de normas sociales o legales que han reglado la convivencia, conforme a su propio consenso social o, como diría Kant, “el imperativo categórico”. Así, el ser humano a través de la racionalidad se somete tanto a leyes naturales como humanas bajo un principio universal de moralidad común.¹ Sin embargo, hablar de una moral universal es demasiado ambicioso, tomando en cuenta la gran diversidad que existe entre las personas y las comunidades. En ese sentido, no todas las personas ni grupos sociales se ven identificados con la moral social de la mayoría, y más si esta es impuesta por los gobernantes de turno, sea cual sea el tipo de gobierno. Las leyes naturales (leyes divinas) y las leyes positivas (derecho) comienzan a tener un rol central para lograr el monopolio de la fuerza por parte del Estado y, a la vez, obtener la dominación y el control de una sociedad. Es así como el Estado se entromete en la vida de los individuos y la regula por medio de leyes y

¹ Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. por Manuel García Morente (Puerto Rico: s. e., 2007), 66 y ss.

estructuras institucionales formales y burocráticas, que establecen una jerarquía entre dominados y el Estado.²

Por lo mencionado, el rol de la ley aparece como un mecanismo de control social, de convivencia y de ejercicio de derechos, conforme esta manda, prohíbe y permite. Sobre las estipulaciones de la ley y su carácter de general cumplimiento, es menester aclarar que no siempre han sido observadas por todas las personas, a pesar de su carácter mandatorio. Las diversas causas para desobedecer la ley van desde el desconocimiento material de su vigencia hasta la consciente decisión de no acatarla porque se considera injusta. Desde el mismo san Agustín, la medida de toda ley humana debe estar relacionada con lo justo, “pues el derecho es lo que es justo y no todo lo que es llamado derecho es derecho [...] sólo es verdadero derecho aquel que es justo”.³ Juan de Mariana, citado por De la Torre Rangel, es más drástico al criticar la ley injusta, al decir que ningún rey puede trastocar la ley a su antojo, ni acomodarla a sus antojos e intereses sin tomar en cuenta al pueblo; de hecho, justifica el “tiranicidio” en caso de que el monarca vaya en contra de los intereses del pueblo. Para estos naturalistas, la ley que no es justa no debe ser obedecida por el pueblo.⁴

En consecuencia, por una parte, los actos de desobediencia respecto de la ley vigente en una comunidad, no son nuevos y sus antecedentes vienen desde muy antiguo. Un caso consta en las tragedias griegas de Sófocles, quien, en su destacada obra *La Antígona*, muestra la desobediencia a la orden del rey Creón de enterrar a los soldados enemigos caídos en batalla. Antígona desobedece la orden, basada en que esa ley es injusta e impuesta por un hombre y que la ley divina ordena lo contrario; muy a pesar del riesgo de muerte inminente por desobedecer a dicha orden, esta se incumplió.⁵ En otro ejemplo, los romanos, por medio de la institución de los “tribunos de la plebe”, también tuvieron el derecho a resistir y a protestar por normas consideradas injustas por parte de los patricios.⁶ Por otra parte, hay quienes dicen que las leyes deben ser obedecidas independientemente de si son justas o no, simplemente porque son válidas por el hecho de ser expedidas por el procedimiento y el órgano previsto en la ley. Hans Kelsen, representante del positivismo, afirma que la obediencia de la ley no debe estar sometida a ninguna valoración.⁷ Adicionalmente,

² Juan Pablo Henao Guzmán, “El Estado en la sociedad, explicación de cómo la disposición de las burocracias determina los órdenes en países periféricos”, *Revista Panorama* 9, n.º 17 (2015): 104-122.

³ Jesús de la Torre Rangel, *Apuntes para una introducción filosófica del derecho* (Bolivia: Temis, 2008), 67.

⁴ De la Torre Rangel, *Apuntes...*, 87-88.

⁵ Juan Ignacio Ugartemendia, *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático* (Madrid: Colección Monografías Jurídicas, 1999), 536.

⁶ Jorge Peirano, *El derecho de resistencia* (Montevideo: Talleres Gráficos, 1945), 201.

⁷ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986), 19-21.

los partidarios de la teoría voluntarista del derecho, como Hobbes, creen que quien está en contra de las leyes está en contra de la voluntad popular.⁸

Del análisis planteado, si bien es cierto que la ley pretende el orden, el control social y el respeto a los derechos de los otros frente a sí o frente a los Estados, tampoco es menos cierto que las leyes han avalado y permitido tremendas injusticias y violaciones de derechos a lo largo de la historia, tal y como la esclavitud, el *apartheid*, las acciones de discriminación racial o por género, e incluso el mismo genocidio nacionalsocialista.⁹ Estos hechos se han producido debido a que el derecho positivo no es perfecto, no es exacto, ya que al estar creado por seres humanos no logra el anhelado fin de la neutralidad axiológica, sino que es presa de las pasiones y axiología de sus mismos legisladores. Andreas Fisher-Lescano, citando a Merkl, afirma que “toda injusticia del Estado puede ser transpuesta en ilícita”,¹⁰ es decir que el mismo Estado realiza acciones injustas basadas en la ley o en la jurisprudencia.

En la línea del relacionamiento entre lo justo y lo legítimo, Ronald Dworkin señala que la legitimidad política debe comprenderse como la obligación política que tiene un gobierno de cumplir con ciertas condiciones mínimas. Desde esa definición, el autor plantea que hay dos dimensiones para determinar si un gobierno es legítimo, a saber: cómo ha adquirido el poder y cómo lo usa. En torno al uso del poder, aclara que la legitimidad implica que los gobiernos asuman de partida la responsabilidad soberana de tratar a todos sus gobernados con igual consideración y respeto, lo cual es asociado como justo. Por lo tanto, un gobierno que procura la dignidad de sus ciudadanos es legítimo. No obstante, el autor especifica que la evaluación de la legitimidad pasa por un juicio interpretativo de lo que significa la responsabilidad de tratar a todos los gobernados con igual consideración y respeto.¹¹

En el marco de las actuaciones, para Dworkin, la evaluación de legitimidad implica tomar en cuenta la totalidad de prácticas y leyes de un gobierno. En ese sentido, señala que la legitimidad de un gobierno es gradual, pues, aunque procure de buena fe la dignidad de sus gobernados, algunas políticas o leyes que implemente podrían no ser compatibles con ese cometido. En tal virtud, precisa que tales políticas ponen en cuestionamiento la legitimidad del gobierno, pero no necesariamente la destruyen por completo, si mediante procesos políticos de rectificación –como la desobediencia civil y la participación–, los gobernados pueden proteger su dignidad. En ese escenario, la ciudadanía se encarga de conservar la obligación política

⁸ De la Torre Rangel, *Apuntes...*, 118-9.

⁹ Raúl Zaffaroni, *La doctrina penal nazi*, Serie Pensamiento Penal Crítico 4 (Quito: El Siglo, 2020), 42-44.

¹⁰ Andreas Fisher-Lescano, *La fuerza del derecho*, trad. por Alex Valle Franco, Serie Pensamiento Jurídico Popular (Quito: El Siglo, 2019), 37.

¹¹ Ronald Dworkin, *Justicia para erizos*, trad. por Horacio Pons (México: Fondo de Cultura Económica, 2014), 392-393.

que tiene el Gobierno en el cumplimiento de ciertas condiciones y, por ende, este continuaría siendo legítimo.¹²

A lo señalado por Dworkin se podría añadir que, como respuestas a las imperfecciones del derecho positivo traducidas no solo en anomías, antinomias, sino en injustos normativos, el mismo sistema normativo está provisto de soluciones contempladas incluso a nivel constitucional y que podrían comprenderse también como mecanismos relacionados con los procesos políticos de rectificación que plantea el autor, tales como acciones de amparo, *habeas corpus*, *habeas data*, acción de inconstitucionalidad de una ley, derecho a la resistencia y derecho a la protesta social. No obstante, si estas soluciones no son eficaces o, en palabras de Dworkin, si el propio Gobierno impidiese que tales procesos de rectificación se llevasen a cabo, la legitimidad como obligación política se derrumbaría por entero y, ante ese escenario, los ciudadanos optarían no solo por la desobediencia civil, sino por la revolución.¹³ Por razones de espacio y objeto del presente trabajo, nos limitaremos a analizar lo referente a la protesta social, la cual nace del mismo derecho, y conforme a los hechos sociales, como un mecanismo de lucha contrahegemónica frente al poder despótico.

La mentada lucha contrahegemónica contemporánea surge en forma de “protesta social o manifestaciones populares”. Según Tarrow, la Revolución Francesa sitúa los orígenes de los movimientos sociales y la lucha popular en 1789,¹⁴ pues, como bien señala Bobbio, el Estado liberal y democrático fue producto de un proceso de exigencias impulsadas por las burguesías ascendentes en nombre de la resistencia y la revolución. Estas exigencias, según el autor, se constitucionalizan a modo de instituciones que las conciben como remedio para enfrentar el abuso de poder y la falta de legitimidad que caracteriza la degeneración de poder.¹⁵

Adicionalmente, Tilly hace referencia a protestas sociales en Gran Bretaña (1768), Bohemia (1848), Estados Unidos (1825), México (1900), entre otras, que responden a crisis económicas, políticas y sociales, caracterizadas por su gran poder de convocatoria y concentración en manifestaciones en espacios públicos.¹⁶ Esta tónica no ha variado en la actualidad, pues las protestas sociales continúan respondiendo a las mismas crisis que tienen lugar en las democracias constitucionales, bajo la forma de lo que Ferrajoli identifica como “neoabsolutismo”, es decir, la vocación creciente a la ilegalidad por parte de poderes tanto públicos como privados. Para el autor, en el caso del poder económico, la vocación a la ilegalidad está reforzada por el triunfo de

¹² Dworkin, *Justicia...*, 393-394.

¹³ Dworkin, *Justicia...*, 394.

¹⁴ Sidney Tarrow, *El poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*, trad. por Francisco Muñoz (Madrid: Alianza, 1998), 34.

¹⁵ Norberto Bobbio, *Teoría general de la política*, trad. por Antonio de Cabo y Gerard Pisarello (Madrid: Editorial Trotta, 2009), 281-284.

¹⁶ Charles Tilly, “Movimientos sociales y política nacional”, en *Statemaking and Social Movements: Essays in History and Theory*, ed. por Charles Bright y Susan Harding (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1984), 75-77.

ideologías liberales que llegan a contrariar incluso los límites y vínculos garantistas que caracterizan al constitucionalismo democrático. Se trata de poderes económicos del mercado, que están exentos de controles, constriñen los principios del Estado constitucional de derecho y agreden al sistema de derechos fundamentales.¹⁷ En tal virtud, carecen de validez jurídica y, consecuentemente, de legitimidad política. Un escenario así propiciaría iniciativas de protesta social.

Pero, ¿qué debemos entender por protesta social? Según la relatoría especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), constituye “un elemento esencial para la existencia y consolidación de sociedades democráticas y se encuentra protegida por una constelación de derechos y libertades que el sistema interamericano garantiza tanto en la Declaración Americana de los Derechos y Obligaciones del Hombre como en la Convención Americana de Derechos Humanos”.¹⁸ Adicionalmente, la relatoría menciona que las protestas sociales son:

... una forma de acción individual o colectiva dirigida a expresar ideas, visiones o valores de disenso, oposición, denuncia o reivindicación. Como ejemplos pueden mencionarse la expresión de opiniones, visiones o perspectivas políticas, sociales o culturales; la vocalización de apoyo o crítica relativas a un grupo, partido o al propio gobierno; la reacción a una política o la denuncia de un problema público; la afirmación de la identidad o visibilización de la situación de discriminación y marginalización de un grupo.¹⁹

Por lo anteriormente citado, observamos que la protesta social no solo es un mecanismo constitucionalmente contemplado a nivel nacional, sino reconocido internacionalmente como un derecho que hace parte de la acción social e individual de las personas, como una expresión democrática ante el descontento popular, debido a posibles abusos de poder manifestados en violaciones de los derechos humanos. Tarrow afirma que la acción colectiva se potencializa y emerge cuando existen conflictos sociales y entre las élites. Así, los “ciudadanos” aprovechan la oportunidad política de la protesta y los movimientos sociales.²⁰

Ante el surgimiento de la protesta social y los movimientos sociales, los gobiernos han respondido con el uso de la fuerza y el uso del derecho, en especial, si catalogan la protesta como violenta o, peor si la demonizan o criminalizan. Tarrow, citando a Tilly, afirma que “la represión es cualquier acción por parte de un grupo que eleva

¹⁷ Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo* (Madrid: Editorial Trotta, 2010), 309-310.

¹⁸ CIDH, *Protesta y derechos humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.22 (septiembre de 2019), p. 1.

¹⁹ CIDH, *Protesta y derechos humanos*, p. 5.

²⁰ Tarrow, *El poder en movimiento...*, 109-110.

el coste de la acción colectiva contendiente”.²¹ La represión, según Tarrow, es vista como un mecanismo por parte de las élites que limitan las mejoras y los cambios reclamados por los movimientos sociales. Por eso, los Estados autoritarios los reprimen con fuerza y los representativos, los facilitan.²² La represión, sin duda, puede deprimir la acción colectiva y elevar el coste de la movilización social, en especial, la violencia de la fuerza pública, pues puede generar la violación de los derechos humanos de los ciudadanos.

En lo que al Ecuador se refiere, en el artículo 96, la norma constitucional garantiza la organización colectiva, y en el artículo 98 estipula el “derecho a la resistencia” de todos los individuos y colectivos, frente a las acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas que vulneren los derechos constitucionales. Para Bobbio, la resistencia es una forma de oposición extralegal, antípoda de la obediencia y su ejercicio; a diferencia de la contestación, supone cualquier comportamiento de ruptura en contra del orden establecido. Añade que se manifiesta como una respuesta a la crisis de participación popular que experimentan las democracias en la actualidad. En su criterio, la participación popular se ha limitado a otorgar legitimación a una clase política restringida que tiende a su autoconservación y a ser menos representativa. Por consiguiente, señala que la participación, incluso en las democracias más avanzadas, no llega a ser directa, eficaz ni libre. En consecuencia, concluye que ese escenario propicia la reaparición de propuestas más radicales que sobrepasan la democracia participativa y ponen nuevamente en circulación el ejercicio a la resistencia como derecho.²³

A pesar de que se pueda coincidir con los aportes de Bobbio en torno a la resistencia, un análisis constitucional y jurídico de la Fiscalía General del Estado del Ecuador condiciona el ejercicio del derecho a la resistencia a la observancia y el cumplimiento del artículo 83 de la Constitución, es decir, los deberes ciudadanos. De lo contrario, existe la amenaza de ser sancionado por delitos que se encuentran tipificados en el Código Orgánico Integral Penal, específicamente aquellos en contra de la estructura del Estado constitucional, previstos en los artículos 336 a 365, así como los delitos de terrorismo y su financiación descritos desde los artículos 366 a 370.²⁴

En la práctica, toda la batería penal mencionada ha sido usada de forma desproporcionada y arbitraria por parte de algunos gobiernos, con el fin de deslegitimar y criminalizar la protesta social. De hecho, la misma Fiscalía cita casos como los diez de Luluncoto, estudiantes del Central Técnico de Quito, Caso de Ecuador TV, entre otros. Adicionalmente, fuera del ámbito jurídico, los gobiernos y más precisamente la fuerza policial han usado mecanismos de violencia directa e indirecta con el fin

²¹ Tarrow, *El poder en movimiento...*, 121.

²² Tarrow, *El poder en movimiento...*, 125.

²³ Bobbio, *Teoría*, 277-285.

²⁴ Fiscalía General del Estado, “Protesta social”. *Análisis constitucional y jurídico*, 2.ª ed. (Quito: FGE, 2015), 22-23.

de controlar o detener la protesta social. El uso de bombas lacrimógenas en exceso o caducadas, de motocicletas o caballos, además de armas letales, las cuales no están autorizadas para el caso de protestas sociales, entre otros mecanismos, ha sido frecuente. Sobre estos últimos aspectos, más allá de evidenciar un posible abuso de fuerza física o arbitrariedad por parte de algunos agentes estatales, hay que señalar con contundencia que existen estándares universales (ONU) y regionales (OEA) que limitan el uso de la fuerza estatal, los cuales analizaremos en los acápites siguientes. A manera de conclusión de esta parte, cabe decir que la protesta social es un derecho, es parte de la expresión democrática de los pueblos y, por eso, debe ser garantizada y no criminalizada, pues crea oportunidades de diálogo contrahegemónico a través de la acción colectiva.

1.2. Uso excesivo de la fuerza

El uso de la fuerza por parte de los Estados es legítimo cuando se trata de garantizar la seguridad y mantener el orden público. No obstante, la fuerza debe ser ejercida bajo criterios de excepcionalidad, y debe ser planeada y limitada proporcionalmente con el objeto de evitar la vulneración de derechos fundamentales. La Corte IDH, en reiteradas ocasiones, ha determinado que el criterio de excepcionalidad en el uso de la fuerza se satisface cuando se observan los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad. Por legalidad considera que las actuaciones de los agentes deben estar previamente reguladas por norma con jerarquía de ley y, además, que el uso de la fuerza debe estar dirigido a la consecución de un objetivo legítimo. Respecto a la absoluta necesidad, el uso de la fuerza se condiciona a la inexistencia de otras medidas o medios para tutelar la vida e integridad de una persona. Y la proporcionalidad impone a los agentes del Estado la aplicación de un criterio diferenciado y progresivo de la fuerza conforme con la cooperación, resistencia o agresión de la situación o persona a la que se va a intervenir.²⁵

A pesar de los principios descritos *supra*, la Corte IDH ha sido más explícita en cuanto a las circunstancias que darían mérito al uso de armas y de la fuerza letal. En ese sentido, al amparo de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de las Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Cumplir la Ley, el alto tribunal ha condicionado su uso a las siguientes circunstancias: defensa propia, defensa de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, para evitar la comisión de un delito grave que ponga en peligro el derecho a la vida, para detener a una persona que represente un peligro y que ponga resistencia, o para impedir su fuga.²⁶

²⁵ Véase Corte IDH, Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 371, párr. 163.

²⁶ Véase Corte IDH, Caso Hermanos Landaeta Mejías y Otros vs. Venezuela, Sentencia de 27 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C,

1.2.1. De las ejecuciones extrajudiciales

La ejecución extrajudicial consiste en la privación arbitraria o deliberada de la vida de una persona por parte de una autoridad pública en circunstancias ajenas al uso legítimo de la fuerza. Esta violación de derechos humanos está caracterizada por dos elementos constitutivos: que sea imputable a uno o varios servidores públicos y que atente ilegítimamente contra el derecho a la vida.²⁷ Respecto a las circunstancias ajenas al uso legítimo de la fuerza, la Corte IDH, en el Caso Zambrano Vélez y otros *vs.* Ecuador, señaló: “La fuerza excesiva o desproporcionada por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que da lugar a la pérdida de la vida puede [...] equivaler a la privación arbitraria de la vida”.²⁸

Es preciso señalar que no toda muerte producida por agentes del Estado debe comprenderse como ejecución extrajudicial, pues, necesariamente, debe satisfacerse el criterio de intencionalidad. Para la Corte IDH, la acción intencional consiste en una decisión premeditada que no admite otra alternativa que generar la muerte de la víctima, incluso si esta hubiera ofrecido rendición o estado en una situación de sometimiento.²⁹ Es decir, en circunstancias totalmente ajenas a las que potencialmente se habilitaría el uso justificado de la fuerza letal, conforme se revisó anteriormente.

Adicionalmente, la Corte IDH ha señalado que en el marco de las condiciones mínimas que deben propiciar los Estados para proteger el derecho a la vida, se comprende la obligación de prevenir y castigar la privación de la vida a consecuencia de ejecución extrajudicial en la que haya incurrido su propia fuerza pública.³⁰

2. De las medidas económicas y el contexto de las manifestaciones de octubre de 2019

El 1 de octubre, el presidente de la República del Ecuador anunció en cadena nacional que, mediante promulgación del Decreto Ejecutivo 883, se liberarían³¹ los precios del

núm. 281, párr. 131; Caso García Ibarra y Otros *vs.* Ecuador, Sentencia de 17 de noviembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 306, párr. 112.

²⁷ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicables a la justicia penal”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n.º 59 (2014): 41, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32981.pdf>.

²⁸ Corte IDH, Caso Zambrano Vélez y Otros *vs.* Ecuador, Sentencia de 4 de julio de 2007, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 166, párr. 85.

²⁹ Corte IDH, Caso Nadege Drozema *vs.* República Dominicana, Sentencia de 24 de octubre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 251, párr. 95.

³⁰ Véase Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Fondo, Serie C, núm. 70, párr. 172.

³¹ Stiglitz señala que la liberalización consiste en la supresión de interferencias públicas en los mercados financieros y de capitales, así como de las barreras al comercio [Joseph Stiglitz,

combustible, en relación con las gasolinas extra, ecopaís y diésel. Estas medidas fueron adoptadas en cumplimiento de la carta de intención que el Estado ecuatoriano suscribió con el Fondo Monetario Internacional. Mediante ella, el Gobierno asumió el compromiso de implementar un plan de austeridad con el objeto de reducir la brecha fiscal.³² La precitada liberalización de precios consistió en la eliminación de los subsidios que el Estado asignaba a dichos combustibles desde hacía 40 años con el objeto de mantener un precio fijo en el mercado. En consecuencia, los costos de estas gasolinas y su precio se definirían mediante fórmulas basadas en el precio internacional del petróleo.³³

A diferencia de la anterior liberalización del precio de la gasolina súper,³⁴ la de la extra y del diésel generaron mayor descontento y resistencia en la ciudadanía, pues, por un lado, estos combustibles son los de más amplio consumo a nivel nacional y, por otro, la supresión del subsidio implicó un alza sustancial de sus precios. El galón de la extra se estableció en 2,39 dólares, valor que representó un incremento del 30% con respecto al precio subsidiado, mientras que el galón del diésel pasó de 1,037 a 2,30 dólares, es decir, se incrementó en más del 100%.³⁵ Estos precios comenzaron a regir desde el 3 de octubre de 2019, es decir, dos días después de que fuera anunciado y suscrito el precitado Decreto Ejecutivo.

El mismo día en que se implementaron los nuevos precios de los combustibles, los transportistas paralizaron las actividades a nivel nacional y exigieron que se incrementara la tarifa del pasaje. Además, bloquearon las carreteras en diferentes sectores del país. Esta medida provocó que, horas más tarde, a través del Decreto Ejecutivo 884, el presidente Moreno declarase estado de excepción, bajo la causal de grave conmoción interna.³⁶ El régimen de estado de excepción comprendía: la movilización en todo el territorio nacional de las entidades de la administración pública, las fuerzas armadas y la Policía Nacional; la suspensión del ejercicio del derecho a la libertad de asociación y reunión; la limitación del derecho a la libertad de tránsito en los casos en que se atente contra derechos y garantías de terceros; el establecimiento de todo el territorio nacional como zona de seguridad; y la ejecución

El malestar en la globalización, trad. por Carlos Rodríguez (España: Santillana, 2008), 122].

³² El compromiso consiste en que el Estado implemente un plan de austeridad mediante reformas legales y político-económicas, impulsadas desde el Fondo Monetario Internacional, con el objeto de acceder a un crédito que se le otorga de forma prorrateada, conforme al cumplimiento progresivo del precitado plan.

³³ *El Telegrafo*, “La liberación de los precios de combustible”, 4 de noviembre de 2019, acceso el 9 de marzo de 2021, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/editoriales/1/gasolina-liberacion-precio>.

³⁴ La liberalización del precio de la gasolina súper, ejecutada mediante Decreto Ejecutivo 619 de 21 diciembre de 2018.

³⁵ Susana Roa, “Gas en la calle, gas en la discusión”, *GK*, 7 de octubre de 2019, acceso el 16 de marzo de 2021, <https://gk.city/2019/10/07/paquetazo-austeridad-ecuador-protestas/>.

³⁶ La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 164, prevé en qué circunstancias el primer mandatario puede decretar estado de excepción.

de requisiciones. Estas medidas regulatorias fueron anunciadas mediante cadena nacional y, en ese espacio, el presidente enfatizó que las medidas económicas que se habían tomado estaban en firme,³⁷ por lo que no existía posibilidad de modificarlas.³⁸

El 5 de octubre, luego de que la fuerza pública detuviera alrededor de 350 personas, los transportistas depusieron la medida de hecho sin que el Gobierno se hubiera retractado de las medidas adoptadas.³⁹ No obstante, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (Conaie) decidió continuar con las protestas, a las que se sumaron diferentes colectivos de trabajadores, estudiantes y activistas, entre otros,⁴⁰ que protestaban por otras medidas de austeridad anunciadas por el Gobierno. Por ejemplo, la reducción salarial del 20% de remuneración a los funcionarios públicos que bajo el régimen de contratos ocasionales fueran renovados en sus cargos, lo cual, a todas luces, precarizaba su situación laboral. Por tal motivo, las movilizaciones no solo buscaban la derogación del Decreto Ejecutivo 883, sino que también exigían la revisión y reforma del resto de medidas económicas anunciadas.

La convocatoria ciudadana para protestar pacíficamente en contra de las medidas impuestas fue de grandes proporciones y contó con el apoyo de varios sectores de la sociedad. Por ejemplo, la Universidad Central, la Universidad Salesiana y la Pontificia Universidad Católica del Ecuador prestaron sus instalaciones como albergues de paz y centros de acopio de alimentos y medicamentos donados para las personas que participaron en las movilizaciones.⁴¹ A eso se debe sumar el apoyo humanitario que prestaron estudiantes y profesionales de diferentes facultades de medicina para atender a las heridas y los heridos en cada jornada de manifestaciones.

El 8 de octubre se emitió el Decreto Ejecutivo 888, mediante el cual el presidente dispuso restringir el derecho a la libertad de tránsito en el horario de 20:00 a 05:00 en los sectores donde están ubicadas edificaciones e instalaciones estratégicas del Estado, así como en dependencias definidas por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. Esta medida fue adoptada en respuesta a la irrupción de encapuchados en el campo petrolero Laga Agrio 1, durante la noche anterior. En el mismo decreto,

³⁷ *El Comercio*, “Presidente Moreno decreta estado de excepción y ratifica las medidas económicas”, 3 de octubre de 2019, acceso el 18 de marzo de 2021, <https://www.elcomercio.com/actualidad/lenin-moreno-decreta-excepcion.html>.

³⁸ A criterio de Xavier Zavala Egas, miembro de la Comisión Especial para la Verdad y la Justicia de los hechos ocurridos en octubre de 2019, “el Decreto Ejecutivo 883 fue expedido de manera abrupta, sin consenso alguno con los sectores afectados y sin prever las consecuencias, la reacción del gobierno ante la respuesta social fue menos sensata aún” [Comisión Especial para la Verdad y la Justicia, *Informe Comisión Especial para la Verdad y la Justicia respecto a los hechos ocurridos en Ecuador entre el 3 y el 16 de octubre de 2019* (Ecuador: Defensoría del Pueblo, 2021)], <http://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/2942>.

³⁹ Roa, “Gas en la calle, gas en la discusión”.

⁴⁰ Loly Pérez Torres, “Cronología del paro en Ecuador, y lo que vino después”, *DW*, 28 de noviembre de 2019, acceso el 11 de marzo de 2021, <https://www.dw.com/es/cronolog%C3%ADa-del-paro-en-ecuador-y-lo-que-vino-despu%C3%A9s/a-51456988>.

⁴¹ Comisión Especial para la Verdad y la Justicia, *Informe...*, 31.

ante la escalada acelerada de protestas en la ciudad de Quito, Moreno dispuso que se trasladara la sede de Gobierno a la ciudad de Guayaquil. Por último, el discurso oficial advirtió que, detrás de las manifestaciones, el correísmo⁴² promovía un intento de golpe de Estado.⁴³

Por los acontecimientos expuestos, en un primer momento, se advierte la falta de participación social y transparencia con las que el Gobierno adoptó las medidas de austeridad. Esto fue corroborado por la CIDH y su Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, que, en su informe de la visita al Ecuador tras las protestas de octubre, señalaron: “Las medidas adoptadas por el Decreto No. 883 carecieron antes de su adopción de un proceso de consulta y de una evaluación de impacto en términos de progresividad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales que pudieran verse afectados”.⁴⁴

Adicionalmente, la CIDH se refirió a las Observaciones Finales formuladas a Ecuador, tras el examen del Cuarto Informe Periódico del Comité de Derechos Económicos, mediante el cual expresó su preocupación por el impacto de las medidas de austeridad respecto al goce de los derechos económicos, sociales y culturales, y recomendó al Estado evaluar previamente tales medidas, a efecto de evitar impactos desproporcionados en los grupos desfavorecidos.⁴⁵ Como bien señala el profesor Boaventura de Souza, “El crecimiento de la pobreza es el impacto social más previsible de las medidas de austeridad”,⁴⁶ y el Ecuador no fue la excepción, pues, conforme a información oficial del Gobierno, la pobreza pasó de un 23% en diciembre de 2018 a un 23,9% en septiembre de 2019, mientras que la pobreza extrema del 8,4% al 8,7% en el mismo periodo.⁴⁷

No suficiente con la falta de las medidas de austeridad y la regresión de derechos que implicaba implementación, en un segundo momento, llamó la atención la negativa del Gobierno a revisar tales medidas o, al menos, a propiciar espacios de diálogo con los sectores sociales afectados, al enfatizar que estaban en firme tanto la supresión del subsidio de combustibles como los recortes que se habían anunciado en cadena nacional. En consecuencia, la única respuesta al inicio de la paralización de actividades fue la declaratoria de estado de excepción. Y, en un tercer momento, se advierte también la represión por parte de la fuerza pública, manifestada en el

⁴² En alusión a los seguidores y partidarios del expresidente Rafael Correa, quienes ejercieron oposición al régimen actual desde los primeros meses del periodo de gobierno.

⁴³ Pérez Torres, “Cronología del paro en Ecuador, y lo que vino después”.

⁴⁴ CIDH, *Observaciones de la situación de los derechos humanos tras las protestas sociales registradas entre 3 y el 13 de octubre de 2019*, <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/008.asp>.

⁴⁵ CIDH, *Observaciones de la situación*, cit.

⁴⁶ Boaventura de Sousa Santos, *Democracia al borde del caos: Ensayo contra la autoflagelación*, trad. por Jineth Ardila (Bogotá: Siglo del Hombre, 2014), 85.

⁴⁷ CIDH, *Observaciones de la situación*, cit.

elevado número de detenciones que se habían efectuado en las primeras 48 horas de movilización. Es en este contexto, donde se desarrollaron las movilizaciones.

3. Criminalización del derecho a la protesta: violación de derechos humanos como resultado del uso excesivo de la fuerza

En este apartado se analizarán algunos casos de presuntas violaciones del derecho a la vida y a la integridad personal, recogidos por los informes de la CIDH y de la Comisión Especial de la Verdad y la Justicia (CEVJ). Los casos seleccionados tienen el objeto de visibilizar las actuaciones de los agentes de la fuerza pública en el marco de las manifestaciones para los fines de este trabajo.

3.1. Presuntas ejecuciones extrajudiciales

El 7 de octubre de 2019, los medios alternativos de comunicación, principalmente, reportaban una presunta ejecución extrajudicial perpetrada por agentes policiales en contra de Marco Otto y José Daniel Chaluís. Marco Otto era una persona con discapacidad intelectual del 46% y atrofia muscular; ese día, luego de salir de su trabajo, se dirigía hacia el Mercado de San Roque, y, mientras cruzaba el puente peatonal, se encontró con unos policías en motocicleta que perseguían a manifestantes que participaban en las movilizaciones. Por videos que circularon en medios y redes sociales se constató que varias personas fueron acorraladas por miembros de la Policía Nacional debido a que la puerta de malla, ubicada en la mitad del puente, fue cerrada. Producto de este acorralamiento, Marco y dos personas más –una de ellas, Daniel Chaluís– cayeron a la calzada, cuya altura se estima entre 6 y 8 metros.⁴⁸

Pese a la aparatosa caída, no fueron auxiliados por miembros policiales sino por ciudadanos que actuaron voluntariamente. Marco fue trasladado en una camioneta particular al Hospital Carlos Andrade Marín (HCAM) e ingresó directamente a la unidad de cuidados intensivos por la gravedad de sus heridas, a saber: hemorragia y laceración cerebral, fractura de la base del cráneo y trauma craneoencefálico, además de otras lesiones. Al día siguiente, falleció.⁴⁹

Daniel Chaluís fue víctima de la misma persecución en el puente de San Roque; no obstante, uno de sus compañeros estibadores señaló en un reportaje:

Él [Daniel Chaluís] estaba pasando en la puerta [...] ya estaba colgado para pasar, el motorizado llega sin decir nada, en vez de coger o hacer parar,

⁴⁸ Comisión Especial para la Verdad y la Justicia, *Informe...*, 69.

⁴⁹ Comisión Especial para la Verdad y la Justicia, *Informe...*, 70.

no pues, llega, da un golpe, bota para abajo. De ahí, como ellos estaban con gas, con todas las bombas, entonces nosotros ¿qué vamos a decir a ellos?⁵⁰

Esta declaración coincide con la de los familiares de la presunta víctima, recogida en el informe de la CIDH, en torno a que los golpes hallados en la mano sugieren que la caída fue provocada.⁵¹ A los tres días, después de su internamiento, falleció con diagnóstico de grave trauma de cráneo, trauma de tórax con contusiones pulmonares y trauma de muñeca, según informe de la Dirección Técnica Médica del HCAM.⁵² Este caso en particular, como se verá más adelante, contiene elementos relacionados con el criterio de intencionalidad en el cometimiento del delito de ejecución extrajudicial que ha desarrollado la Corte IDH, conforme fue abordado anteriormente.

Edison Mosquera recibió un impacto de proyectil en la cabeza, disparado por agentes policiales, el 7 de octubre, mientras participaba en las movilizaciones en el sector de la Recoleta. Conforme a los videos de cámaras de seguridad de hoteles de la zona, se evidencia que la presunta víctima cayó al piso durante la represión, y tres policías procedieron a agredirlo con patadas, puñetes y toletazos. Luego, uno de los policías le disparó a corta distancia en la cabeza con un arma tipo escopeta, según la versión de una persona que se encontraba cerca de Mosquera. Posteriormente, fue auxiliado por ciudadanos que lo trasladaron sobre una puerta a la parada Cumandá del trolebus, en busca de una ambulancia, lo cual fue inútil. En consecuencia, fue llevado en una camioneta particular al Hospital del Sur del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Después de seis días, falleció por dos infartos cerebrales y un infarto cardiaco debido a la herida que le fue ocasionada y por la que perdió el 50% del cerebro.⁵³ En este caso se pueden identificar los presupuestos que, a criterio de la Corte IDH, configurarían una privación de la vida arbitraria, toda vez que el fallecimiento de la víctima se atribuiría a un presunto uso excesivo de la fuerza por parte de los agentes policiales⁵⁴ y, con ello, el posible incumplimiento de obligaciones convencionales y constitucionales.⁵⁵

De acuerdo con los testimonios que recogió la CIDH en su informe, el 9 de octubre, el líder indígena Segundo Inocencio Tucumbi Vega fue impactado con un proyectil en la cabeza, en medio de un operativo policial en el sector de la Universidad Salesiana, lugar que operaba como albergue de paz, como se señaló anteriormente.⁵⁶

⁵⁰ Comisión Especial para la Verdad y la Justicia, *Informe...*, 71.

⁵¹ CIDH, *Observaciones de la situación...*, cit.

⁵² Comisión Especial para la Verdad y la Justicia, *Informe...*, 72.

⁵³ CIDH, *Observaciones de la situación...*, cit.

⁵⁴ Véase primer párrafo del apartado 1.2.1.

⁵⁵ El artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su parte pertinente, prescribe: "Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente", mientras que el artículo 66.1 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho a la inviolabilidad de la vida.

⁵⁶ CIDH, *Observaciones de la situación...*, cit.

La Fundación Regional de Derechos Humanos (INREDH) corrobora esta información y, con mayor detalle, señala que, tras el lanzamiento de bombas lacrimógenas a la zona de paz por parte de policías, Segundo Tucumbi decidió salir de las instalaciones de la precitada Universidad. Una vez afuera, su hijo Ángel Tucumbi narra que un policía le disparó un perdigón en la cabeza, causándole un dolor que no pudo resistir, por el cual falleció horas más tarde.⁵⁷ En este caso hubo uso de fuerza letal, no circunscrita a ninguna de las circunstancias a las que la Corte IDH la condiciona explícitamente en los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de las Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Cumplir la Ley.⁵⁸ Consecuentemente, también podría tratarse de una privación arbitraria del derecho a la vida imputable a los agentes policiales.

GA, un adolescente de 15 años, fue víctima de un impacto de bomba lacrimógena que recibió cerca del corazón durante las manifestaciones que se llevaron a cabo en el cantón Durán. Conforme con la declaración que rindió una testigo presencial ante el Comité Permanente de Defensa de Derechos Humanos, GA, tras caer en un hueco y quedarse sentado, fue impactado por una bomba lacrimógena disparada por un policía, que sin bajarse de la moto le apuntó y le dijo: “Muérete c...”. Además, indicó que, tras el impacto, no recibió ayuda de ningún policía.⁵⁹ Las circunstancias que se desprenden de este caso sugieren uso de la fuerza letal con intencionalidad y, más grave aún, contra una persona que pertenece a un grupo de atención prioritaria⁶⁰ y que se encontraba en situación de rendición.⁶¹

3.2. Violaciones de la integridad personal

Respecto a las violaciones de la integridad personal, tanto el informe de la CEVJ como el de la CIDH recogen testimonios e información en torno a diferentes “afectaciones [que] habrían sido ocasionadas por la actuación violenta de agentes del orden mediante policía montada, patadas, golpes, agresiones verbales e, inclusive, mediante [sic] disparos a corta distancia de municiones de perdigón y/o bombas lacrimógenas directamente hacia las personas manifestantes”.⁶² En cuanto a los disparos hacia los manifestantes, las directrices sobre el uso de la fuerza de Amnistía

⁵⁷ Comisión Especial para la Verdad y la Justicia, *Informe...*, 76-77.

⁵⁸ Véase segundo párrafo del apartado 1.2.

⁵⁹ Comisión Especial para la Verdad y la Justicia, *Informe...*, 75.

⁶⁰ El artículo 35 de la Constitución de la República del Ecuador prevé que las y los adolescentes pertenecen a los grupos de atención prioritaria, lo cual los habilita al derecho a recibir atención prioritaria y especializada tanto en el ámbito público como en el privado. Y, adicionalmente, le impone al Estado la obligación de prestar protección especial a las personas en condición de doble vulnerabilidad, como en el presente caso, un adolescente en situación de riesgo.

⁶¹ Véase segundo párrafo del apartado 1.2.1.

⁶² CIDH, *Observaciones de la situación*, cit.

Internacional advierten que el uso de armas en reuniones públicas incrementa las situaciones de riesgo, pues, además de las lesiones y muertes que podrían provocarse, causaría una intensificación de la violencia que aumentaría el número de víctimas.⁶³

El estudiante de economía Juan Olovacha, conforme al testimonio de su sobrino, el 8 de octubre de 2019 recibió un impacto de perdigones en la cabeza, producto de un disparo ejecutado por un policía, a menos de un metro con una escopeta Mossberg. Adicionalmente, señala que su tío fue trasladado al Hospital Eugenio Espejo, debido a su estado crítico. En la intervención quirúrgica le extrajeron el parietal derecho, masa cerebral y siete perdigones de metal. Estuvo 18 días en cuidados intensivos, periodo en el que padeció tres paros cardíacos. No podía hablar ni tragar y, a criterio de los médicos, requería al menos un año de terapia para recuperar movimiento en sus extremidades.⁶⁴

El mismo día, 8 de octubre de 2019, una persona con discapacidad que se hincó al frente de una tanqueta para detener su paso, fue agredida por tres agentes policiales que se bajaron de ese vehículo. La presunta víctima señala que recibió toleazos en la cabeza y patadas en la cara, las cuales le provocaron la pérdida de dientes. Luego de arrastrarlo y golpearlo, recibió tres impactos de balas de goma, dos cerca del corazón y uno en la ingle. Posteriormente, agentes de la policía lo siguieron para continuar agrediendo; cuando su hija llegó a su encuentro también fue presuntamente agredida por parte de los policías. Días después, el 12 de octubre, salió nuevamente a las manifestaciones que se dirigían a la Asamblea Nacional, y cerca de la calle Yaguachi recibió un disparo en la frente. En el Hospital Eugenio Espejo le diagnosticaron fractura craneoencefálica y hendidura de cráneo. Estuvo hospitalizado 12 días y no le permitieron acceder a su historia clínica por disposición de la ministra de Gobierno.⁶⁵

Adicionalmente, la CEVJ registró en su informe veinte víctimas de lesiones oculares provocadas por el impacto de bombas lacrimógenas o perdigones que fueron disparados por agentes de la policía. De todos los casos reportados, catorce perdieron un globo ocular y seis quedaron con la visión afectada, tal como aconteció en los casos de Jhajaira Urresta, Diego Chuquiguanga o Luis Tipantuña, quienes perdieron un globo ocular tras recibir disparos a quemarropa por parte de policías mientras participaban en las manifestaciones.⁶⁶ En el informe de la CIDH se registra también que hubo disparos a quemarropa ejecutados por la fuerza pública en contra del personal médico que asistía a las y a los manifestantes heridos.⁶⁷ Estas actuaciones

⁶³ Amnistía Internacional, *Uso de la fuerza. Directrices para la aplicación de los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de cumplir la ley* (Madrid: Amnistía Internacional, 2016), https://www.amnesty.nl/content/uploads/2015/09/uso_de_la_fuerza_vc.pdf?x45368.

⁶⁴ Comisión Especial para la Verdad y la Justicia, *Informe...*, 89-90.

⁶⁵ CIDH, *Observaciones de la situación*, cit.

⁶⁶ Comisión Especial para la Verdad y la Justicia, *Informe...*, 98-120.

⁶⁷ CIDH, *Observaciones de la situación...*, cit.

se contraponen al Principio Básico 9 sobre el Empleo de la Fuerza y de las Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Cumplir la Ley, el cual solo habilita el uso de las armas con el fin de salvar otra vida.

Por último, el informe de la CIDH enfatiza los efectos desproporcionados de las actuaciones de la fuerza pública en contra de la integridad de niñas, niños, adolescentes, adultos mayores y mujeres indígenas,⁶⁸ grupos de atención prioritaria, a los que la Constitución les garantiza protección especial al encontrarse en situación de riesgo.⁶⁹

3.3. ¿Uso excesivo de la fuerza para criminalizar la protesta? Análisis de casos

En su informe, la CIDH condena la violación del derecho a la vida de las víctimas, pues atribuye que en estos y otros casos hubo uso excesivo y arbitrario de la fuerza y actos de violencia dirigidos contra quienes no representaban una amenaza inminente en el marco de las protestas. Principalmente, enfatiza la represión y violencia desproporcionada con la que actuaron los agentes del Estado en la precipitación de las dos personas del puente de San Roque.⁷⁰ En este caso se identifica el elemento de la intencionalidad en la actuación de los agentes del Estado que, como se señaló anteriormente, se manifiesta en la “decisión que se adopta por anticipado [de generar la muerte] y descartar la posibilidad de ofrecer o aceptar la oportunidad de rendirse”,⁷¹ pues, a pesar del comportamiento de rendición de las víctimas, los policías optaron por dejarlos caer del puente. Más aún, en el caso de Daniel Chaluís, en el que declaraciones de un testigo presencial y de sus familiares, mencionados *supra*, sugieren que su precipitación fue provocada.

La intencionalidad también es manifiesta en el caso de GA, conforme al relato de los hechos por parte de la testigo. El uso de la fuerza letal por parte del policía fue unívocamente dirigido a ocasionar un daño a la víctima, que en el momento de la agresión no incurrió en un comportamiento que representara amenaza, peligro o resistencia. Por lo tanto, el uso de la fuerza fue incompatible con el principio de proporcionalidad, toda vez que el daño que se infligió no se compensaba con la protección de interés o derecho alguno, es decir, no tenía un objetivo legítimo. Más aún, cuando se trata del uso de la fuerza letal, en el marco del principio de protección a la vida, la Relatoría especial sobre ejecuciones extrajudiciales de las Naciones Unidas ha señalado que el precitado principio

⁶⁸ CIDH, *Observaciones de la situación...*, cit.

⁶⁹ Véase nota 62.

⁷⁰ CIDH, *Observaciones de la situación...*, cit.

⁷¹ Corte IDH, Caso Nadege Drozema vs. República Dominicana, cit.

... exige que no se utilice intencionalmente la fuerza letal solo para proteger el orden público u otros intereses similares (por ejemplo, no se podrá usar solo para reprimir protestas, detener a un sospechoso de un delito o salvaguardar otros intereses como la propiedad). El objetivo principal debe ser salvar una vida [...] solo la protección de la vida puede cumplir el requisito de la proporcionalidad cuando se utiliza una fuerza letal intencionalmente.⁷²

Además del principio de proporcionalidad, también se inobservó el artículo 3 de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley de las Naciones Unidas que establece, en su parte pertinente, que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley usarán la fuerza solo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.⁷³

Tanto en el caso de San Roque como en el de GA se puede identificar la decisión anticipada de afectar el derecho a la vida como criterio de “intencionalidad”, desarrollado por la Corte IDH, en la omisión deliberada por parte de los policías de prestar asistencia a las víctimas, pese al estado crítico en el que se encontraban tras las agresiones recibidas, conforme a la información que se desprende de los testimonios que recoge el informe de la CEVJ.

Por último, respecto de los casos de presuntas violaciones del derecho a la vida se debe tomar en cuenta que los agentes policiales no hicieron un uso excepcional de la fuerza al inobservar los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad, conforme a los criterios esgrimidos por la Corte IDH y la Relatoría Especial sobre ejecuciones extrajudiciales de las Naciones Unidas. Por lo tanto, la fuerza devino en excesiva o desproporcionada y, al dar lugar a la pérdida de vidas, tales actuaciones pueden equivaler a privaciones arbitrarias de la vida.⁷⁴ En consecuencia, los agentes de seguridad, potencialmente tendrían responsabilidad penal por haber cometido el delito de ejecución extrajudicial.

En los casos de presunta violación de la integridad personal, también se puede observar que la fuerza pública aplicó indiscriminadamente la fuerza letal, pues, de los testimonios y el material videográfico⁷⁵ que recogen los informes tanto de la CIDH como de la CEVJ, se corrobora que las víctimas estaban participando en las

⁷² Amnistía Internacional, *Uso de la fuerza...*, 17.

⁷³ En la misma línea, el segundo inciso del artículo 2 del Reglamento de Uso Legal, Adecuado y Proporcional de la Fuerza para la Policía Nacional del Ecuador señala de manera explícita que el uso de la fuerza se aplicará para neutralizar y, preferentemente, reducir el nivel de amenaza o resistencia de uno o varios ciudadanos que estén sujetos al procedimiento policial.

⁷⁴ Corte IDH, Caso Zambrano Vélez y Otros vs. Ecuador, cit.

⁷⁵ Cfr. Comisión Especial de la Verdad y la Justicia, *Informe...*, 84, donde consta una secuencia fotográfica del momento en que un policía apunta al cuerpo de los manifestantes y dispara una bomba lacrimógena.

manifestaciones en circunstancias que no representaban un riesgo inminente o un daño para la vida o integridad de terceros. En ese sentido, la Corte IDH ha señalado que el Estado debe observar y cumplir con mayor rigurosidad los límites de excepcionalidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza para el caso de reuniones, manifestaciones y protestas, precisamente por la protección que otorga el artículo 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Y añade que “la seguridad ciudadana no puede basarse en un paradigma de uso de la fuerza que apunte a tratar a la población civil como enemigo, sino que debe consistir en la protección y control de los civiles”.⁷⁶

En tal virtud, el uso de armas de fuego o fuerza letal por parte de los agentes policiales, al no haber sido gradual ni precedido por otros mecanismos de control menos extremos y al haberse dirigido en contra de manifestantes que no participaban en hechos delictivos, infringió los estándares previstos en instrumentos internacionales y el propio Reglamento de Uso Legal, Adecuado y Proporcional de la Fuerza para la Policía Nacional del Ecuador, que en su artículo 23 prevé los parámetros que se deben seguir para neutralizar acciones violentas en manifestaciones.

Conclusiones

Del análisis realizado se pueden inferir varias certezas. Una de las principales es que la protesta social es un derecho reconocido nacional e internacionalmente y, por ende, su limitación fuera de los estándares establecidos no solo significa una restricción al ejercicio de dicho derecho, sino una muy posible violación de los derechos humanos de las personas. La protesta social es parte de los ordenamientos jurídicos porque es una institución que fortalece la democracia por medio del diálogo contrahegemónico, en especial en situaciones de desigualdad, exclusión, discriminación y ejercicio abusivo del poder.

Si bien el uso del monopolio de la fuerza se concentra en los Estados y se ejerce por medio de la fuerza pública, no es menos cierto que ese uso de la fuerza también está regulado por estándares de derecho constitucional e instrumentos internacionales, que limitan su ejercicio por medio de reglas y principios, para evitar el uso desmedido y desproporcionado por parte de agentes estatales. El abuso del mecanismo de la fuerza y la arbitrariedad de los agentes puede terminar en múltiples violaciones de los derechos civiles de los ciudadanos.

Del análisis se infiere que las protestas de octubre fueron una manifestación de resistencia a la falta de participación social, legitimidad y procesos políticos de rectificación –deficiencias de las democracias actuales abordadas en el marco conceptual–, que se identifican tanto en el contenido de las medidas económicas como

⁷⁶ Véase Corte IDH, Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México, cit., párr. 167.

en su implementación por parte del gobierno: la falta de participación social, por tratarse de un proceso inconsulto y sin transparencia, conforme lo señaló el informe de la CIDH; la falta de legitimidad, por un lado, está relacionada con la forma en que se adoptaron las medidas económicas, pero, también, en el carácter regresivo que en materia de derechos colectivos implicaba su implementación; y la carencia de procesos políticos de rectificación, que se manifestó en la negativa anunciada por parte del presidente Moreno para revisar y modificar las medidas.

Las deficiencias identificadas *supra* en el proceso de implementación de las medidas económicas configuraron un escenario de autoritarismo e inestabilidad política, donde la interacción entre el derecho a la protesta y el uso de la fuerza estatal se tornó compleja. Así, la única respuesta del Estado ante las olas de protesta derivadas de la implementación de las medidas económicas fue el uso excesivo de la fuerza por parte de los agentes de seguridad en contra de manifestantes, quienes, sin incurrir en hechos delictivos, terminaron siendo víctimas de graves violaciones de derechos humanos, lo cual sugiere que hubo criminalización de la protesta.

Si bien el derecho a la protesta social tampoco es ilimitado, y sus límites deben respetar los derechos de otras personas y la propiedad, también es claro que dicho derecho no puede ser criminalizado para amedrentar la lucha social, sea con el uso excesivo de la fuerza o con el uso del derecho penal. Los manifestantes no son criminales, ejercen un derecho constitucional y democrático –necesario en todo Estado de derecho– para manifestar su inconformidad con el régimen, pues la democracia representativa no termina con el depósito del voto, sino que continúa con la permanente auditoría de gestión por parte de la ciudadanía.

Bibliografía

- AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Uso de la fuerza. Directrices para la aplicación de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Cumplir la Ley*. Madrid: Amnistía Internacional, 2016. https://www.amnesty.nl/content/uploads/2015/09/uso_de_la_fuerza_vc.pdf?x45368.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría general de la política*, traducido por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- COMISIÓN ESPECIAL PARA LA VERDAD Y LA JUSTICIA. *Informe de la Comisión Especial para la Verdad y la Justicia respecto de los hechos ocurridos en Ecuador entre el 3 y el 16 de octubre de 2019*. Quito: Defensoría del Pueblo, 2021.
- DE LA TORRE Rangel, Jesús. *Apuntes para una introducción filosófica del derecho*. La Paz: Temis, 2008.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Democracia al borde del caos: Ensayo contra la autoflagelación*, traducido por Jineth Ardila. Bogotá: Siglo del Hombre, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Justicia para erizos*, traducido por Horacio Pons. México: Fondo de Cultura Económica, 2014.

- FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal”. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n.º 59 (2014): 29-118. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32981.pdf>.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. “Protesta social”. *Análisis constitucional y jurídico*, 2.ª ed. Quito: FGE, 2015. <https://www.fiscalia.gob.ec/images/NuestrasPublicaciones/Protesta-social-SE.pdf>.
- FISHER-LESCANO, Andreas. *La fuerza del derecho*, traducido por Alex Valle Franco. Serie Pensamiento Jurídico Popular. Quito: El Siglo, 2019.
- HENAO GUZMÁN, Juan Pablo. “El Estado en la sociedad, explicación de cómo la disposición de las burocracias determina los órdenes en países periféricos”. *Pa-norama* 9, n.º 17 (2015): 104-122.
- KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, traducido por Manuel García Morente. Puerto Rico: s. e., 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. México: UNAM, 1986.
- EL TELÉGRAFO. “La liberación de los precios de combustible”, 4 de noviembre de 2019. Acceso el 9 de marzo de 2021. <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/editoriales/1/gasolina-liberacion-precio>.
- PEIRANO, Jorge. *El derecho de resistencia*. Montevideo: Talleres Gráficos, 1945.
- PÉREZ TORRES, Loly. “Cronología del paro en Ecuador, y lo que vino después”. DW, 28 de noviembre de 2019. Acceso el 11 de marzo de 2021. <https://www.dw.com/es/cronolog%C3%ADa-del-paro-en-ecuador-y-lo-que-vino-despu%C3%A9s/a-51456988>.
- EL COMERCIO. “Presidente Moreno decreta estado de excepción y ratifica las medidas económicas”, 3 de octubre de 2019. Acceso el 18 de marzo de 2021. <https://www.elcomercio.com/actualidad/lenin-moreno-decreta-excepcion.html>.
- ROA, Susana. “Gas en la calle, gas en la discusión”. GK, 7 de octubre de 2019. Acceso el 16 de marzo de 2021. <https://gk.city/2019/10/07/paquetazo-austeridad-ecuador-protestas/>.
- TILLY, Charles. “Movimientos sociales y política nacional”. En *Statemaking and Social Movements: Essays in History and Theory*, editado por Charles BRIGHT y Susan HARDING. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1984.
- STIGLITZ, Joseph. *El malestar en la globalización*, traducido por Carlos Rodríguez. Madrid: Santillana Ediciones, 2007.
- TARROW, Sidney. *El poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*, traducido por Francisco Muñoz. Madrid: Alianza, 1998.
- UGARTEMENDIA, Juan Ignacio. *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*. Madrid: Colección Monografías Jurídicas, 1999.
- ZAFFARONI, Raúl. *La doctrina penal nazi*. Serie Pensamiento Penal Crítico 4. Quito: El Siglo, 2020. <http://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/2942>.

Legislación y jurisprudencia

CIDH. *Observaciones de la situación de los derechos humanos tras las protestas sociales registradas entre 3 y el 13 de octubre de 2019*. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/008.asp>.

CIDH. *Protesta y derechos humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*. OEA/Ser. L/V/II CIDH/RELE/INF.22/. Washington: OAS Publication Data, 2019.

CORTE IDH. Caso Bámaca Velásquez, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Fondo, Serie C, núm. 70.

CORTE IDH. Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, Sentencia de 4 de julio de 2007, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 166.

CORTE IDH. Caso Nadege Drozema vs. República Dominicana, Sentencia de 24 de octubre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 251.

CORTE IDH. Caso Hermanos Landaeta Mejías y Otros vs. Venezuela, Sentencia de 27 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 281.

CORTE IDH. Caso García Ibarra y Otros vs. Ecuador, Sentencia de 17 de noviembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 306.

CORTE IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 371.

Armando Chaguaceda Noriega* (Cuba)
Arturo Miguel Chípuli Castillo** (México)

La impronta schmittiana: (ab)usos autoritarios del derecho y el poder en la actualidad política latinoamericana

RESUMEN

Carl Schmitt, uno de los intelectuales más representativos de la República de Weimar, concibió en su teoría política y jurídica una visión antiliberal de la democracia y de la validez del derecho fuera del *rule of law*. En este documento se argumenta que las lógicas del ejercicio de la dominación en los regímenes autocráticos de Cuba y Venezuela, así como ciertas tendencias autoritarias en el gobierno populista de México, remiten a una perspectiva schmittiana del uso y abuso del poder.

Palabras clave: Schmitt; autocracia; populismo.

The Schmittian imprint: authoritarian (ab)uses of law and power in current Latin American politics

ABSTRACT

Carl Schmitt, one of the most representative intellectuals of the Weimar Republic, conceived in his political and legal theory an antiliberal view of democracy and of the validity of law outside the rule of law. This work discusses how the logic of the exercise of domination in the autocratic regimes of Cuba and Venezuela, as well as certain

* Doctor en Historia y Estudios Regionales, Universidad Veracruzana; politólogo, Universidad de La Habana; especialista en el estudio de los regímenes y procesos no democráticos en Latinoamérica y Rusia. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI), nivel 1. xarchano@gmail.com / código orcid: <http://orcid.org/0000-0002-2497-178X>.

** Director e investigador de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI), nivel 1. achipuli@uv.mx / código orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8808-3311>.

authoritarian tendencies in the populist government of Mexico, echo a Schmittian perspective of the use and abuse of power.

Keywords: Schmitt; Autocracy; Populism.

Unter dem Einfluss von Schmitt: autoritärer Gebrauch und Missbrauch von Recht und Macht in der politischen Aktualität Lateinamerikas

ZUSAMMENFASSUNG

Carl Schmitt, einer der repräsentativsten Intellektuellen der Weimarer Republik, entwickelte in seiner rechtspolitischen Theorie eine antiliberalen Vision der Demokratie und der Gültigkeit des Rechts jenseits des Rechtsstaats. Der Beitrag befasst sich mit der Frage, inwiefern die Logik der Herrschaftsausübung durch die autokratischen Regime Kubas und Venezuelas, aber auch einige autoritäre Züge der populistischen Regierung Mexikos, auf eine Schmitt'sche Perspektive des Gebrauchs und Missbrauchs von Macht verweisen.

Schlagwörter: Schmitt; Autokratie; Populismus.

Introducción

El mundo ha entrado en una era de iliberalismo político.¹ Se trata de un fenómeno más amplio –por el arco de regímenes, movimientos e ideas que acoge– que las grandes ideologías del siglo pasado. Este fenómeno iliberal rechaza el multilateralismo en favor del Estado-nación; defiende un modelo de *líder y pueblo*, sin instituciones intermediarias; promueve el proteccionismo, aunque implementa reformas neoliberales; y privilegia una definición esencialista de la nación. Su sustrato –de izquierda o derecha– prima hoy en Latinoamérica. Dentro de una concepción estatista y mercantilista (fronteras adentro y afuera) desatiende el valor intrínseco de defender una democracia de ciudadanas y ciudadanos.

Las modalidades de este avance iliberal son diversas. En algunos casos, se trata del avance, dentro de las democracias, de lógicas populistas; en otros, asistimos a la sustitución del orden democrático por su opuesto autocrático. Pero tanto lo que en democracias frágiles opera como cambio (populista) intrasistémico como lo que en la autocratización implica una lógica radicalmente antidemocrática, el sustrato antiliberal –adverso al poder institucional distribuido y contrapesado y al catálogo de derechos civiles y políticos de la ciudadanía moderna– aparece como factor común.

¹ Marlene Laruelle, "Illiberalism: A Conceptual Introduction", Illiberalism Studies Program, George Washington University, April 12, 2021.

La revitalización del autoritarismo da cuenta de una ofensiva global,² entendida como proceso de “autocratización”³ que produce el lento socavamiento de las instituciones democráticas y nombra “formas políticas represivas y arbitrarias del ejercicio del poder político”,⁴ ancladas en distintos contextos geopolíticos y en una secuencia temporal amplia. A diferencia de otros conceptos surgidos en la primera mitad del siglo pasado para describir sistemas de dominación opresivos, como totalitarismo, el autoritarismo se resignificó en experiencias políticas que no necesariamente se producen como cambio político entre regímenes.

El autoritarismo hoy hace parte de órdenes políticos varios, como arreglo institucional, práctica política o como una actitud personal de líderes políticos. En este registro, el autoritarismo se presenta en una variedad de situaciones, pero a menudo como convivencia o variación populista dentro de un régimen político democrático-liberal. En ese caso, el populismo se presenta como un modo específico de entender –mediante las polaridades líder-masa (interna) y pueblo-enemigo (exógena)–, ejercer –decisionista, movilizador y conflictivo– y, en menor medida, estructurar –en formas movimientistas, antes que en instituciones estables– la política democrática moderna.⁵ Así, el populismo sería una especie híbrida en lo constitutivo, y transicional en lo procesual, dentro del catálogo de formas políticas contemporáneas, en la frontera entre la democracia y la autocracia.

Latinoamérica, como región, no escapa a estas mutaciones. Pese a la vigencia formal de un marco mayoritario de orden democrático y del Estado de derecho, la región es hoy un caleidoscopio de regímenes políticos. En varios países (Argentina, Costa Rica, Chile y Uruguay, entre otros) encontramos instituciones democráticas que canalizan la participación, incidencia y movilización cívicas. Brasil y México representan casos de democracias con gobiernos populistas, de distinta orientación ideológica. Centroamérica –y otros países del Caribe y la zona andina– tiene democracias frágiles, con instituciones y espacios cívicos formales, pero con violaciones sistemáticas y variables de los derechos ciudadanos. Por otro lado, Cuba, Nicaragua y Venezuela expresan regímenes autocráticos con altas restricciones a la acción ciudadana.

Derivado de lo expuesto, aquí abordaremos cómo las lógicas de ejercicio de la dominación en los regímenes autocráticos de Cuba y Venezuela, así como ciertas

² Larry Diamond, Marc F. Plattner and Christopher Walker, eds., *Authoritarianism goes global. The challenge to democracy* (Baltimore: Johns Hopkins and National Endowment for Democracy, 2016).

³ Andrea Cassani y Luca Tomini, *Autocratization in post-Cold War Political Regimes* (Milano: Palgrave Macmillan, 2019).

⁴ Cecilia Lesgart, “Autoritarismo. Historia y problemas de un concepto contemporáneo fundamental”, *Perfiles Latinoamericanos* 28, n.º 55 (2020): 349-372.

⁵ Armando Chaguaceda y Eloy Viera Cañive, “El destino de Sísifo. Régimen político y nueva Constitución en Cuba”, *Polis Revista Latinoamericana* 20, n.º 58 (2021): 58-77, <http://dx.doi.org/10.32735/S0718-6568/2021-N58-1578>.

tendencias autoritarias en el gobierno populista de México, remiten a una perspectiva schmittiana del uso y abuso del poder. Lo anterior no implica una adscripción formal y explícita de los liderazgos e ideólogos de esos gobiernos al pensamiento político del jurista alemán, sino una cercanía en la retórica y materialización de la agenda política, respecto los presupuestos schmittianos sobre los fundamentos y el ejercicio del poder y la ley.

1. Volver a Weimar: contexto y matrices de la lógica schmittiana

Tal como sucede hoy en nuestra región, hace un siglo en Alemania coexistieron, en pugna, distintas visiones respecto al orden jurídico y político. En la República de Weimar confluyeron los pensamientos de tres prominentes juristas (Hans Kelsen, Herman Heller y Carl Schmitt), cuya concepción del derecho y el Estado fueron de la mano con sus respectivas perspectivas acerca de la democracia. Las visiones de estos tres juristas, en el marco de su contexto político, no podían ser más diáfananamente reveladoras de concepciones y proyectos ideológicos enfrentados.

Para Kelsen, padre de la *teoría pura del derecho* e icónico representante del positivismo escéptico (iusnormativismo), el derecho es un orden coactivo que no se

Tabla 1. Tres visiones del orden político y jurídico en la República de Weimar

Tema/ problema	Kelsen	Heller	Schmitt
La crisis	Crisis de la democracia y del parlamentarismo como amenazas a la república.		Estado de excepción como expresión pura de la política.
La libertad	La libertad negativa (derechos y garantías individuales) y la positiva (participación política institucionalizada) son fundamentales para la república.		La libertad positiva se concreta en la participación directa de las masas.
El Estado	Mal necesario, que regula conflictos. Importancia de sociedad civil.	Interviene para la coordinación, cambio y justicia social.	Realiza la política, provee unidad y controla conflictos dentro de la comunidad.
El derecho	Normativismo: el derecho positivo no depende o se valida por factores, valores o creencias ajenos a la norma.	Pospositivismo: el derecho positivo + los principios suprapositivos (emanados de la comunidad sociohistórica) son la norma.	Decisionismo: El derecho descansa en la decisión y la fuerza que la sustenta, expresadas en el Estado de excepción.

Fuente: Elaboración propia a partir de Vita (2014), Córdova (2009) y otras fuentes revisadas.

valida en ningún conjunto de creencias o valores,⁶ pues se trata de un sistema escalonado de normas jurídicas que valen, independientemente del reconocimiento y la voluntad de los individuos, y donde la validez de la norma se encuentra ligada a los procedimientos y al contenido que dicta una norma jurídica superior (*norma fundante básica*).⁷ La constitución, para el citado autor, debe ser protegida (sobre todo a través de la vía jurisdiccional), pues representa la estabilidad del orden jurídico y del propio Estado, toda vez que constituye la fuente de validez del orden jurídico y en ella se encuentran el elemento metodológico y las reglas sobre las cuales se lleva a cabo la producción normativa, la cual también representa un acto de aplicación de la propia norma fundamental.⁸ Con Kelsen, cabe señalar, el iuspositivismo normativista se constituyó como el paradigma triunfante en la ciencia jurídica durante gran parte del siglo XX, asociado con el liberalismo político y con una idea de la democracia definida en términos procedimentales, conforme a la que existen una serie de reglas para la toma de acuerdos, un conjunto de derechos y libertades, así como la necesidad del principio de legalidad y del Estado de derecho.

Por otro lado, Heller parte de una posición intermedia entre el normativismo y el decisionismo, en la que el derecho, además del derecho positivo, se inspira en principios suprapositivos, los cuales emanan de una comunidad concreta, y constituyen una relación simbiótica entre norma y decisión, ya que, a través de esta, se realiza la positivización de los mencionados principios en el ordenamiento jurídico.⁹ Para Heller, la constitución se debe entender bajo esta misma ambivalencia, como norma y como factores reales del poder. De ahí que en su teoría del Estado ofreciera cinco conceptos respecto de lo que significa la ley fundamental: 1) como estructura concreta del poder, es decir, su existencia real en la actividad del Estado; 2) como situación jurídica estatal básica y fundante; 3) en sentido material “amplio”, que abarca todas las normas jurídicas existentes en el Estado; 4) en sentido material “estricto”, que se basa en la creencia de una ordenación fundamental cerrada y sin lagunas; y 5) como constitución “formal”, donde se encuentran los preceptos constitucionales.¹⁰ Como puede advertirse, Heller asume la necesidad de la legalidad y del Estado de derecho, sin dejar de lado las relaciones reales de poder que influyen

⁶ Leticia Vita, *La legitimidad del derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar: Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller* (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2014), 199.

⁷ Pablo Bonorino y Jairo Peña Ayazo, *Filosofía del derecho* (Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006), 37.

⁸ Pedro Salazar, “Nota sobre democracia y constitución en la obra de Hans Kelsen”, *Isonomía*, n.º 28 (2008): 187-188, <http://isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/articulo/view/389/1376>.

⁹ Vita, *La legitimidad del derecho...*, 199.

¹⁰ Pablo E. Slavin, “El concepto de derecho y los derechos fundamentales”, en *La maquinaria del derecho en Iberoamérica: constitución, derechos fundamentales y administración*, ed. por Alberto del Real Alcalá (México: UNAM, 2016), 408-409, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4331/1.pdf>.

en la determinación de su contenido. Con ello, su visión de la democracia es sustancial, y se define más allá de los procedimientos, estableciendo en los principios un contenido para determinar la validez del derecho.

Hasta aquí, como ha quedado patente, los autores mencionados mantienen un compromiso con el Estado de derecho y la democracia liberal. Consideran la necesidad de establecer un sistema jurídico que garantice los procedimientos para la validez del derecho en concordancia con ciertas reglas y principios. En Kelsen, el ordenamiento jurídico pretende estar exento de valoraciones externas que obstaculicen su desarrollo metodológico, mas dichas reglas no se vinculan realmente con un compromiso con contenidos específicos que permitan la protección de derechos, mientras que para Heller, quien se acerca más a una visión pospositivista, la necesidad de integrar ciertos principios que supongan un contenido sustancial de las normas resulta tan importante como ajustarse al marco procedimental de creación de las mismas. De ahí que, con el paso del tiempo, se transitó de un Estado de derecho mínimo a modalidades cada vez más garantes de principios, como la democracia, los derechos fundamentales y la justicia social.¹¹

Pero, aunque las autocracias son maquinarias políticas, implacables y resistentes, que funcionan con el combustible de la arbitrariedad, sus hacedores, valedores y usufructuarios insisten en dotarse de leyes y retóricas aparentemente democráticas, para fines de propaganda y legitimación, así como por imperativos de funcionamiento administrativo y resolución de conflictos. Ciertos intelectuales, filotiránicos, sostienen a menudo semejante ficción. Por eso, resulta valioso volver a las ideas de uno de los pensadores que, de modo más descarnado, ofreció, en el contexto de Weimar, aval teórico y político al despotismo contemporáneo. Se trata de Carl Schmitt (1888-1985),¹² cuyo pensamiento y obra representan una de las bases teóricas más importantes para el entendimiento de la legitimidad del derecho y del Estado durante el siglo pasado y hasta el presente,¹³ así como la defensa intelectual de los regímenes antiliberales.

¹¹ Para una valoración y marco político-jurídico del pensamiento kelseniano, véase Vita, *La legitimidad del derecho...*, y Lorenzo Córdova, *Derecho y poder: Kelsen y Schmitt frente a frente* (México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas/Fondo de Cultura Económica, 2009).

¹² En *La dictadura*, así como en textos más breves, como “El concepto de lo político”, “El Führer defiende el derecho” y “El giro hacia el Estado totalitario”, Carl Schmitt plantea algunas de las ideas medulares de su pensamiento filotiránico. Para evaluaciones más recientes de su obra, recomienda William E. Scheuerman, *The End of Law. Carl Schmitt in the Twenty-First Century* (London/New York: Rowman & Littlefield International, 2020), y William Rasch, *Carl Schmitt State and Society* (London: Rowman & Littlefield International, 2019).

¹³ Para un acercamiento panorámico a las principales ideas y contexto político de Schmitt, véase Carl Schmitt, *La dictadura* (Madrid: Alianza Editorial, 2013); Héctor O. Aguilar, comp., *Carl Schmitt. Teólogo de la política* (México: Fondo de Cultura Económica, 2001); Vita, *La legitimidad del derecho...*, y Córdova, *Derecho y poder...*

Desde la acera contrapuesta a Kelsen y Heller, Schmitt concibe que el derecho y su legitimidad se entienden en un contrasentido de los principios del Estado de derecho y de la primacía de la ley y la constitución. Su concepción del derecho, marcadamente contrapuesta al positivismo normativista de su contemporáneo Hans Kelsen, se caracteriza por una visión que enfatiza la sociología jurídica, y condiciona la validez y la efectividad del derecho en el momento de su realización: la decisión. De ahí que la constitución y la legislación se encuentran supeditadas y validadas por la voluntad y por los mandatos concretos de quien detenta el poder. La constitución, para él, no es ningún contrato ni ningún compromiso, es una decisión política positiva establecida mediante un acto unilateral.¹⁴ El orden jurídico es tanto norma como decisión, pero esta última tiene un valor particularmente importante, pues la voluntad política constituye el fundamento de validez de la constitución. Como puede apreciarse, la concepción schmittiana del derecho se caracteriza por poner énfasis en la decisión positivadora frente a la norma impersonal y por resaltar la excepción, como el momento en el que se hace visible el elemento propiamente jurídico. El derecho, entonces, existe por la voluntad de la autoridad, ya sea una persona o una asamblea, y el soberano lo es, porque decide sobre el caso crítico.¹⁵

La teoría política de Schmitt se concentró en el desarrollo de una crítica a los postulados del liberalismo político, al cual calificó de apolítico, ceñido a la normatividad formal e ignorante de la decisión política, y sustentado en una institución caduca, envejecida e inconcebible: el parlamento, cuyo principal vicio –advertía el autor alemán– fue servir de obstáculo a la democracia, encaminándola a una crisis, y de lo cual parte un postulado controversial: es posible pensar una democracia sin liberalismo. La democracia schmittiana, con base en lo anterior, se caracteriza por el rechazo al parlamento, a la deliberación y la negociación, a los supuestos de la igualdad formal y a los derechos liberales consagrados en la constitución. La democracia, para Schmitt, no es sinónimo de liberalismo, de ahí que la dictadura no constituye un modelo incompatible con aquella.¹⁶

Schmitt concibe al Estado como un leviatán dedicado al mantenimiento de la paz dentro del territorio nacional y a la defensa de su integridad frente a otros competidores globales. En tanto proyecto de *Estado total*, dicha concepción estadocéntrica del orden político tiene su horizonte en el incremento de capacidades materiales y organizativas del Estado, así como en su creciente interpenetración con la sociedad, procesos ambos acaecidos en el paso del siglo XIX al XX. Aceptado con reservas por el régimen nazi por sus tempranas críticas y su oportunismo político, ajeno a cualquier lealtad ideológica o afinidad espiritual, Schmitt aportó

¹⁴ Carmelo Jiménez, “El poder judicial y la defensa de la constitución en Carl Schmitt”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 161 (2013): 56, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4461337>.

¹⁵ Vita, *La legitimidad del derecho...*, 124 y 127.

¹⁶ Vita, *La legitimidad del derecho...*, 128-133.

una visión brutalmente diáfana del fenómeno dictatorial. Tras diferenciar a las dictaduras modernas de su antecesora latina, Schmitt fue capaz de reconocer en aquellas una necesidad y vocación irrestrictas de poder, mismas que consagran la decisión del autócrata por encima de cualquier consideración basada en la ley, y convierten dicho poder arbitrario en fuente y garante del orden establecido.

En tiempos como los actuales, donde tanta gente descree, de modo abierto o velado, de la eficacia y legitimidad de la democracia liberal, la promesa schmittiana resuena con un vigor amenazante y terrible. Al reconocer la política como relación antagonista fundada en la lógica *amigo-enemigo*, el jurista alemán presenta al Estado como unidad política indivisible, dotada de una vocación irrestricta de poder. Su misión no puede, según el autor, ser constreñida por deliberaciones parlamentarias o formalismos legales. La clase discutidora, decía Schmitt, atenta contra la vitalidad política de la nación. Por ello, el dictador debe comandar el Estado, detentando el monopolio ejecutivo y la potestad legislativa, consagrando y consiguiendo la realización y efectividad de la ley, bajo el peso de la decisión. Al respecto, en su famosa *Teología política*, señala lo siguiente: “La excepción es más interesante que la regla. La regla no prueba nada; la excepción lo demuestra todo. En la excepción, el poder de la vida real rompe la corteza de un mecanismo que se ha vuelto torpe por la repetición”.¹⁷

El schmittiano es un pensamiento desnudo de las consideraciones éticas, jurídicas y políticas de la lógica republicana y el Estado social y democrático de derecho, pero cónsono con tendencias políticas del mundo actual, pues, bajo los mismos cargos de nuestros populistas y autócratas contemporáneos, Schmitt cuestiona a la democracia liberal en sus componentes de división de poderes, oposición política y modelo parlamentario. La denuncia por provocar, supuestamente, la desunión nacional, favorecer a los enemigos del Estado y servir de vehículo para particularismos egoístas, argumentos semejantes a los expuestos hoy por numerosos políticos, intelectuales y ciudadanos, en sus disímiles variantes ideológicas y enclaves geográficos.

Sin embargo, la argumentación detrás de semejante apuesta autoritaria es cualquier cosa menos burda. La relación entre poder constituyente y poder constituido, presente en la obra schmittiana, problematiza la naturaleza del sujeto político colectivo, titular de la soberanía moderna. En ese sentido, Schmitt nos recuerda que la noción de poder constituyente –hija de la Ilustración– establece que todos los poderes existentes están sometidos a la constitución, cuyo titular es el pueblo. Esta condición no puede ser modificada de forma arbitraria por ninguno de los órganos políticos, a los que aquella fundamenta, regula y delimita. Hasta aquí, una justificación formalmente democrática de las fuentes y el ejercicio del poder.

No obstante, postula Schmitt, la *coacción externa*, la *agitación general* y el *desorden* pueden afectar la voluntad libre y el ejercicio del poder constituyente del pueblo, procediendo el Estado a eliminar esos impedimentos. Aparece, entonces, una

¹⁷ Carl Schmitt, *Teología política* (Buenos Aires: Struhart, 2005), 33.

legitimación para la imposición del despotismo, con ropaje constitucional. Bajo esa forma, el pueblo realmente existente, socialmente diverso y políticamente plural, es sustituido por una versión homogénea, masificada, unanimista y desempoderada de comunidad y de democracia,¹⁸ y despojado de todo poder autónomo respecto al Estado.

Dado que su pensamiento se enfoca primordialmente en lo excepcional, el Estado de derecho aparece como un obstáculo, que al tratar de regular de manera absoluta el estado de excepción, desplaza el lugar del pueblo, representado por una autoridad portadora del poder supremo, y lo pone en manos del ordenamiento jurídico, con lo cual se atenta contra la igualdad sustancial, por lo que es necesario dismantelarlo. En este sentido, la división de poderes o el control judicial de los actos del Gobierno o del legislativo resultan figuras prescindibles.

2. Otra política, otra ley

En las autocracias, la existencia y práctica del derecho no es un elemento que se deseché del todo. El derecho asume una forma muy similar a las prácticas de Estados liberales, la cual es utilizada para legitimar y sostener las prácticas autoritarias.¹⁹ Las autocracias insisten en dotarse de ciertos cuerpos de leyes para apoyar su poder concentrado. Los populismos, si bien no pueden suprimir *de jure* el Estado de derecho, sin mutar abiertamente a autocracias, lo vulneran *de facto*, de modo sistemático y variable.

Ginsburg y Moustafa identifican cinco funciones principales de la ley en los Estados autocráticos: a) establecer el control social y marginar a los opositores; b) reforzar la pretensión de legitimidad “legal”; c) fortalecer el cumplimiento administrativo dentro de la propia maquinaria burocrática, resolviendo problemas de coordinación entre las facciones; d) facilitar el comercio y la inversión, y e) aplicar políticas que otorgan cierta distancia política de los núcleos centrales del régimen.²⁰ Dentro de este paisaje de legalismo autocrático se incluye la más soberana de todas las normas: la constitución.

La dictadura –*comisaria* primero, *soberana* después– se convierte para Schmitt en locus del poder.²¹ La masa, indivisa y aclamante, deviene su legitimadora. Y el

¹⁸ Carl Schmitt, *Sobre el parlamentarismo* (Madrid: Tecnos, 1990).

¹⁹ Roberto Niembro, “Desenmascarando el constitucionalismo autoritario”, en *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, coord. por Roberto Gargarella y Roberto Niembro (México: UNAM, 2016), 245, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4257/10.pdf>.

²⁰ Tom Ginsburg y Tamir Moustafa, eds., *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes* (Cambridge: University Press, 2008).

²¹ Según Schmitt, “en tanto que la dictadura comisaria es autorizada por un órgano constituido y tiene un título en la constitución existente, la dictadura soberana se deriva

dictador se erige como conductor y garante. La decisión, en manos del autócrata, constituye para Schmitt la prueba de validez de la norma. En relación con semejante lectura (y utilización) autocrática del derecho, expresó: “El auténtico líder siempre es también juez. De su capacidad de líder deriva su capacidad de juez. Quien pretende separar ambas capacidades o incluso oponerlas entre sí convierte al juez en líder opositor o en instrumento del mismo y busca desquiciar al Estado con la ayuda de la justicia”.²² Así, la concentración de las prerrogativas ejecutivas, legislativas y judiciales en manos de los autócratas de La Habana y Caracas, así como las pretensiones del liderazgo populista mexicano expresan una fusión de los roles políticos y jurídicos afines a la perspectiva schmittiana.

Hablar de un constitucionalismo autocrático supone ir más allá de lo escrito en el papel, reconociendo una serie de principios rectores de la vida social y política. Entre ellos, la proclamación de valores supremos –como la construcción del comunismo o la justicia social–, que trascienden los valores y las preferencias individuales autónomas y subordinan a aquellos cualquier lealtad a persona, idea u organización. Dicho constitucionalismo suprime toda separación de poderes, siendo el máximo liderazgo fuente exclusiva de aprobación y reinterpretación arbitraria de la ley.²³ Y establece sanciones severas –en el código penal y en otras normas, a veces no escritas– frente a cualquier transgresión de aquella.²⁴ Revítese las ideas plasmadas en el ordenamiento legal cubano, incluida su “nueva” Constitución,²⁵ así como en la fragmentada producción legislativa emanada de la Asamblea Constituyente venezolana.²⁶

Desde luego que el constitucionalismo autocrático también puede adoptar formas más sutiles, donde la constitución con contenido liberal-democrático es utilizada para sostener un discurso constitucionalista que sirve para legitimar y sostener sistemas con prácticas autoritarias. Se advierte, entonces, una perversión de la constitución, la cual se configura en un recurso discursivo que sirve de base para la legitimidad de su acción, pero los gobernantes no asumen un compromiso real con la limitación

solamente *quoad exercitium* y de una manera inmediata del *pouvoir constituant* informe [...] El dictador comisarial es el comisario de acción incondicionado de un *pouvoir constitué*; la dictadura soberana es la comisión de acción incondicionada de un *pouvoir constituant*” [Carl Schmitt, *La dictadura* (Madrid: Revista de Occidente, 1968), 193].

²² Carl Schmitt, “El Führer defiende el derecho”, *Teología política* (México, D. F.: FCE, 2001), 114-118.

²³ Mark Tushnet, “Authoritarian constitutionalism”, *Cornell Law Review* 100, n.º 2 (2015), <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol100/iss2/3>.

²⁴ Peter Bernholz, “The Constitution of Totalitarianism”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 147, n.º 47 (1991).

²⁵ Chaguaceda y Viera Cañive, “El destino de Sísifo. Régimen político y nueva Constitución en Cuba”.

²⁶ Oscar Schlenker, “Ley antibloqueo en Venezuela profundizaría el autoritarismo de Maduro”, *Deutsche Welle*, 2 de octubre de 2020, <https://p.dw.com/p/3jM35>.

del poder, ni con el empoderamiento de los sin poder.²⁷ El caso latinoamericano es paradigmático, en tanto muchas de las constituciones de la región han pasado por serios procesos de reforma que han incluido, entre muchas cosas, la ampliación del catálogo de derechos humanos reconocidos en su texto, mecanismos de combate a la corrupción y rendición de cuentas, reformas judiciales y en materia penal, bajo criterios más garantistas y apegados a los derechos humanos, entre otros. Sin embargo, y sin dejar de lado lo relevante de estas reformas, ha de señalarse que muchos de estos cambios no han ido de la mano de reformas en la “sala de máquinas” de la constitución, lo que ha llevado a mantener estructuras de poder desbalanceadas, y vicios en los mecanismos de pesos y contrapesos.²⁸

En el caso mexicano se pueden advertir situaciones relacionadas con esta tendencia en el marco de la denominada Cuarta Transformación.²⁹ La lógica schmittiana tiene nexos con la idea de un populismo constitucional,³⁰ como horizonte de transformación del orden vigente por parte del actual gobierno. Si atendemos las acciones e invocaciones desde el oficialismo para modificar, vía reformas, acciones u omisiones, lo establecido en el orden constitucional nacional, ambos elementos –la lógica decisionista de matriz schmittiana y el populismo constitucional– están presentes.

Sobre todo, porque a partir del triunfo electoral del partido político Movimiento de Regeneración Nacional (Morena), la ambivalencia entre constitucionalismo real y nominal parece entrar en tensión de manera constante. Ya sea por el informe presidencial matutino que se asume desde un discurso de garantía de acceso a la información para la población, cuando en realidad existe una tendencia a la desinformación y la propaganda; o a través de un marcado proceso de militarización del país, que aprovecha un discurso que justifica la incursión de la milicia en actividades civiles bajo la justificación del combate a la corrupción y el crimen organizado. Más recientemente, han sido visibles tendencias a alterar los equilibrios de poderes y

²⁷ Niembro, “Desenmascarando el constitucionalismo autoritario”, 250-251.

²⁸ Roberto Gargarella, “Sobre el nuevo constitucionalismo Latinoamericano”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política* 27, n.º 1 (2018): 109-129, <http://dx.doi.org/10.26851/rucp.27.5>.

²⁹ Armando Chaguaceda y Demián León, “México: cambio político y democracia delegativa”, en *El México de la 4T: entre el gobierno de los hombres y la administración de las cosas*, coord. por Johanna Cilano y Ramiro Daniel Sánchez (Buenos Aires: Gapac Gobierno y Análisis Político A. C. Transparencia Electoral, 2020), 15-46. También Carlos Illades, *Vuelta a la izquierda. La cuarta transformación en México: del despotismo oligárquico a la tiranía de la mayoría* (México: Océano, 2020).

³⁰ Ana Micaela Alterio, “El constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales”, en *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, coord. por Roberto Gargarella y Roberto Niembro (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM/Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016), 63-94.

mandatos específicos de titulares, bajo una concepción revolucionaria de la justicia, explícitamente opuesta al derecho.³¹

Es Schmitt quien mejor da cuenta del modo de concebir, estructurar y ejercer la relación entre ley y poder, entre derecho y política, bajo este tipo de regímenes. Schmitt reconoce la política como una relación antagonista fundada en la lógica *amigo-enemigo*; comprende al Estado como una unidad política soberana, no dividida entre poderes contrapesados ni atrapada por deliberaciones parlamentarias; privilegia la realización y efectividad del derecho, definiendo a la decisión como prueba de validez de la norma; y confiere al dictador el monopolio de la decisión y la potestad legislativa suprema. Así, describe, mejor que en los textos de sus pares de la izquierda radical, aquellos elementos organizativos y los modos de acción que caracterizan el ejercicio del poder autocrático de matriz izquierdista.

3. La impronta autoritaria

Ajeno a la retórica humanista –de inspiración marxista– que subyacía al discurso leninista, el jurista alemán presenta el poder de las dictaduras modernas libre de consideraciones éticas, jurídicas y políticas afines a los criterios de la democracia, la lógica republicana y el Estado de derecho. En ese sentido, al analizar (y defender) un camino autocrático para la constitución y el ejercicio del poder en regímenes totalitarios, la obra de Schmitt se convierte en un mapa más confiable para entender la realidad de aquellos, a diferencia de la narrativa oficial del Estado de tipo nazi o soviético. Esta idoneidad explicativa remite a los contenidos antiliberales de derecha e izquierda, persistentes tanto en el pensamiento político de la Guerra Fría como en la actualidad, lo que alcanza incluso a sofisticados intelectuales del posmarxismo, el posestructuralismo y las corrientes más actuales del llamado derecho crítico.³²

En relación con lo anterior, debemos recordar que Schmitt reconoció la capacidad del llamado marxismo-leninismo, asumido como doctrina y estrategia política para plantear rutas expeditas para la conquista y el sostenimiento del poder estatal,³³ incluyendo en ese trance el tratamiento al enemigo. En primer lugar, comprendió que

³¹ Raúl Trejo Delarbre, “Justicia en la era del chicharronismo”, *La Crónica Diaria* S. A. de C. V., 26 abril 2021, acceso el 28 de abril de 2021, https://www.cronica.com.mx/notas-justicia_en_la_era_del_chicharronismo-1184841-2021%20y%20https://www.msn.com/es-mx/noticias/opinion/jesus-silva-herzog-.

³² Al respecto, véase William E. Scheuerman, *The End of Law. Carl Schmitt in the Twenty-First Century* (London/New York: Rowman & Littlefield International, 2020), y Jan Werner-Muller, *A Dangerous Mind: Carl Schmitt in Post-War European Thought* (New Haven: Yale University Press, 2003).

³³ Para este intelectual alemán, “al marxismo, para el que el titular de todo acontecer político efectivo no es un individuo, sino una clase, no le era difícil hacer del proletariado, en cuanto conjunto colectivo, un sujeto propiamente actuante y, por tanto, sujeto de una dictadura” (Carl Schmitt, *La dictadura*, 22-23).

desde aquella doctrina nacía un tipo nuevo de dictadura, decididamente distinta al dominio temporal o permanente de un autócrata tradicional. Al respecto reconoció:

...donde, como en la literatura comunista, se llama dictadura no solo al ordenamiento político combatido, sino también a la propia dominación política ambicionada, se introduce en la esencia del concepto un cambio más amplio. Al Estado propio se le llama dictadura en su conjunto, porque significa un instrumento de transición, que efectúa él, a una situación justa, pero su justificación descansa en una norma que ya no es meramente política ni jurídico-constitucional positiva, sino filosófico-histórica.³⁴

La perspectiva schmittiana sobre el derecho sostiene que el acto y momento de la decisión, en manos del líder, dan sentido y validez a esta, y que frente a tal ejercicio no cabe invocar formalidades liberales ni tolerar lo que llama *reivindicaciones de criminales*. Lógica que, trasladada a los regímenes autocráticos, se traduce en la deshumanización del disidente, presentado como delincuente común y no como preso de conciencia; la manipulación de la justicia, con la creación de falsas pruebas, víctimas y testigos, para inculparlo; así como la negativa a las más elementales garantías para su defensa: oportuna asesoría legal, acceso pleno al expediente por parte del abogado, privacidad en diálogos con el acusado.

En relación con semejante lectura (y utilización) autocrática del derecho, en “El Führer defiende el derecho” expresó:

El auténtico líder siempre es también juez. De su capacidad de líder deriva su capacidad de juez. Quien pretende separar ambas capacidades o incluso oponerlas entre sí convierte al juez en líder opositor o en instrumento del mismo y busca desquiciar al Estado con la ayuda de la justicia. Se trata de un método aplicado con frecuencia no sólo para destruir el Estado sino también el derecho.³⁵

Todo atisbo de frenos y contrapesos institucionales, legales o sociales desaparece detrás de semejante invocación del decisionismo personalista.

La iniciativa legislativa en Cuba ha estado en manos de la dirigencia del país, particularmente de Fidel Castro en su medio siglo de mandato; este liderazgo y sus acciones han sido discursivamente asimilados con la noción atemporal y teleológica de *la Revolución*, reconocida como “fuente de derecho” por constitucionalistas oficiales cubanos; y, además, ha predominado la aprobación de decretos leyes por parte del Consejo de Estado por encima de las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional. Si se revisan estos hechos, no es difícil reconocer que la lógica jurídica schmittiana,

³⁴ Schmitt, *La dictadura*, 25.

³⁵ Schmitt, *Teología política*, 114.

afín a la matriz soviética, goza de buena salud en el orden cubano.³⁶ Similar lógica ha animado a Nicolás Maduro, bajo la autorización espuria de la Asamblea Nacional Constituyente, para aprobar, de modo inconstitucional, diversas políticas económicas, extensiones de prerrogativas presidenciales y restricciones a las potestades del Parlamento dirigido por la oposición. Por su parte, y con diferencias relativas a la naturaleza (aún dentro de las fronteras democráticas) del régimen político vigente, en México observamos un estilo populista,³⁷ que apela cada vez más a la voluntad presidencial como fuente de derecho, incluso por encima de la Constitución y de los mecanismos de control constitucional. Esto queda patente en casos como la Ley de la Industria Eléctrica³⁸ o la consulta para juzgar expresidentes, esta última sumamente controvertida por el fallo emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.³⁹

En esa forma de orden político, el pueblo realmente existente, socialmente diverso y políticamente plural, es despojado de todo poder autónomo respecto al Estado y sustituido por una versión desempoderada de aquel. Es difícil no encontrar coherencia entre esta visión y las narrativas de las dirigencias cubana, venezolana y mexicana, que siguen sosteniendo, con matices en cada caso, la idea de una *soberanía nacional* administrada por el Estado, en los terrenos de la política, la cultura y la economía, como frontera al ejercicio de derechos de sus connacionales.

Para los casos cubano o venezolano, el pueblo invocado por la narrativa oficial (inserta en las constituciones) y claramente corporeizado en las instancias de encuadre, movilización y participación estatales (circunscripciones electorales, consejos populares o comunales, asambleas municipales, provinciales y nacional) del llamado

³⁶ Julio Fernández Bulté, “Tras las pistas de la revolución en 40 años de derecho”, *Revista Temas. Cultura, Ideología y Sociedad* (1998-1999): 2.

³⁷ Luis Antonio Espino, *López Obrador. El poder del discurso populista* (México: Océano/ Turner, 2021).

³⁸ Ante el afán hiperreformista de la actual administración, ciudadanos, colegios y barras de abogados, activistas y organizaciones de la sociedad civil han entablado acciones legales en contra de reformas consideradas regresivas o violatorias de derechos humanos. En este sentido, y con relación a la reforma a la Ley de la Industria Eléctrica, el presidente López Obrador señaló que si las reformas planteadas eran declaradas inconstitucionales propondría una reforma de la carta magna. A esto se ha sumado la estigmatización y criminalización de los juzgadores que otorgan medidas de suspensión en los juicios de amparo interpuestos (Forbes Staff, “Si reforma eléctrica es inconstitucional, cambiamos la Constitución: AMLO”, *Forbes*, 17 de marzo de 2021, <https://www.forbes.com.mx/reforma-electrica-inconstitucional-cambiamos-constitucion-amlo/>).

³⁹ La polémica giró en torno a la Consulta Popular planteada por el presidente de México respecto del juzgamiento de expresidentes. Pese a los argumentos de un sector importante de la comunidad jurídica y académica del país respecto de la inconstitucionalidad de la consulta (sobre todo por someter los deberes de investigación, persecución y sanción de los hechos delictivos a un mandato popular), el máximo tribunal decidió declarar su constitucionalidad (Elías Camhaji, “La Suprema Corte declara constitucional la consulta de López Obrador para juzgar a los expresidentes”, *El País*, 1 octubre 2020, <https://elpais.com/mexico/2020-10-01/la-suprema-corte-declara-constitucional-la-consulta-de-lopez-obrador-para-juzgar-a-los-expresidentes.html>).

Poder Popular, no es la comunidad de ciudadanos activos y autónomos del modelo republicano. El pueblo oficial es ese ente aclamante y unitario que, en puntuales momentos y en ausencia de adecuadas mediaciones institucionales y mecanismos efectivos de deliberación y rendición de cuenta, legítima *ex post* las decisiones del líder. Por su parte, desde el populismo gobernante en México se asume una lógica que poco a poco desempodera a la sociedad civil y remite a una supuesta toma de decisiones del pueblo mediante mecanismos de democracia directa, principalmente en casos marcadamente complejos, como los derechos sexuales y reproductivos; o cuando existe una tendencia hacia la manipulación del resultado, como en el caso del Tren Maya, en los que se dejan de lado los estándares internacionales sobre participación y se asume que los resultados de esos procesos son legítimos.

Ello supone la idea de una *pseudodemocracia plebiscitaria o refrendaria*, no auténticamente participativa, representativa ni deliberativa, en la que la voluntad del pueblo, políticamente homogéneo, excluyente de la diversidad y anulador de los enemigos internos, se ve reflejada en la decisión del líder, con quien supuestamente comparte objetivos y valores. Dicha idea toma la forma de una supuesta *democracia popular y participativa*, enfrentada a la *liberal-burguesa y representativa*, que aparece en los textos e intervenciones de políticos y académicos oficiales de Cuba,⁴⁰ Venezuela⁴¹ y, en menor medida, México.⁴²

Democracia *otra* concretada en Cuba en varios momentos (primera, 1960, y segunda, 1962, Declaraciones de La Habana; reforma constitucional, 2002, para la *irrevocabilidad del socialismo*), cuando el pueblo fue convocado, en plazas o en las comunidades, para avalar masivamente las decisiones del liderazgo revolucionario. En Venezuela asume la forma de convocatorias ilegales (dado el marco republicano, democrático y liberal aún formalmente vigente de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) a elecciones parlamentarias y presidenciales, cuando no a la composición de instancias supuestamente deliberativas y refundacionales, desde la Asamblea Nacional Constituyente hasta las estructuras del Polo Patriótico y el Poder Comunal. Y en México anima la realización de consultas ciudadanas, el asedio a los órganos autónomos y la sociedad civil, el alineamiento de la mayoría legislativa y la militancia de representantes del poder judicial, todos en sintonía con los objetivos y visión del Ejecutivo.

⁴⁰ “Responderán dudas y sugerencias sobre proyectos de leyes en Cuba”, *Radio Ciudad de La Habana*, 23 de octubre de 2020, <https://www.radiociudadhabana.icrt.cu/2020/10/23/responderan-dudas-y-sugerencias-sobre-proyectos-de-leyes-en-cuba/>.

⁴¹ Al respecto, véase <https://www.prensa-latina.cu/index.php?o=rn&id=405917&SEO=c omicios-venezolanos-son-constitucionales-asegura-jurista>.

⁴² Diputadas y diputados de Morena, LXIV Legislatura, “Diputados de Morena trabajan por una auténtica democracia”, 27 de enero de 2021, <https://diputadosmorena.org.mx/diputados-de-morena-trabajan-por-una-autentica-democracia/>.

Conclusiones

Cierta inspiración schmittiana, de estirpe iliberal, anima los modelos de gobernanza autocrática de Cuba, Venezuela y, en menor medida, el estilo populista del actual gobierno de México. En su devenir concreto, a partir de agendas y acciones políticas, tal inspiración ideológica y estilo de actuación dan cuenta de una superposición y mixtura entre dos modos no democráticos de concebir el nexo entre ley y poder, entre Estado y derecho. En ese sentido, el enfoque de poder concentrado y decisionista de Schmitt resulta crudamente honesto respecto a la mistificada democracia participativa del discurso oficial cubano, venezolano o mexicano, aunque en la práctica coincida con la concepción autoritaria y personalista del ejercicio del poder en estas naciones. Asimismo, su visión de un soberanismo estatista concentrado en la figura del liderazgo político reduce el derecho a mero instrumento del poder. Ciertamente, la amenaza es más grave allí donde se ha derruido por completo el andamiaje político-jurídico de la democracia liberal (en Cuba y Venezuela, así como en el caso nicaragüense); pero las alarmas saltan donde, dentro del marco formalmente democrático, liderazgos y estilos populistas erosionan sistemáticamente las instituciones y los derechos de aquella, como sucede en el caso mexicano.

Conviene pues volver al legado de Carl Schmitt para analizar las falencias, los aciertos y las limitaciones de sus ideas para entender, a través de su prosa, el verdadero rostro de las nuevas formas de despotismo, autoritarismo y populismo que hoy se ejercen, paradójicamente, el *nombre del pueblo*. También conviene considerar si la lectura schmittiana puede operar como alternativa política en aquellos rincones del orbe donde aún no han sucumbido las repúblicas liberales de masas. Al fin de cuentas, en nuestro bestiario político contemporáneo se están reproduciendo de modo veloz y (no tan) velado los schmittianos de barricada y clóset. Valdría la pena poder avistarlos, comprenderlos y combatirlos, mientras haya tiempo.

Bibliografía

- AGUILAR, Héctor O., comp. *Carl Schmitt. Teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- ALTERIO, Ana Micaela. "El constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales". En *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, coordinado por Roberto GARGARELLA y Roberto NIEMBRO, 63-94. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM/Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.
- BERNHOLZ, Peter. "The Constitution of Totalitarianism". *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 147, n.º 47 (1991): 425-440.
- BONORINO, Pablo y Jairo PEÑA AYAZO. *Filosofía del derecho*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006.

- CAMHAJI, Elías. “La Suprema Corte declara constitucional la consulta de López Obrador para juzgar a los expresidentes”. *El País*, 1 octubre 2020. <https://elpais.com/mexico/2020-10-01/la-suprema-corte-declara-constitucional-la-consulta-de-lopez-obrador-para-juzgar-a-los-expresidentes.html>.
- CASSANI, Andrea y Luca TOMINI. *Autocratization in post-Cold War Political Regimes*. Milano: Palgrave Macmillian, 2019.
- CHAGUACEDA, Armando y Demián LEÓN. “México: cambio político y democracia delegativa”. En *El México de la 4T: entre el gobierno de los hombres y la administración de las cosas*, coordinado por Johanna CILANO y Ramiro Daniel SÁNCHEZ, 15-46. Buenos Aires: Gapac Gobierno y Análisis Político A.C. Transparencia Electoral, 2020.
- CHAGUACEDA, Armando y Eloy VIERA CAÑIVE. “El destino de Sísifo. Régimen político y nueva Constitución en Cuba”. *Polis Revista Latinoamericana* 20, n.º 58 (2021): 58-77. <http://dx.doi.org/10.32735/So718-6568/2021-N58-1578>.
- CHAGUACEDA, Armando. “Tout pour le peuple, rien par le peuple: una crítica al populismo de Chantal Mouffe”. *Perfiles Latinoamericanos* 29, n.º 57 (2021): 363-384. <https://perfilesla.flacso.edu.mx/index.php/perfilesla/article/view/13501>.
- CÓRDOVA, Lorenzo. *Derecho y poder: Kelsen y Schmitt frente a frente*. México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas/Fondo de Cultura Económica, 2009.
- DIAMOND, Larry, Marc F. PLATTNER and Christopher WALKER, eds. *Authoritarianism goes global. The challenge to democracy*. Baltimore: Johns Hopkins and National Endowment for Democracy, 2016.
- DIPUTADAS Y DIPUTADOS DE MORENA, LXIV Legislatura. “Diputados de Morena trabajan por una auténtica democracia”. <https://diputadosmorena.org.mx/diputados-de-morena-trabajan-por-una-autentica-democracia/>.
- ESPINO, Luis Antonio. *López Obrador. El poder del discurso populista*. México: Océano/Turner, 2021.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio. “Tras las pistas de la Revolución en 40 años de derecho”. *Revista Temas. Cultura, Ideología y Sociedad* (1998-1999): 2.
- FORBES STAFF. “Si reforma eléctrica es inconstitucional, cambiamos la Constitución: AMLO”. *Forbes*, 17 de marzo de 2021. <https://www.forbes.com.mx/reforma-electrica-inconstitucional-cambiamos-constitucion-amlo/>.
- GARGARELLA, Roberto. “Sobre el nuevo constitucionalismo Latinoamericano”. *Revista Uruguaya de Ciencia Política* 27, n.º 1 (2018): 109-129. <http://dx.doi.org/10.26851/rucp.27.5>.
- GINSBURG, Tom y Tamir MOUSTAFA, eds. *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. Cambridge: University Press, 2008.
- ILLADES, Carlos. *Vuelta a la izquierda. La cuarta transformación en México: del despotismo oligárquico a la tiranía de la mayoría*. México: Océano, 2020.
- JIMÉNEZ, Carmelo. “El poder judicial y la defensa de la constitución en Carl Schmitt”. *Revista de Estudios Políticos*, n.º 161 (2013): 41-67. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4461337>.

- LARUELLE, Marlene. "Illiberalism: A Conceptual Introduction". Illiberalism Studies Program, George Washington University, April 12, 2021.
- LESGART, Cecilia. "Autoritarismo. Historia y problemas de un concepto contemporáneo fundamental". *Perfiles Latinoamericanos* 28, n.º 55 (2020): 349-372.
- NIEMBRO, Roberto. "Desenmascarando el constitucionalismo autoritario". En *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, coordinado por Roberto GARGARELLA y Roberto NIEMBRO, 223-264. México: UNAM, 2016. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4257/10.pdf>.
- "Responderán dudas y sugerencias sobre proyectos de leyes en Cuba". Radio Ciudad de La Habana, 23 de octubre de 2020. <https://www.radiociudadhabana.icrt.cu/2020/10/23/responderan-dudas-y-sugerencias-sobre-proyectos-de-leyes-en-cuba/>.
- SALAZAR, Pedro. "Nota sobre democracia y constitución en la obra de Hans Kelsen". *Isonomía*, n.º 28 (2008): 187-197. <http://isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/389/1376>.
- SCHLENKER, Oscar. "Ley antibloqueo en Venezuela profundizaría el autoritarismo de Maduro". *Deutsche Welle*, 2 octubre 2020. <https://p.dw.com/p/3jM35>.
- SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Madrid: Revista de Occidente, 1968.
- SCHMITT, Carl. *Sobre el parlamentarismo*. Madrid: Tecnos, 1990.
- SCHMITT, Carl. *Teología política*. Buenos Aires: Struhart, 2005.
- SCHMITT, Carl. *La dictadura*, Madrid: Alianza Editorial, 2013.
- SLAVIN, Pablo E. "El concepto de derecho y los derechos fundamentales". En *La maquinaria del derecho en Iberoamérica: constitución, derechos fundamentales y administración*, editado por Alberto DEL REAL ALCALÁ, 423-434. México: UNAM, 2016. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4331/1.pdf>.
- TREJO DELARBRE, Raúl. "Justicia en la era del chicharronismo". *La Crónica Diaria* S. A. de C. V., 26 abril 2021. https://www.cronica.com.mx/notas-justicia_en_la_era_del_chicharronismo-1184841-2021%20y%20. <https://www.msn.com/es-mx/noticias/opinion/jesus-silva-herzog-transgrediendo-la-constituci%C3%B3n-se-prolonga-mandato-de-sald%C3%ADvar/vi-BB1g5RZm>.
- TUSHNET, Mark. "Authoritarian constitutionalism". *Cornell Law Review* 100, n.º 2 (2015): 393-461. <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol100/iss2/3>.
- VITA, Leticia. *La legitimidad del derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar: Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2014.

Eje 2. El constitucionalismo feminista o un derecho constitucional más inclusivo

- Edward J. Pérez (Venezuela)
María Fernanda Perico (Colombia)
La perspectiva de género como principio de interpretación del derecho interamericano
- Raquel Victoria Domínguez Padilla (Ecuador)
¿Igualdad para diversos? Problemas de la igualdad material frente a la diversidad
- Luísa Lacerda (Brasil)
Nina Pencak (Brasil)
O constitucionalismo feminista e a sua influência no Supremo Tribunal Federal do Brasil
- Camila Arias Trujillo (Ecuador)
Amalia Fernández Salvador (Ecuador)
Un análisis del constitucionalismo feminista ecuatoriano bajo el lente de las generaciones del feminismo jurídico
- Máriam Joaquim (Brasil)
Os discursos feministas à luz da teoria do poder-saber e da sua importância para uma leitura plural do Estado Democrático do Brasil
- Daniel Quintanilla Castro (México)
De la igualdad formal al juicio con perspectiva de género: una breve historia sobre la evolución del concepto de igualdad a partir de la reforma del artículo 4º, primer párrafo, de la Constitución mexicana
- Manuellita Hermes (Brasil)
Tahiana Vieira (Brasil)
Representación femenina en el Poder Judicial y en la Abogacía General del Estado de Brasil: tiempo, dinámica, constitución y transformación
- Wilson Engelmann (Brasil)
Hérica Cristina Paes Nascimento (Brasil)
Patrícia da Silveira Oliveira (Brasil)
A desigualdade de gênero frente às possibilidades e desafios trazidos pela Quarta Revolução Industrial
- Héctor Alberto Pérez Rivera (México)
Feminicidio: tipificación y atención.
Ejemplo de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho penal nacional

- Flávia Piovesan (Brasil)
Melina Girardi Fachin (Brasil)
Catarina Mendes Valente Ramos (Brasil)
A escolha da mulher latino-americana: comentários sobre
o aborto no contexto interamericano de defesa dos direitos humanos
- Tatiana Limas Córdoba (Colombia)
Daniela Camacho Vinuesa (Colombia)
Mujeres de paz: el papel de la mujer víctima de graves violaciones
de los derechos humanos en la construcción de memoria

Edward J. Pérez* (Venezuela)
María Fernanda Perico** (Colombia)

La perspectiva de género como principio de interpretación del derecho interamericano

RESUMEN

Hasta el momento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha abordado las situaciones de discriminación y violencia de género principalmente a partir de la aplicación de la Convención de Belém do Pará. Esto ha llevado a que se limite el análisis del daño ocasionado a una sola forma de violación de derechos humanos, lo que ha invisibilizado el sufrimiento de las víctimas y perpetuado el origen de las estructuras que mantienen las relaciones de poder entre géneros. Además, una revisión de la jurisprudencia reciente de la Corte IDH refleja la falta de claridad de criterios sobre cómo y cuándo se debe aplicar la perspectiva de género, lo cual ha dado lugar a poca consistencia y arbitrariedad en el uso de este enfoque. Por ello, resulta fundamental entender la perspectiva de género como un principio de interpretación obligatorio del *corpus juris* interamericano, cuya aplicación coherente resulta instrumental para alcanzar la igualdad en la región.

Palabras clave: género; discriminación; jurisprudencia interamericana.

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello; LL.M. en Derecho Internacional, Universidad de Cambridge. Asesor legal senior del Centro de Derechos Reproductivos. Fue abogado de la Secretaría de la Corte IDH. edward.jp@gmail.com / código orcid: 0000-0002-7842-2823.

** Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Universidad Nacional de Colombia; abogada, Universidad de los Andes. Asesora legal junior del Centro de Derechos Reproductivos. mf.perico10@gmail.com / código orcid: 0000-0002-4501-2414.

Las opiniones esbozadas son de entera responsabilidad de sus autores, y no reflejan necesariamente la posición del Centro de Derechos Reproductivos.

The gender perspective as a principle of interpretation of inter-American law

ABSTRACT

Until now, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) has addressed situations of gender discrimination and violence based mainly on the application of the Convention of Belém do Pará. This has limited the analysis of the harm caused to a single form of human rights violation, making the suffering of victims invisible and perpetuating the origin of the structures that maintain power relations between genders. Furthermore, a review of the recent jurisprudence of the IACtHR reflects the lack of clarity of criteria on how and when the gender perspective should be applied, which has generated arbitrariness and little consistency in the use of this approach. Therefore, it is essential to understand the gender perspective as a mandatory principle of interpretation of the inter-American *corpus juris*, whose coherent application will be instrumental in achieving equality in the region.

Keywords: gender; discrimination; interpretation.

Die Geschlechterperspektive als Auslegungsgrundsatz des interamerikanischen Rechts

ZUSAMMENFASSUNG

Bisher stützt sich der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte (IAGMR) bei Fragen der geschlechtsspezifischen Diskriminierung und Gewalt vor allem auf die Konvention von Belém do Pará. Dies hat dazu geführt, dass die Analyse des zugefügten Schadens auf eine Form von Menschenrechtsverletzung beschränkt bleibt, wodurch das Leiden der Opfer aus dem Blick gerät und die Ursachen der Strukturen, die die Machtverhältnisse zwischen den Geschlechtern aufrecht erhalten, verewigt werden. Eine Bestandsaufnahme der jüngsten Rechtsprechung des IAGMR lässt darüberhinaus die fehlende Klarheit der Kriterien bezüglich der Art und Weise sowie des Zeitpunkts der Anwendung einer Geschlechterperspektive erkennen, was eine wenig kohärente und willkürliche Anwendung dieses Ansatzes zur Folge hat. Aus diesen Gründen ist ein Verständnis der Geschlechterperspektive als obligatorischer Grundsatz für die Auslegung des interamerikanischen *corpus iuris* wesentlich, dessen kohärente Anwendung dem Erreichen der Geschlechtergleichheit in der Region dient.

Schlagwörter: Geschlecht; Diskriminierung; Auslegung.

Introducción

El feminismo y el derecho tienen una relación paradójica. Por un lado, el derecho puede usarse como una herramienta para transformar las situaciones que contribuyen a la desigualdad de género.¹ Pero, por el otro, el derecho ha sido y es un instrumento de formalización y legitimación de la dominación masculina.²

Con el fin de potenciar la vocación transformadora del derecho, el feminismo ha identificado que la aplicación de la perspectiva de género en los análisis jurídicos constituye una herramienta fundamental para eliminar las causas de la discriminación y violencia de género.³ En este sentido, este artículo pretende demostrar que la perspectiva de género debe implementarse como un principio y criterio de interpretación obligatorio en el sistema interamericano de protección de derechos humanos (SIDH). En particular, se analiza el alcance de este principio, y la manera en que este criterio juega un papel esencial para transformar las situaciones de discriminación por razones de género en la región, debido al impacto que tienen las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los sistemas constitucionales latinoamericanos.

Para ello, en la primera parte, el artículo explicará por qué la Corte IDH funciona como un tribunal constitucional con la potencialidad de interpretar y aplicar el *corpus juris* interamericano con perspectiva de género. En la segunda parte, se expondrán las razones convencionales por las cuales existe una obligación de juzgar con perspectiva de género que vincula a la Corte IDH así como a las demás instancias domésticas de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Finalmente, a la luz de este principio, se analiza la interpretación realizada por la Corte de las normas sobre tortura en la sentencia del Caso Guzmán Albarracín y otras *vs.* Ecuador.

¹ La noción de género utilizada en el presente artículo “se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a [sus] diferencias biológicas”. Véase Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, párr. 32, lit. e); Julissa Mantilla Falcón, “Derecho y perspectiva de género: un encuentro necesario”, *Vox Juris*, n.º 32 (2016): 118, <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/779>.

² Alda Facio Montejó, *Cuando el género suena cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal* (San José: Ilanud, 1992), 16, <http://fundacionjyg.org/wp-content/uploads/2018/05/Cuando-el-g%C3%A9nero-suena-cambios-trae.pdf>; Carolina Vergel Tovar, “El concepto de justicia de género: teorías y modos de uso”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 21 (2011): 128.

³ Facio Montejó, *Cuando el género suena...*, 15 y 16.

1. La Corte IDH y su deber de realizar una interpretación con perspectiva de género

Una cuestión preliminar consiste en contextualizar el presente artículo en el constitucionalismo feminista. La Corte IDH actúa como un tribunal constitucional y, en consecuencia, participa de manera continua en la edificación de los Estados de derecho latinoamericanos. Su tarea principal es “interpretar y aplicar los derechos fundamentales protegidos por la CADH y los demás tratados bajo su competencia”.⁴ Los catálogos de derechos de los sistemas constitucionales son relativamente similares al del *corpus iuris* interamericano y, en esencia, la función de los tribunales constitucionales también es la de salvaguardar los derechos humanos. Además, en materia de interpretación de derechos humanos, la Corte IDH pone en marcha técnicas interpretativas equivalentes a las de los tribunales constitucionales.⁵

Asimismo, la doctrina del control de convencionalidad desarrollada por la Corte IDH “se asemeja claramente al lenguaje constitucional de la revisión judicial”⁶ y ha sido vista como “un intento de situar a la Convención como una Constitución interamericana y a la Corte como un tribunal constitucional interamericano”.⁷ Este control de convencionalidad exige que los jueces nacionales apliquen la CADH y la interpretación que de ella realice la Corte IDH. Esto, en la práctica, ha contribuido a la adopción gradual de los estándares interamericanos por los Estados partes para aplicarlos en su derecho interno, lo cual constituye “un mecanismo relevante para avanzar en el *ius constitutionale commune* en América Latina”⁸

⁴ Laurence Burgogme-Larsen, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional”, en *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, ed. por Héctor Fix-Fierro (México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, 2014), 421-457.

⁵ Burgogme-Larsen, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional”, 442.

⁶ Ariel E. Dulitsky, “An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights”, *Texas International Law Journal*, n.º 55 (2015): 65, <https://law.utexas.edu/faculty/publications/2015-An-Inter-American-Constitutional-Court-The-Invention-of-the-Conventionality-Control-by-the/download>.

⁷ Mariela Morales Antoniazzi, “Interamericanización como mecanismo del *ius constitutionale commune* en derechos humanos en América Latina”, en *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, ed. por Carolina Hernández Parra (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, 2017), 435; Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 158, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párrs. 4 y 5.

⁸ Morales Antoniazzi, “Interamericanización como mecanismo del *ius constitutionale commune* en derechos humanos en América Latina”, 418, 437, 444 y 451.

o en un constitucionalismo regional de los derechos humanos con garantías supranacionales.⁹

Tradicionalmente, se ha entendido que el constitucionalismo latinoamericano “apunta a la transformación de la realidad política y social de América Latina para crear las condiciones sociales y políticas necesarias para hacer efectiva la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos”.¹⁰ Una comprensión feminista de dicho constitucionalismo implica también un proyecto transformador. Sin embargo, su énfasis está en reconceptualizar la igualdad de género como “eje del Estado constitucional”,¹¹ además de acercar el derecho a la realidad social, interactuando con las necesidades de mujeres y personas LGBTQ+.¹² Así, un derecho constitucional feminista latinoamericano debe adoptar un enfoque sensible a las diferencias de género y a sus consecuencias sobre el goce efectivo de los derechos humanos, reflejando la experiencia y el pensamiento feminista.¹³ Como lo ha sostenido la doctrina, “el nuevo derecho público debe ser un derecho que combata la exclusión”.¹⁴

En este contexto, se ha considerado que la Corte IDH ha contribuido con algunas de sus decisiones a integrar la perspectiva de género en el SIDH, “poniéndose al paso con las actuales tendencias del Derecho Internacional en materia de protección de los derechos humanos de las mujeres [y personas LGBTQ+] y, de esa manera, promoviendo su ulterior desarrollo”.¹⁵ En particular, la jurisprudencia de

⁹ Armin von Bogdandy, “*Ius constitutionale commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 34 (2015): 4 y 9.

¹⁰ Von Bogdandy, “*Ius constitutionale commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, 9.

¹¹ Nilda Garay Montañez, “Constitucionalismo feminista: evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo oficial”, en *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico* (Madrid: Corts Valencianes, 2014), 271.

¹² Garay Montañez, “Constitucionalismo feminista: evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo oficial”, 269.

¹³ Beverly Baines, Daphne Barak-Erez y Tsvi Kahana, “The idea and practice of feminist constitutionalism”, en *Feminist Constitutionalism: Global Perspectives* ed. por Beverly Baines *et al.* (New York: Cambridge University Press, 2012), 1.

¹⁴ Laura Clérico y Martín Aldao, “Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano”, en *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, coord. por Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Ciudad de México: Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017), 218.

¹⁵ Enzamaria Tramontana, “Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José”, *Revista IIDH*, n.º 53 (2011): 142; Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 160; Corte IDH, Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 205; Corte IDH, Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala, Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 211; Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Sentencia

la Corte en la materia se ha concentrado en “la violencia de género y del acceso de las víctimas de violencia a la justicia”,¹⁶ reconociendo las formas de victimización específica por razones de género; de la misma manera, ha vinculado las violaciones particulares de los derechos de las mujeres y las personas LGBTQ+ con la situación general de discriminación.¹⁷

Así pues, en atención a que la Corte IDH ha reconocido progresivamente que la discriminación y la violencia de género son estructurales, y ha dictado medidas de reparación y no repetición encaminadas a erradicar la discriminación en aras de alcanzar la igualdad de género, puede considerarse que tiene un potencial para actuar como un tribunal constitucional feminista. En concreto, la Corte IDH tiene el poder de transformar los sistemas legales latinoamericanos, abordando sus bases constitucionales¹⁸ por medio de la aplicación e interpretación del *corpus juris* interamericano y del control de convencionalidad en clave de género.

de 30 de agosto de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 215; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 216; Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 221; Corte IDH, Caso I. V. vs. Bolivia, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, 329; Corte IDH, Caso V.R.P. V.P.C y otros vs. Nicaragua, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 350; Corte IDH, Caso López Soto y otros vs. Venezuela, Sentencia de 26 de septiembre de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 362; Corte IDH, Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 371; Corte IDH, Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú, Sentencia de 12 de marzo de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 402; Corte IDH, Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, Sentencia de 24 de junio de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 405; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo del 24 de noviembre de 2017; Corte IDH, Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras, Sentencia de 26 de marzo de 2021, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 422.

¹⁶ Tramontana, “Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José”, 161.

¹⁷ Tramontana, “Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José”, 179.

¹⁸ Catharine A. MacKinnon, “Introducción”, en *Feminist Constitutionalism: Global Perspectives*, ed. por Beverly Baines et al. (New York: Cambridge University Press, 2012), ix-xii; Lina Fernanda Buchely Ibarra, “Género y constitucionalismo. Una mirada feminista al derecho constitucional colombiano”, *Revista Ciencia Política*, n.º 9 (2014): 85.

2. El deber de interpretar el derecho con perspectiva de género: origen, alcance y propuestas

La CADH reconoce un derecho a la igualdad y no discriminación que tiene un doble impacto para el análisis propuesto en este artículo. Primero, crea una regla de conducta para los Estados, cuyo incumplimiento supone su responsabilidad internacional. Segundo, define una restricción interna para los órganos del SIDH, por la cual el ejercicio de sus funciones debe hacerse conforme al contenido de los derechos a la igualdad y no discriminación.¹⁹ Partiendo de esas premisas, los puntos que se desarrollan en este acápite serían igualmente aplicables para tribunales constitucionales y otras autoridades estatales en la región, en cuanto se desprenden del propio texto de la Convención. Sin embargo, el análisis se enfocará principalmente en las decisiones de la Corte IDH.

En ese sentido, se plantea que la adopción de la perspectiva de género por parte de la Corte IDH en su labor de intérprete del *corpus juris* interamericano es una alternativa catalizadora de transformaciones democratizantes dentro del SIDH y, por lo tanto, para la construcción de un constitucionalismo feminista latinoamericano.

2.1. Definición de perspectiva de género

La perspectiva de género se ha definido como un “método de análisis que permite identificar la discriminación y la violencia de género y, en consecuencia garantizar el derecho humano de las mujeres [y personas LGBTQ+] a una vida libre de violencia”.²⁰ En sentido similar, se ha sostenido que es “una herramienta inclusiva” de sus intereses “en la idea de desarrollo y para contrarrestar las políticas ‘neutrales’, que venían a consolidar las desigualdades de género existentes, convirtiéndose en una estrategia central para lograr la igualdad de facto”.²¹

Asimismo, incorporar una perspectiva de género al derecho implica analizar el impacto diferenciado “de las normas jurídicas, la jurisprudencia y las diferentes resoluciones jurídicas sobre las personas. Al tener esto presente, se podrá tomar las acciones necesarias para evitar que continúen y se reproduzcan las situaciones de discriminación y exclusión, lo cual permitirá una mejor y mayor protección de los derechos de las personas”.²²

¹⁹ El derecho a la igualdad y no discriminación se encuentra contemplado en los artículos 1.1 y 24 de la CADH.

²⁰ María Elisa Franco Martín, “La garantía del derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia. Combate a la impunidad en los tribunales constitucionales de América Latina (Colombia y México)”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, n.º 9 (2018): 117.

²¹ Gloria Poyatos Matas, “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa”, *Iqual. Revista de Género e Igualdad*, n.º 2 (2019).

²² Mantilla Falcón, “Derecho y perspectiva de género: un encuentro necesario”, 119.

El presente artículo se centra, en concreto, en la aplicación de la perspectiva de género a casos que conciernen a mujeres.²³ Así mismo, el deber de interpretación del derecho con enfoque de género tiene un alcance a favor de las personas LGBTQ+, por cuanto históricamente también han sido sometidas a relaciones de poder por razones de género o de sexualidad que derivan de instituciones y normas heteropatriarcales.²⁴ Tal y como se ha reconocido, “el análisis de género no es un análisis que solo se pueda hacer desde la perspectiva de la mujer o solo se utilice para estudiar a las mujeres. Todas las situaciones humanas deberían ser analizadas desde la perspectiva de género”.²⁵ El feminismo y la perspectiva de género, entonces, benefician a todas las personas.

2.2. El principio de no discriminación como fundamento de una interpretación con perspectiva de género

La Corte IDH ha interpretado las normas sobre igualdad y no discriminación de forma tal que en aquellos casos en los cuales se identifica que una persona o grupo de personas se encuentran en una situación de vulnerabilidad, procede un deber positivo de adoptar medidas dirigidas a garantizar igualdad de oportunidades a favor de quienes se encuentran en esta situación.²⁶ Este concepto ha evolucionado con los avances jurisprudenciales más recientes sobre la noción de discriminación estructural,²⁷ frente a la cual

... el derecho a la igualdad implica la obligación de adoptar medidas para garantizar que la igualdad sea real y efectiva, esto es, corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación de los grupos históricamente marginados, garantizar a las personas o grupos en desventaja el goce efectivo de sus derechos, en suma, brindar a las personas posibilidades concretas de

²³ Tal y como lo ha reconocido la Corte IDH, las mujeres trans son mujeres, pues lo relevante para su identificación es su autopercepción como tales. En consecuencia, “el ámbito de aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer se refiere también a situaciones de violencia basada en su género contra las mujeres trans” (Corte IDH, Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras, cit., párr. 133).

²⁴ Amparo Villar *et al.*, *Los deseos olvidados. La perspectiva de género y de diversidad sexual en la cooperación al desarrollo, en la educación para la ciudadanía global y en la promoción y defensa de los DDHH de las personas inmigrantes y refugiadas* (Madrid: Nahia, 2008), 22.

²⁵ Facio Montejo, *Cuando el género suena...*, 48.

²⁶ Edward Jesús Pérez, *La igualdad y no discriminación en el derecho interamericano de los derechos humanos* (Ciudad de México: CNDH, 2016), 35.

²⁷ Aplicable a casos donde la discriminación viene acompañada por “situaciones de exclusión y marginación por la situación de pobreza de las víctimas y ha identificado a la pobreza como un factor de vulnerabilidad que profundiza el impacto de la victimización” (Corte IDH, Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil, Sentencia de 15 de julio de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 407, párr. 187).

ver realizada, en sus propios casos, la igualdad material. Para ello, los Estados deben enfrentar activamente situaciones de exclusión y marginación.²⁸

En el mismo sentido, se ha indicado:

Para que estos grupos vulnerables puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad, se deben dictar medidas estatales de acción positiva. Este mandato implica un empezar a hacer positivo, con lo que la norma se viola si el legislador: i) sigue omitiendo, ii) retrocede arbitrariamente sobre lo hecho, o si iii) lo hecho por acción es insuficiente o defectuoso.²⁹

El deber de una interpretación con perspectiva de género no se escapa de este espacio. El derecho internacional de los derechos humanos ha identificado, en general, que la mujer requiere una especial protección frente a violaciones de los derechos humanos dado que en la historia se han identificado innumerables condiciones que representan la perpetuación de relaciones de dominio que se encuentran incluso cristalizadas en el seno de las normas y prácticas de la sociedad.

Para revertir estas relaciones de poder, es necesario que el derecho sea interpretado con un enfoque de género con el objeto de revertir las instituciones patriarcales que existen y que se reflejan principalmente en la falsa percepción de que aplica una igualdad formal. El derecho a la igualdad y no discriminación así lo exige, dado que no hacerlo favorecería situaciones de discriminación indirecta, bajo las cuales “si bien a primera vista la práctica o norma aplicada al caso, y que genera consecuencias jurídicas distintas es neutral, su impacto en un grupo determinado podría generar una consecuencia igualmente discriminatoria”.³⁰

2.3. La perspectiva de género como criterio de interpretación bajo el artículo 29 de la CADH

La interpretación con perspectiva de género, presentada en el apartado anterior, también es consistente con las normas de interpretación contempladas en el artículo 29 convencional. El texto del artículo 29.a prevé:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella

²⁸ Corte IDH, Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil, cit., párr. 199.

²⁹ Clérico, “Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano”, 229.

³⁰ Pérez, *La igualdad*, 51.

Un análisis literal de dichas normas excluye cualquier interpretación normativa que se le haga a la propia CADH que pueda contribuir a un resultado discriminatorio, en los términos analizados en el acápite anterior. Esto incluye discriminaciones indirectas, por lo que en ninguna circunstancia una norma convencional puede admitir ser interpretada de forma tal que perpetúe un estereotipo de género.

Esta aproximación es consistente con las normas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En particular, cualquier comprensión de la Convención, conforme a una interpretación teleológica y sistemática de dicho tratado, deberá ser compatible con los principios de igualdad y no discriminación.³¹ Estas consideraciones resultarían igualmente aplicables a cualquier norma que haga parte del derecho interamericano de derechos humanos, que forma parte del mismo sistema y, por lo tanto, se rigen bajo las mismas reglas de interpretación analizadas.

Teniendo en cuenta que cualquier interpretación convencional tiene como límite la no discriminación, entonces la interpretación con perspectiva de género se convierte en un mandato para la Corte IDH y cualquier otra instancia que pretenda aplicar estos instrumentos jurídicos.

2.4. Aproximación a la práctica de la Corte IDH: retos y oportunidades

La interpretación con enfoque de género no es extraña para la Corte IDH. En múltiples ocasiones, la Corte ha identificado y actuado con una perspectiva de género al analizar múltiples casos contenciosos y otro tipo de resoluciones. Como ejemplos, destacan el análisis del Caso I.V. respecto al derecho a la autonomía,³² el Caso López Soto respecto a la interpretación del concepto de tortura sexual,³³ y el Caso Guzmán Albarracín respecto al derecho a la educación, incluyendo educación sexual integral.³⁴

No obstante, una revisión de la jurisprudencia reciente refleja la falta de claridad de criterios sobre cómo y cuándo la Corte IDH debe aplicar la perspectiva de género, lo que deriva en inconsistencia dentro de su jurisprudencia sobre la aplicación de este enfoque.³⁵ Esta es una tendencia que se puede constatar igualmente en otros mecanismos internacionales de protección de derechos humanos, y que desincentiva el uso de argumentos con perspectiva de género ante estos foros internacionales.³⁶

³¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, párrs. 40-48.

³² Corte IDH, Caso I.V. vs. Bolivia, cit., párrs. 148 y ss.

³³ Corte IDH, Caso López Soto y otros vs. Venezuela, cit., párr. 172.

³⁴ Corte IDH, Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, cit., párrs. 129 y ss.

³⁵ Maria Sjöholm, *Gender-Sensitive Norm Interpretation by Regional Human Rights Law Systems* (Leiden-Boston: Brill Nijhoff, 2018), 102.

³⁶ Sjöholm, *Gender-Sensitive Norm Interpretation...*, 105.

Aunado a ello, la aproximación de la Corte IDH para abordar el enfoque de género se ha circunscrito principalmente a la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) para casos de violencia de género. Si bien la Corte IDH ha mantenido una definición amplísima de violencia de género que permite una aplicación extensiva de la Convención de Belém do Pará, en la práctica este enfoque se ha visto principalmente orientado a la “debida diligencia reforzada” que deben tener los Estados para prevenir la violencia de género, e investigar este tipo de hechos.³⁷ Sin embargo, esto favorece un problema: la *esencialización* de estas violaciones, es decir, que se limite a analizar el impacto diferencial por motivos de género como una sola forma de violación (normalmente, bajo la violencia de género), en vez de reflejar el impacto diferenciado con relación a un derecho sustantivo.³⁸

Debe destacarse que esta aproximación no es extraña a la Corte IDH respecto a otros grupos en situación de vulnerabilidad. Por ejemplo, en casos sobre derechos a la propiedad colectiva de comunidades indígenas, la Corte ha dotado de contenido el derecho a la propiedad con un enfoque diferencial, en vez de analizarlo únicamente desde la perspectiva de la identidad cultural o la no discriminación.³⁹

Más allá de ello, poco análisis se ha hecho sobre el deber de los Estados de interpretar el derecho con un enfoque de género, con independencia de la lucha contra los estereotipos de género sobre la cual se ahondará en el acápite siguiente y que sí ha sido desarrollada extensamente por la Corte.

2.5. Alcance de una interpretación feminista del derecho internacional de los derechos humanos

Con base en las ideas señaladas, la propuesta que se realiza en este artículo es que el principio de una interpretación feminista, o el principio de una interpretación con enfoque de género, es una obligación internacional de todos los tribunales, incluyendo la Corte IDH, y que debe orientar el análisis de las normas jurídicas. Dicha propuesta implica que el enfoque de género deje de ser una norma con contenido sustantivo y procedimental, y que también oriente la interpretación de las normas jurídicas aplicables en aquellos casos en los que se identifique un impacto diferenciado por razones de género.

El feminismo jurídico coincide, en esencia, con la integración de la perspectiva de género en las decisiones judiciales. Ambos comparten el objetivo de alcanzar la igualdad de género y se enfocan en evaluar “los efectos de las leyes y la interpretación

³⁷ Sjöholm, *Gender-Sensitive Norm Interpretation...*, 165.

³⁸ Sjöholm, *Gender-Sensitive Norm Interpretation...*, 105.

³⁹ Por ejemplo, véase Corte IDH, Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 309.

de las normas y examinan si estas promueven la igualdad de género o corroboran los estereotipos de género”.⁴⁰ En este sentido, no basta con que se cree un andamiaje jurídico internacional dirigido a la protección de los derechos de la mujer a través de normas sustantivas como la Convención de Belém do Pará y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw, por sus siglas en inglés), sino que, además, requiere que se tome en cuenta en el análisis el *daño basado en el género* dentro de las estructuras existentes en el derecho internacional.⁴¹ Entender el daño basado en género presupone no solo reconocer que existe el daño, sino entender que su origen perpetúa la discriminación por razón de género y subordinación.⁴²

En consecuencia, la aplicación de la perspectiva de género debe llevar, entre otras cosas, a que la Corte IDH reconozca la gravedad de los daños causados por la violencia y discriminación de género de manera que “no se trivialicen ni se infravaloren las violaciones sufridas en la jerarquía normativa de los derechos humanos”.⁴³ Por ejemplo, se debe evitar examinar los malos tratos contra las mujeres únicamente como una violación del derecho a la intimidad o la vida privada y analizarlos además a la luz de la prohibición de la tortura.⁴⁴ Como se ha sostenido, la interpretación con perspectiva de género es

... una metodología de análisis de la cuestión litigiosa, que debe desplegarse en aquellos casos en los que se involucren relaciones de poder asimétricas o patrones estereotípicos de género y exige la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, en la búsqueda de soluciones equitativas ante situaciones desiguales de género. La transversalización se consolida así como una herramienta novedosa de transformación social, para garantizar la efectiva salvaguardia de los derechos de las mujeres ante la necesidad impostergable de reconocer la diversidad de género, [...] en la interpretación y aplicación de los estándares internacionales de género.⁴⁵

Bajo esta fórmula se procura una “integración interpretativa en vez de modificaciones a tratados”.⁴⁶ Esta aproximación atiende de mejor forma la desigualdad como “un aspecto de un patrón más grande de jerarquías basadas en género, en vez que desde una perspectiva de protección a la mujer”.⁴⁷

⁴⁰ Sjöholm, *Gender-Sensitive Norm Interpretation...*, 106.

⁴¹ Sjöholm, *Gender-Sensitive Norm Interpretation...*, 111.

⁴² Sjöholm, *Gender-Sensitive Norm Interpretation...*, 111.

⁴³ Sjöholm, *Gender-Sensitive Norm Interpretation...*, 8.

⁴⁴ Sjöholm, *Gender-Sensitive Norm Interpretation...*, 8 y 94.

⁴⁵ Poyatos Matas, “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa”, 7.

⁴⁶ Sjöholm, *Gender-Sensitive Norm Interpretation...*, 101.

⁴⁷ Sjöholm, *Gender-Sensitive Norm Interpretation...*, 102.

La propuesta presupone que, en todos los casos, la Corte debe tener en cuenta las respuestas a las siguientes preguntas: 1) ¿cuál grupo es objeto de análisis? 2) ¿Cuál es el daño diferenciado con base en género identificado, y cómo se puede identificar? 3) ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas aplicables una vez identificado este daño con perspectiva de género?⁴⁸ Responderlas permitirá prevenir preconcepciones estereotipadas, o incluso verificar si una norma fue diseñada desde una perspectiva masculina, bajo la presunción de universalidad, simplificando o trivializando los problemas que se derivan de las relaciones de género.⁴⁹

Con base en ello, la incorporación de la perspectiva de género por parte de la Corte IDH debe implicar un análisis diferenciado de la interpretación de la CADH y de los demás instrumentos que forman parte del *corpus juris* interamericano, con el fin de actuar sobre la realidad y “transformarla mediante la práctica de relaciones igualitarias y no discriminatorias”.⁵⁰

Dicha propuesta puede ser sintetizada en los siguientes componentes:

- Que se reconozca y visibilice cómo determinada violación de los derechos humanos puede causar un daño específico que afecta, principalmente, a las mujeres u otros grupos de personas que enfrentan situaciones de desventaja por las relaciones de poder entre géneros. Esto, con independencia de que el hecho por sí solo pudiese constituir una violación de los derechos humanos tanto de un hombre como de una mujer.
- Que requiera el análisis de las causas del daño diferenciado, es decir, que se exploren los elementos que causaron la existencia de ese daño diferenciado.
- Que se adopten medidas dirigidas a transformar no solo la causa de la violación de los derechos humanos, sino que también se eliminen las causas del impacto diferenciado que tuvo esa violación.⁵¹

La lucha contra los estereotipos de género es un eje fundamental que forma parte de esta perspectiva. Tal como lo ha señalado la Corte IDH, corresponde visibilizar y rechazar las normas y prácticas que contengan o perpetúen estereotipos de género.⁵² De esta forma, dicho estereotipo no se refleja únicamente en acciones u omisiones que proyectan un rol asignado por la perpetuación de relaciones de poder en detrimento de ciertas personas, sino también en la existencia de instituciones, normas y prácticas que imponen esta misma consecuencia.

⁴⁸ Sjöholm, *Gender-Sensitive Norm Interpretation...*, 110.

⁴⁹ Christine Chinkin, *Gender Mainstreaming in Legal and Constitutional Affairs* (London: Commonwealth Secretariat, 2001), 62.

⁵⁰ Julissa Mantilla Falcón, “La importancia de la aplicación del enfoque de género al derecho: asumiendo nuevos retos”, *Themis Revista de Derecho*, n.º 63 (2013): 133.

⁵¹ Sjöholm, *Gender-Sensitive Norm Interpretation...*, 111.

⁵² Corte IDH, *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 289, párr. 272.

Sumado a ello, existen algunas *categorías sospechosas de hechos que conllevan daños con impacto de género*, dispuestas por el derecho internacional como tales –como la violencia de género, la violación sexual, las afectaciones a los derechos sexuales y reproductivos– y que por sus propias características muestran de forma evidente un impacto diferenciado en perjuicio de la mujer y la comunidad LGBTQ+.⁵³ El error es limitar la interpretación con enfoque de género a estos casos.⁵⁴

Adicionalmente, en cumplimiento de los propósitos previamente identificados, la incorporación de la perspectiva de género por parte de la Corte IDH debe tener en cuenta la interseccionalidad, lo cual implica analizar los factores económicos, geográficos, simbólicos, entre otros, que inciden en el pleno ejercicio de los derechos por razones de género.⁵⁵ Esta práctica ha sido tenida en cuenta por la Corte en algunas decisiones recientes, aunque sin mayor profundización en cuanto a su impacto práctico.⁵⁶

Así, la perspectiva de género en las decisiones de la Corte debe orientarse, como mínimo, a cumplir con cualquiera de los siguientes propósitos esenciales: primero, visibilizar y erradicar los estereotipos de género que subyacen en la jurisprudencia y que consolidan la discriminación, la violencia y la subordinación entre géneros; y segundo, desarrollar análisis novedosos y más efectivos para un mayor respeto por los derechos de las personas.⁵⁷

Lo anterior implica reconocer y comprender que, desde el derecho, se han reproducido históricamente relaciones de poder sobre otros, y, en particular, sobre todas las mujeres y personas LGBTQ+, al haber tomado como modelo de sujeto de derechos y obligaciones al sexo masculino.⁵⁸ En otras palabras, se exige detectar lo que se ha denominado “la presencia del sesgo androcéntrico”⁵⁹ en la aplicación e

⁵³ Sjöholm, *Gender-Sensitive Norm Interpretation...*, 113.

⁵⁴ Sjöholm, *Gender-Sensitive Norm Interpretation...*, 113.

⁵⁵ El concepto de interseccionalidad fue desarrollado por Kimberle Williams Crenshaw, quien lo entendió como un sistema complejo de estructuras múltiples y simultáneas de opresión, en el que la subordinación interseccional a menudo es la consecuencia de una carga que interactúa con las vulnerabilidades existentes para crear una nueva dimensión de desempoderamiento (Kimberle Crenshaw, “Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics”, *University of Chicago Legal Forum* 1 [1989]: 139-167; Alda Facio Montejó, “Con los lentes del género se ve otra justicia”, *El Otro Derecho*, n.º 28, [2002]: 89).

⁵⁶ Óscar Parra Vera y Antonio Franco Franco, “El enfoque de interseccionalidad en la protección judicial contra la discriminación: alcances y desafíos del giro en la jurisprudencia interamericana”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2020), 583.

⁵⁷ Mantilla Falcón, “Derecho y perspectiva de género: un encuentro necesario”, 124; Beverly Baines *et al.*, “The idea and practice of feminist constitutionalism”, 5.

⁵⁸ Alda Facio Montejó y Lorena Fries, “Feminismo, género y patriarcado”, *Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, n.º 6 (2005): 290-294.

⁵⁹ Facio Montejó, “Con los lentes del género se ve otra justicia”, 97.

interpretación del derecho.⁶⁰ Estos análisis deben estar orientados a estudiar cada caso no solo desde la perspectiva de la violación de los derechos humanos como *neutra*, sino evaluando si existe un daño basado en el género que sea diferenciado respecto a los hombres.

2.6. El impacto de una perspectiva de género como criterio de interpretación

El análisis con perspectiva de género como criterio de interpretación impacta de forma transversal todas las etapas del proceso judicial. En este espacio se brindarán algunos ejemplos de cómo se puede materializar este principio en distintos aspectos del proceso ante la Corte IDH.

La primera oportunidad, que ha sido analizada extensamente, se refiere a la interpretación del derecho, lo cual involucra la interpretación de las normas jurídicas objeto de análisis. En este espacio se ve la necesidad de analizar y aplicar las normas jurídicas correspondientes con un enfoque diferenciado que permita, teniendo en cuenta el contexto, eliminar cualquier tipo de discriminación que pueda desprenderse de la neutralidad de las normas. En este sentido, las normas de la CADH u otros tratados como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que son neutrales en su redacción, deben ser interpretadas teniendo en cuenta el impacto diferenciado que puede tener su aplicación *neutra*. Por lo tanto, la forma que toman las obligaciones internacionales en estos casos sería más amplia, pero diseñada a la medida del contexto y daño objeto de análisis.⁶¹

Otro espacio donde se debe verificar la perspectiva de género es en el análisis de la prueba. La Corte IDH tiene buenos precedentes en este sentido, por ejemplo, al disminuir o, incluso en algunas circunstancias, invertir la carga de la prueba en supuestos de hechos ilícitos relacionados con el género, como casos de violación sexual.⁶² Un análisis con perspectiva de género debería procurar que, en casos en los que se identifique un daño relacionado con el género de la víctima, se adopten medidas tendientes a adecuar las reglas probatorias a esas circunstancias específicas.

Asimismo, se puede visibilizar el impacto de la perspectiva de género en las reglas de admisibilidad de los casos. La Corte IDH tuvo una aproximación similar a esta propuesta en el caso Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*), en el cual, a pesar de que la petición se presentó por encima del plazo de seis meses dispuesto en el artículo 46 de la CADH, la Corte estimó que

⁶⁰ Algunas feministas señalan que el androcentrismo se refiere a un mundo social centrado y construido para los hombres y que las diferencias biológicas influyen en la creación y aplicación de las normas sociales (Susan A. Basow, "Androcentrism", en *Encyclopedia of Women and Gender, Sex Similarities and Differences and the Impact of Society on Gender*, ed. por Judith Worell [San Diego: Academic Press, 2001], 125).

⁶¹ Sjöholm, *Gender-Sensitive Norm Interpretation...*, 117.

⁶² Corte IDH, Caso Espinoza González vs. Perú, cit., párr. 150.

... las circunstancias específicas del presente caso exigen una interpretación del requisito de los 6 meses establecido en el artículo 46.1.b. El Tribunal tiene en cuenta que el fenómeno de la infertilidad genera diversas reacciones que no pueden ser asociadas a una regla rígida sobre los cursos de acción que necesariamente deba seguir una persona. Una pareja puede tomar meses o años en decidir si acude a una determinada técnica de reproducción asistida o a otras alternativas. Por estas razones el criterio del momento en el cual la presunta víctima conoce de su situación de infertilidad es un criterio limitado en las circunstancias del presente caso, donde no es posible generar en las presuntas víctimas una carga de tomar una decisión de presentar una petición ante el Sistema Interamericano en un determinado periodo de tiempo.⁶³

Si bien en dicha aproximación no se visibilizó *per se* el enfoque de género, sí refleja una flexibilización de la regla de admisibilidad que atiende a la necesidad de un enfoque diferenciado del caso. En casos de género, imponer límites rígidos a la admisibilidad de casos puede favorecer que las violaciones de derechos humanos por razones de género queden subrepresentadas o minimizadas. Además, hay obstáculos en el acceso a la justicia que pueden estar relacionados con el género, como la imagen de una mujer frente a la comunidad, o limitaciones intrafamiliares, que pueden requerir un enfoque amplio de las reglas de admisibilidad en este tipo de casos.⁶⁴

Por su parte, la lucha contra los estereotipos androcéntricos y las relaciones de poder patriarcales requieren la visibilización de estas relaciones con el objeto de generar impactos que realmente sirvan para revertirlas. En este sentido, la Corte IDH debe ser diligente en identificar, *motu proprio*, las normas aplicables que más favorezcan el objetivo de revertir prácticas que tengan impactos desproporcionados por razón de género. La herramienta que se propone para ello es el principio *iura novit curiae*, utilizado en reiteradas oportunidades en la jurisprudencia de la Corte IDH, bajo el cual el tribunal interamericano puede identificar violaciones de los derechos humanos más allá de aquellas que hayan sido alegadas por las partes.⁶⁵

Además, la motivación de la sentencia debe reflejar la aplicación de la perspectiva de género. Tal como lo ha señalado la Corte IDH, bajo las categorías identificadas en el artículo 1.1 de la CADH, corresponde demostrar por qué una distinción es legítima y, por lo tanto, no es discriminatoria, dado que persiste una presunción

⁶³ Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 257, párr. 35.

⁶⁴ Véase, por ejemplo, Ruth Rubio Marín, "Reparations for conflict-related sexual and reproductive violence: A decalogue", *William & Mary Journal of Race, Gender and Social Justice*, n.º 19 (2012): 83.

⁶⁵ *Mutatis mutandi*. Corte IDH, Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, Sentencia de 6 de febrero de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 400, párr. 200.

de discriminación en estas circunstancias.⁶⁶ La demostración de legitimidad de esa distinción se tendría que realizar a través de la sentencia. Por ello, en casos en los que se identifique que es posible que pueda requerirse una interpretación con enfoque de género, corresponde al tribunal analizar y expresar en la sentencia: 1) por qué aplica o no la perspectiva de género. Correlativamente, esta pregunta requiere que se responda por qué hubo o no hubo un impacto diferenciado por razones de género. Además, de ser el caso, 2) correspondería visibilizar cuál fue el impacto diferenciado causado y 3) cuál es la consecuencia jurídica que aplica como corolario a dicho impacto diferenciado.

Finalmente, disponer las reparaciones requiere una perspectiva de género. En este sentido, al fijar las reparaciones, la interpretación que la Corte IDH realice no solo debe tener una vocación dirigida a entablar reparaciones individuales. En casos en que se identifique, además, que los problemas de discriminación son reflejo de instituciones patriarcales que requieren modificaciones, le corresponde a la Corte IDH trascender el caso individual y adoptar medidas de no repetición con vocación transformadora. En palabras de Laura Clérico, “se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos”.⁶⁷ Se requieren “reparaciones transformadoras, y no solo reparaciones afirmativas, que busquen subvertir el orden preexistente caracterizado por la subordinación jerárquica de la mujer”.⁶⁸ Como consecuencia de ello, deben identificarse las razones que perpetúan el impacto desproporcionado de género, y eliminarlas del contexto para realmente asegurar que no se repitan estos hechos.

3. Reexaminando la práctica de la Corte IDH: el Caso Guzmán Albarracín y la necesidad de incorporar la perspectiva de género

El análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH es interesante para identificar la forma en que debe incorporarse la perspectiva de género como criterio de interpretación en una decisión judicial, con el fin de evitar la invisibilización de situaciones que afectan de manera diferenciada a ciertos grupos sociales por la presencia de estereotipos de género. La Corte ha avanzado hacia una apreciación más adecuada de los asuntos de género en los casos que se someten a su jurisdicción, pero siguen persistiendo análisis que perpetúan estereotipos, como ya se ha identificado en

⁶⁶ Pérez, *La igualdad*, 47.

⁶⁷ Clérico, “Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano”, 220.

⁶⁸ Ruth Rubio Marín y Pablo de Greiff, “Women and reparations”, *The International Journal of Transitional Justice*, n.º 1 (2007): 331.

el pasado,⁶⁹ al analizar o determinar las violaciones de los derechos involucrados. Como reflejo de ello, se examinará el Caso Guzmán Albarracín en su respuesta al planteamiento realizado por la representación de las víctimas respecto al alegato de tortura, desde una perspectiva crítica.

3.1. El Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador

Los hechos del caso en cuestión se refieren a la violencia sexual cometida contra Paola del Rosario Guzmán Albarracín entre sus 14 y 16 años de edad por parte del vicerrector de la institución educativa estatal a la que asistía. Asimismo, los hechos incluyen el posterior suicidio de la adolescente, y los procesos judiciales y administrativos iniciados con posterioridad a su muerte.⁷⁰

La Corte IDH constató que Paola fue víctima de actos de acoso sexual y acceso carnal, los cuales se prolongaron en el tiempo y llevaron a una reiteración de graves actos de violencia sexual en el ámbito educativo.⁷¹ En criterio del tribunal, lo anterior tuvo lugar mediante el aprovechamiento de una relación de poder por parte del vicerrector, pues este, “como autoridad académica, gozaba de una situación de superioridad frente a una niña estudiante”.⁷²

En consecuencia, la Corte concluyó que Ecuador violó los derechos de Paola a la educación, a vivir una vida libre de violencia, a la no discriminación y a decidir en forma autónoma su relacionamiento con otras personas y el ejercicio de su sexualidad.

Frente a la responsabilidad del Estado por la muerte de Paola, la Corte constató que existió un vínculo entre el suicidio y la violencia sexual, el cual “se infiere de las cartas que dejó Paola, en las que hizo referencia clara a su relación con el vicerrector, señalando que ya no podía aguantar lo que estaba sufriendo y que por ese motivo ingirió veneno”.⁷³ Así, para la Corte resultó claro que la violencia sexual generó un sufrimiento grave y severo a Paola, “lo cual violó su derecho a una existencia digna, que se vio estrechamente ligada al acto suicida que ella cometió”.⁷⁴ Además, la Corte determinó que el Estado no actuó con la diligencia debida para garantizar el derecho a la vida de la niña, puesto que, una vez las autoridades estatales escolares tuvieron conocimiento del riesgo que corría, demoraron su traslado al hospital, lo cual contribuyó a su muerte.⁷⁵

⁶⁹ Patricia Palacios Zuloaga, “The path to gender justice in the Inter-American Court of Human Rights”, *Texas Journal of Women and the Law*, n.º 17 (2008): 91.

⁷⁰ Corte IDH, Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, cit., párr. 41.

⁷¹ Corte IDH, Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, cit., párrs. 134 y 143.

⁷² Corte IDH, Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, cit., párr. 130.

⁷³ Corte IDH, Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, cit., párr. 151.

⁷⁴ Corte IDH, Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, cit., párr. 157.

⁷⁵ Corte IDH, Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, cit., párrs. 158-165.

3.2. La interpretación androcéntrica y basada en estereotipos de género de la prohibición de tortura y tratos crueles en el caso

En la sentencia, la Corte IDH reiteró su jurisprudencia constante respecto a los siguientes aspectos: 1) la violencia sexual puede constituir tortura si se cumplen las circunstancias específicas de intencionalidad, severidad del sufrimiento y finalidad del acto; 2) la perspectiva de género debe integrarse en el análisis de hechos que podrían configurar malos tratos, pues ello permite analizar de un modo más preciso su carácter, gravedad e implicaciones, así como su arraigo en pautas discriminatorias; y 3) la violencia sexual le generó un grave sufrimiento a Paola que se hizo patente a partir de su suicidio. Sin embargo, la sentencia concluyó que en el caso no se evidenciaron de forma suficiente todos los requisitos que permitirían arribar a la conclusión de que hubo tortura.⁷⁶

La Corte IDH no analizó ninguno de los componentes propios de la tortura, con lo cual negó la posibilidad de analizar este hecho con una perspectiva de género. En efecto:

- Respecto al elemento de *intencionalidad*, dada la naturaleza y el ánimo sexual de los actos de acoso y violación cometidos contra Paola por parte del vicerrector, y en atención a la repetición de la violencia ejercida de forma sostenida en el tiempo, durante más de un año, resulta evidente que ninguno de estos actos fue perpetrado accidentalmente. En cualquier caso, esta noción debe ser leída con perspectiva de género, y no bajo un modelo de igualdad formal. Ello implica incluso que, en algunas circunstancias, una negligencia grosera o temeraria puede constituir un acto de tortura –como lo han reconocido otros cuerpos del derecho internacional–, especialmente en supuestos donde la negligencia grave puede tener un impacto diferenciado sobre una mujer.⁷⁷
- Frente a la *severidad del sufrimiento*, la Corte IDH ha destacado que se deben apreciar todas las circunstancias del caso, tales como la duración de los tratos, sus efectos físicos y mentales, además de la edad, el sexo, así como toda otra circunstancia personal de la víctima.⁷⁸ En el presente caso, dichos sufrimientos fueron consecuencia de 1) la naturaleza de los actos a los cuales fue sometida, 2) la situación de especial vulnerabilidad en la que se encontraba y 3) el suicidio como la más grave manifestación de angustia y dolor.

⁷⁶ Corte IDH, Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, cit., párrs. 149-152.

⁷⁷ The United Nations Voluntary Fund for Victims of Torture, *Interpretation of Torture in the Light of the Practice and Jurisprudence of International Bodies* (Ginebra: ONU, 2011); Association for the Prevention of Torture y Center for Justice and International Law, *Torture in International Law: A guide to jurisprudence* (Ginebra: APT y CEJIL, 2008), 12 y 161.

⁷⁸ Corte IDH, Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, cit., párr. 316; Corte IDH, Caso J. vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 275, párr. 362.

Con respecto a la naturaleza de los actos cometidos contra Paola, la Corte IDH ha determinado en su reiterada jurisprudencia que la violencia sexual perpetrada por agentes estatales, mientras las víctimas se encuentran bajo su custodia, es un acto grave y reprochable en el cual el agente abusa de su poder y se aprovecha de la vulnerabilidad de la víctima, lo que produce daños físicos, psicológicos y sociales que dejan a la víctima humillada física y emocionalmente.⁷⁹ En cuanto a la violación sexual, el tribunal ha reconocido que el sufrimiento severo de la víctima es inherente a la violación sexual.⁸⁰

Además, la Corte IDH ha sostenido que las características personales de una víctima de tortura deben ser tomadas en cuenta, en tanto “pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo y, por ende, incrementar el sufrimiento”.⁸¹ En el caso de Paola, este impacto se vio agravado por la intersección de varios factores de vulnerabilidad, no solo por su edad y género, sino porque nunca tuvo acceso a una educación sexual que le permitiera identificar y denunciar la violencia ejercida en su contra y, además, porque estaba bajo la custodia de una institución pública que toleraba la situación.

Aunque la Corte reconoció la existencia del acoso y la violación sexual en contra de Paola y visibilizó la situación de vulnerabilidad especial en la que se encontraba, no explicó cómo, a pesar de su reiterada jurisprudencia, los hechos no calificaban dentro de estas circunstancias.

- Finalmente, respecto a la *finalidad*, la Corte IDH ha considerado que un propósito o finalidad discriminatorios también pueden configurar tortura.⁸² En el Caso López Soto, la Corte se refirió a los actos de tortura cometidos con la finalidad de discriminar a una mujer, y subrayó que “afirmar una posición de subordinación de la mujer, así como su relación de poder y dominio patriarcal sobre la víctima, [...] evidencia el propósito discriminatorio”.⁸³

⁷⁹ Corte IDH, Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México, cit., párr. 196.

⁸⁰ Corte IDH, Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú, cit., párr. 193; Corte IDH, Caso López Soto y otros vs. Venezuela, cit., párr. 187.

⁸¹ Corte IDH, Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú, cit., párr. 142.

⁸² Corte IDH, Caso Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú, cit., párr. 163.

⁸³ Corte IDH, Caso López Soto y otros vs. Venezuela, cit., párr. 188. Además, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ha resaltado que, “con respecto a la violencia contra las mujeres, el elemento del propósito siempre se reúne si se puede demostrar que los actos están dirigidos específicamente contra ellas, puesto que la discriminación es uno de los elementos mencionados en la definición en la Convención contra la Tortura” (Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, A/HRC/7/3, 2008, párr. 30); Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*.

En el Caso Guzmán Albarracín la Corte desconoció este precedente. No planteó respuesta a los alegatos de las representantes según los cuales el agresor tenía el propósito de afirmar una posición de subordinación de la mujer, así como su relación de poder y dominio patriarcal sobre la víctima. Siguiendo dicha línea argumentativa, en el caso de Paola, los actos perpetrados por el vicerrector tenían una finalidad discriminatoria porque estaban dirigidos específicamente contra ella por su género y edad, en tanto buscaban instrumentalizarla y reducirla a un medio para la alcanzar la “satisfacción sexual”. Además, dichos actos tenían el propósito de disminuir su personalidad y subyugarla, lo que explica el poco valor que se dio a su vida y que, finalmente, la llevó al suicidio.⁸⁴

En fin, la Corte IDH se separó de sus precedentes antes citados, y no explicó los motivos para hacerlo. El mensaje que envió es que el acoso y las violaciones sexuales recurrentes en contra de una niña –que además la llevaron a la muerte– no son tan graves como para alcanzar el grado de tortura, a pesar de que se cumplieron los requisitos antes mencionados –de haber aplicado una perspectiva de género–. Una interpretación consistente hubiere llevado a concluir que la violencia sexual contra Paola Guzmán Albarracín constituyó un ataque particularmente grave y reprochable que califica como tortura, el cual tuvo efectos devastadores en ella por su género y edad, los cuales se manifestaron en el suicidio.

Ahora bien, la Corte IDH no solo se abstuvo de analizar los componentes de la tortura en este caso. Sumado a ello, por primera vez en su jurisprudencia, al interpretar el artículo 5.2 de la CADH y el artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, sostuvo

*... la categorización de un acto como tortura debe realizarse con el máximo rigor, pues la tortura constituye un ataque a la dignidad humana particularmente grave y reprochable, en la que el perpetrador deliberadamente inflige un dolor o sufrimiento severo, o ejerce un método tendiente a anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental, en una víctima que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, haciéndolo para lograr, de ese modo, un propósito específico.*⁸⁵

Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, A/HRC/31/57, 2016, párr. 8.

⁸⁴ Centro de Derechos Reproductivos y Cepam-Guayaquil, *Escrito autónomo de solicitudes, argumentos y pruebas* (Guayaquil: Centro de Derechos Reproductivos y Cepam-Guayaquil, 2019), 117.

⁸⁵ Corte IDH, Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, cit., párr. 152. Este estándar fue reiterado recientemente por la Corte en el Caso Guerrero, Molina y otros vs. Venezuela. Sin embargo, no se subsana la falta de motivación sobre la fuente de este requisito o su definición (véase Corte IDH, Caso Guerrero, Molina y otros vs. Venezuela, Sentencia de 3 de junio de 2021, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 424, párr. 113).

La Corte no explicó con precisión qué debe entenderse por *máximo rigor*. La anterior frase deja entrever que el tribunal estableció la necesidad de que la calificación de un hecho como tortura sea excepcional. Para sustentar esta afirmación, la Corte IDH utilizó un informe del Relator Especial para la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de las Naciones Unidas que, al analizar la severidad del sufrimiento, afirma: “El término tortura no debe utilizarse de forma exagerada [ya que] está reservado para las peores violaciones de derechos humanos y abusos que los seres humanos pueden infligir unos a otros”.⁸⁶

La vaguedad de la nueva interpretación realizada por la Corte IDH sobre el máximo rigor en la calificación de los hechos de tortura, sumada a la falta de motivación del cumplimiento de los elementos de la tortura en el caso concreto, permiten inferir que cuando se trata de hechos constitutivos de violencia sexual contra las mujeres, la Corte “exige una mayor carga de la prueba que la que se aplica a las violaciones del derecho a no ser sometido a tortura o a tratos crueles que son neutrales en cuanto al género”, tal como la doctrina afirma que ha hecho la Corte en el pasado.⁸⁷ Esto, en abstracto, denota la presencia de un sesgo androcéntrico en la interpretación del tribunal, pues envía el mensaje de que los derechos de las niñas y mujeres víctimas de violencia sexual tienen un menor valor.

Además, en el caso que se analiza puede inferirse que la Corte consideró que calificar los hechos de violencia sexual cometidos contra Paola como tortura resultaba “excesivo” o “exagerado”, pues en su criterio no se trataba de una de las más graves violaciones de derechos humanos que se pueden cometer contra una persona. Resulta especialmente preocupante que la Corte tampoco valoró que el hecho calificara eventualmente como un trato cruel, inhumano y degradante, a pesar de que este se viera reflejado en una manifestación gravísima del sufrimiento causado como fue el suicidio de la niña a raíz del acoso y la violación que sufrió por dos años.

Con esta decisión, la Corte restó importancia al grado de sufrimiento experimentado por la víctima. En este escrito se ha argumentado que la incorporación de la perspectiva de género como criterio de interpretación del *corpus juris* interamericano en casos relacionados con violencia y discriminación por motivos de sexo o género implica que la Corte IDH reconozca la gravedad de los daños y el sufrimiento ocasionado, de manera que “no se trivialicen ni se infravaloren las violaciones sufridas en la jerarquía normativa de los derechos humanos”.⁸⁸ En este caso, aunque la propia Corte reconoció que la violencia sexual a la que fue sometida Paola le generó

⁸⁶ Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe del Relator Especial para la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Estudio sobre los fenómenos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el mundo, incluida una evaluación de condiciones de detención*. Doc. A/HRC/13/39/Add.5, 2010, párr. 33.

⁸⁷ Palacios Zuloaga, “The path to gender justice in the Inter-American Court of Human Rights”, 14.

⁸⁸ Sjöholm, *Gender-Sensitive Norm Interpretation...*, 8.

un grave sufrimiento psicológico, el tribunal se rehusó a reconocerlo explícitamente como una violación del derecho a no ser sometida a torturas o a tratos crueles.

Adicionalmente, con su decisión, la Corte IDH incurrió en nociones estereotipadas de lo que constituye el sufrimiento para una niña o mujer víctima de violencia sexual.⁸⁹ La falta de motivación o el total silencio de la Corte para explicar por qué el sufrimiento de Paola a raíz de la violencia sexual no era constitutivo de tortura o tratos crueles permite vislumbrar que, para el tribunal, la niña *no sufrió lo suficiente* como para ser considerada una víctima de esta violación de derechos humanos.

Se podría especular que el tribunal replicó de manera implícita el mismo estereotipo de género en el que se basaron las autoridades ecuatorianas al decidir el caso, al considerar que Paola estaba “enamorada” del vicerrector y que fue ella quien “provocó” los actos de violencia sexual en su contra, lo cual hacía que la situación fuera “menos grave” que un caso en donde la falta de consentimiento es más explícita. También pareciera que los razonamientos de la Corte IDH obedecieron a la concepción generalizada y culturalmente arraigada en la sociedad latinoamericana de que, en casos como el de Paola, la violencia de género es más “aceptable” o “menos grave” y, con ello, perpetuó la idea de subordinación de las niñas y mujeres en la sociedad y su concepción como objetos sexuales.

En efecto, pese a que “el feminismo ha conseguido que se incluyan las preocupaciones de las mujeres en el ámbito de la prohibición de la tortura, lo que ha llevado a reconocer que la violación sexual alcanza el umbral de gravedad requerido para la tortura”⁹⁰ y, además, que la propia Corte IDH ha determinado en numerosos casos que la violación sexual es una forma de tortura,⁹¹ con el Caso Guzmán Albarracín reforzó el sistema patriarcal que considera que las mujeres están subordinadas a los hombres,⁹² al no tener en consideración la finalidad discriminatoria de los actos de violencia cometidos contra Paola al analizar si hubo tortura.

De esta manera, aunque la nueva interpretación del artículo 5.2 de la CADH y el artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura parece objetiva y neutral, en realidad refleja la visión androcéntrica y predominante en la sociedad sobre la subordinación de las mujeres, que invisibiliza las relaciones de poder y de dominación sexual que ejercen los hombres contra estas, particularmente

⁸⁹ Palacios Zuloaga, “The path to gender justice in the Inter-American Court of Human Rights”, 72.

⁹⁰ Sjöholm, *Gender-Sensitive Norm Interpretation...*, 103.

⁹¹ Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, cit., párr. 128; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, cit., párr. 118; Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 250, párr. 132; Corte IDH, Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, Sentencia de 16 de febrero de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 333, párr. 252; Corte IDH, Caso López Soto y otros vs. Venezuela, cit., párr. 184; Corte IDH, Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México, cit., párrs. 191-199.

⁹² Catharine A. Mackinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (Cambridge: Harvard University Press, 1989), 238.

contra las niñas y adolescentes, hasta el punto en que se denota que no son suficientemente excepcionales para calificar como tortura o tratos crueles los hechos cometidos en contra de una niña que sufrió acoso y violación sexual que llevaron a su muerte.⁹³ Ello constituye un obstáculo para alcanzar la igualdad y la justicia de género en la región y, en consecuencia, impide la construcción de un verdadero constitucionalismo feminista latinoamericano.

Conclusiones

La interpretación con perspectiva de género es un deber de la Corte IDH, de los tribunales constitucionales latinoamericanos y, en general, de todas las autoridades públicas en el marco de sus competencias bajo los principios de igualdad y no discriminación. Solo con una interpretación normativa con perspectiva de género, visibilizada a través de la motivación de la sentencia, se podría alcanzar una erradicación de normas, prácticas y preconcepciones estereotipadas y discriminatorias que persisten dentro de la región. A través de estos mecanismos se puede alcanzar una plena transformación del derecho desde un enfoque feminista, libre de discriminación directa e indirecta por motivos de género.

Frente a esta obligación, los tribunales y demás autoridades deben procurar analizar un caso siempre con perspectiva de género en la medida en que sea aplicable. En ese marco, se debe evitar limitar el análisis a la configuración de la violencia de género, como lo continúa haciendo la Corte IDH. Lo anterior exige que se reconozca la gravedad de los daños causados por la violencia y discriminación de género a la luz de todas las disposiciones de la CADH y de los demás instrumentos que forman parte del *corpus juris* interamericano.

De allí se desprende una oportunidad de mejora para la Corte IDH: ningún derecho tiene un contenido y alcance igual cuando se evidencia que existe una situación de vulnerabilidad basada en género que impacta de manera desproporcionada a una persona, y así debe visibilizarlo y desarrollarlo este tribunal. Ese fue el error de la Corte IDH en el Caso Guzmán Albarracín, pues como consecuencia de la falta de un análisis con perspectiva de género del concepto de tortura, no solo obvió su jurisprudencia sobre los elementos de esta grave violación de los derechos humanos, sino que además perpetuó un estereotipo de género bajo el cual la violencia sexual contra las niñas, en cualquiera de sus formas, es menos grave que otros tipos de violencia.

⁹³ Palacios Zuloaga, "The path to gender justice in the Inter-American Court of Human Rights", 29.

Bibliografía

- ASSOCIATION FOR THE PREVENTION OF TORTURE Y CENTER FOR JUSTICE AND INTERNATIONAL LAW. *Torture in International Law: A guide to jurisprudence*. Ginebra: APT y Cejil, 2008.
- BAINES, Beverly, Daphne BARAK-EREZ y Tsvi KAHANA. "The idea and practice of feminist constitutionalism". En *Feminist Constitutionalism global perspectives*, editado por Beverly Baines, 1-12. New York: Cambridge University Press, 2012.
- BASOW, Susan A. "Androcentrism". En *Encyclopedia of Women and Gender, Sex Similarities and Differences and the Impact of Society on Gender*, editado por Judith Worell, 125-135. San Diego: Academic Press, 2001.
- BUCHELY IBARRA, Lina Fernanda. "Género y constitucionalismo. Una mirada feminista al derecho constitucional colombiano". *Revista Ciencia Política*, n.º 9 (2014): 83-107.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence. "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional". En *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, editado por Héctor FIX-FIERRO, 421-457. México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, 2014.
- CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS Y CEPAM-GUAYAQUIL. *Escrito autónomo de solicitudes, argumentos y pruebas*. Guayaquil: Centro de Derechos Reproductivos y Cepam, 2019.
- CHINKIN, Christine. *Gender Mainstreaming in Legal and Constitutional Affairs*. London: Commonwealth Secretariat, 2001.
- CLÉRICO, Laura y Martín ALDAO. "Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano". En *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, coordinado por Armin VON BOGDANDY et al., 217-266. Ciudad de México: Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.
- CRENSHAW, Kimberle. "Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics". *University of Chicago Legal Forum* 1 (1989): 139-167.
- DULITSKY, Ariel. "An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights". *Texas International Law Journal*, n.º 55 (2015): 46-70. <https://law.utexas.edu/faculty/publications/2015-An-Inter-American-Constitutional-Court-The-Invention-of-the-Conventionality-Control-by-the/download>.
- FACIO MONTEJO, Alda. *Cuando el género suena cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. San José: Ilanud, 1992. <http://fundacionjyg.org/wp-content/uploads/2018/05/Cuando-el-g%C3%A9nero-suena-cambios-trae.pdf>.

- FACIO MONTEJO, Alda. "Con los lentes del género se ve otra justicia". *El Otro Derecho*, n.º 28 (2002): 85-102.
- FACIO MONTEJO, Alda y Lorena FRIES. "Feminismo, género y patriarcado". *Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, n.º 6 (2005): 259-294.
- FRANCO MARTÍN, María Elisa. "La garantía del derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia. Combate a la impunidad en los tribunales constitucionales de América Latina (Colombia y México)". *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, n.º 9 (2018): 107-143.
- GARAY MONTAÑEZ, Nilda. "Constitucionalismo feminista: evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo oficial". En *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico*, 267-279. Madrid: Corts Valencianes, 2014.
- MACKINNON, Catharine A. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.
- MACKINNON, Catharine A. "Introducción". En *Feminist Constitutionalism: Global Perspectives*, editado por Beverly BAINES et al. New York: Cambridge University Press, 2012.
- MANTILLA FALCÓN, Julissa. "La importancia de la aplicación del enfoque de género al derecho: asumiendo nuevos retos". *Themis Revista de Derecho*, n.º 63 (2013): 131-146.
- MANTILLA FALCÓN, Julissa. "Derecho y perspectiva de género: un encuentro necesario". *Vox Juris*, n.º 32 (2016): 117-125. <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/779>.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela. "Interamericanización como mecanismo del *ius constitutionale commune* en derechos humanos en América Latina". En *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, editado por Carolina HERNÁNDEZ PARRA, 417-456. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, 2017.
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. A/HRC/7/3, 2008.
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. *Informe del Relator Especial para la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Estudio sobre los fenómenos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el mundo, incluida una evaluación de condiciones de detención*. Doc. A/ HRC/13/39/Add.5, 2010.
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. A/HRC/31/57, 2016.

- NASH ROJAS, Claudio. "Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 585-601. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2009.
- PALACIOS ZULOAGA, Patricia. "The path to gender justice in the Inter-American Court of Human Rights". *Texas Journal of Women and the Law*, n.º 17 (2008): 1-91.
- PARRA VERA, Óscar y Antonio FRANCO FRANCO. "El enfoque de interseccionalidad en la protección judicial contra la discriminación: alcances y desafíos del giro en la jurisprudencia interamericana". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 583-621. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2020.
- PÉREZ, Edward Jesús. *La igualdad y no discriminación en el derecho interamericano de los derechos humanos*. Ciudad de México: CNDH, 2016.
- POYATOS MATAS, Gloria. "Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa". *Iqual. Revista de Género e Igualdad*, n.º 2 (2019): 1-21.
- RUBIO MARÍN, Ruth y Pablo DE GREIFF. "Women and reparations". *The International Journal of Transitional Justice*, n.º 1 (2007): 318-337.
- RUBIO MARÍN, Ruth. "Reparations for conflict-related sexual and reproductive violence: A decalogue". *William & Mary Journal of Race, Gender and Social Justice*, n.º 19 (2012): 69-104.
- SJÖHOLM, Maria. *Gender-Sensitive Norm Interpretation by Regional Human Rights Law Systems*. Leiden-Boston: Brill Nijhoff, 2018.
- THE UNITED NATIONS VOLUNTARY FUND FOR VICTIMS OF TORTURE. *Interpretation of Torture in the Light of the Practice and Jurisprudence of International Bodies*. Ginebra: ONU, 2011.
- TRAMONTANA, Enzamaría. "Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José". *Revista IIDH*, n.º 53 (2011): 141-181.
- VERGEL TOVAR, Carolina. "El concepto de justicia de género: teorías y modos de uso". *Revista de Derecho Privado*, n.º 21 (2011): 128.
- VILLAR, Amparo et al. *Los deseos olvidados. La perspectiva de género y de diversidad sexual en la cooperación al desarrollo, en la educación para la ciudadanía global y en la promoción y defensa de los DDHH de las personas inmigrantes y refugiadas*. Madrid: Nahia, 2008.
- VON BOGDANDY, Armin. "*Ius constitutionale commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador". *Revista Derecho del Estado*, n.º 34 (2015): 3-50.

Jurisprudencia

- CORTE IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 158.
- CORTE IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 160.

- CORTE IDH. Caso González y otras (Campo Algodonero) *vs.* México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 205.
- CORTE IDH. Caso de la Masacre de Las Dos Erres *vs.* Guatemala, Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 211.
- CORTE IDH. Caso Fernández Ortega y otros *vs.* México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 215.
- CORTE IDH. Caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 216.
- CORTE IDH. Caso Gelman *vs.* Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 221.
- CORTE IDH. Caso Bueno Alves *vs.* Argentina, Sentencia de 11 de mayo de 2011, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 164.
- CORTE IDH. Caso Masacres de Río Negro *vs.* Guatemala, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 250.
- CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) *vs.* Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 257.
- CORTE IDH. Caso J. *vs.* Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 275.
- CORTE IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono *vs.* Surinam, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 309.
- CORTE IDH. Caso IV *vs.* Bolivia, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 329.
- CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília *vs.* Brasil, Sentencia de 16 de febrero de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 333.
- CORTE IDH. Caso V.R.P, V.P.C y otros *vs.* Nicaragua, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 350.
- CORTE IDH. Caso López Soto y otros *vs.* Venezuela, Sentencia de 26 de septiembre de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 362.
- CORTE IDH. Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco *vs.* México, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 371.
- CORTE IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) *vs.* Argentina, Sentencia de 6 de febrero de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 400.
- CORTE IDH, Caso Azul Rojas Marín y otra *vs.* Perú, Sentencia de 12 de marzo de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 402.

- CORTE IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras *vs.* Ecuador, Sentencia de 24 de junio de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 405.
- CORTE IDH. Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus *vs.* Brasil, Sentencia de 15 de julio de 2020, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 427.
- CORTE IDH. Caso Vicky Hernández y otras *vs.* Honduras, Sentencia de 26 de marzo de 2021, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 422.
- CORTE IDH. Caso Guerrero, Molina y otros *vs.* Venezuela, Sentencia de 3 de junio de 2021, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 424.
- CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Serie A, núm. 422.
- CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A, núm. 24.

Raquel Victoria Domínguez Padilla* (Ecuador)

¿Igualdad para diversos? Problemas de la igualdad material frente a la diversidad**

RESUMEN

En el presente artículo cuestionamos la efectividad del uso de la igualdad (en su connotación material o sustancial) para la garantía y el ejercicio de los derechos de las “personas diversas”; analizamos los escenarios y las razones por las que la igualdad material y sus elementos esenciales resultan perjudiciales, incomprensidos o insuficientes para garantizar los derechos de los diversos. Los problemas planteados serán, en su mayoría, de naturaleza discriminatoria, pues en todos los casos el rasgo diferenciador es la razón de fondo por la que se entorpece o radicalmente se niega el pleno disfrute de los derechos en general y de los derechos reconocidos a los diversos en particular. Así, veremos que en la implementación de la igualdad sustancial pueden surgir problemas por rechazo a las políticas de acción afirmativa, por una errónea aplicación de estas o por insuficiencia de los derechos específicos reconocidos a los diversos.

Palabras clave: igualdad material; diversos; discriminación.

Equality for diverse persons? Problems of material equality with regard to diversity

ABSTRACT

In this article we question the effectiveness of the use of equality (in its material or substantive connotation) for the guarantee and exercise of the rights of “diverse

* Abogada; magíster en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar. Ganadora del Premio Contenta de la Universidad de Guayaquil. Becada por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. draseig@gmail.com / código orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1113-3015>.

** Una primera versión de este artículo hace parte de la tesis elaborada por la autora para la obtención del título de magíster en el Programa de Maestría en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

persons."We analyze the scenarios in which, and the reasons why, material equality and its essential elements are harmful, misunderstood, or insufficient to guarantee the rights of diverse persons. Most of the problems raised will be of a discriminatory nature, since in all cases the differentiating feature is the underlying reason why the full enjoyment of rights in general, and of the rights recognized to diverse persons in particular, is hindered or radically denied. Thus, we will see how problems may arise in the implementation of substantive equality due to the rejection of affirmative action policies, the erroneous application of such policies, or the insufficiency of specific rights recognized to diverse persons.

Keywords: material equality; diverse persons; discrimination.

Gleichheit für diverse Personen? Probleme bei der materiellen Gleichheit angesichts der Diversität

ZUSAMMENFASSUNG

Im vorliegenden Beitrag hinterfragen wir die Effektivität des Rückgriffs auf die Gleichheit (in ihrer inhaltlichen oder substantiellen Konnotation) um sicherzustellen, dass „diverse Personen“ ihre Rechte wahrnehmen können, und analysieren die Szenarien und Gründe, aufgrund derer die materielle Gleichheit und ihre wesentlichen Elemente bei der Gewährleistung der Rechte dieser Personen mit Nachteilen verbunden sind, nicht verstanden werden oder unzureichend sind. Die vorgefundenen Probleme sind in den meisten Fällen diskriminatorischer Art, da in sämtlichen Fällen das Unterscheidungsmerkmal der eigentliche Grund dafür ist, dass der uneingeschränkte Genuss von Rechten im Allgemeinen und der anerkannten Rechte von diversen Personen im Besonderen erschwert oder vollständig verweigert wird. Probleme bei der Umsetzung der substantiellen Gleichheit lassen sich daher auf folgende Ursachen zurückführen: Ablehnung einer Politik der positiven Maßnahmen, fehlerhafte Umsetzung einer solchen Politik, oder Unzulänglichkeiten hinsichtlich der anerkannten Rechte von diversen Personen.

Schlagwörter: Materielle Gleichheit; diverse Personen; Diskriminierung.

*Estoy buscando a una persona que entienda mi lenguaje
y lo hable. Una persona que, sin ser paria, cuestione no solo
los derechos y el valor de los marginados, sino también,
de las personas que dicen ser normales.*

XAVIER DOLAN, *Laurence Anyways*.

Introducción

La igualdad, entendida como el principio rector por excelencia de los ordenamientos jurídicos –especialmente de los concernientes a los derechos humanos–, junto con

otros, como el de la dignidad humana, constituye no solo un medio de exigibilidad de derechos, sino que también representa un límite para las acciones tanto del Estado como de los particulares. Sin embargo, debemos tener en cuenta que la noción de igualdad era, en los albores de la humanidad, y aun en los del derecho, un principio totalmente inexistente, ya que, como muchos otros conceptos, este es una invención humana, una ficción que no tiene lugar en la naturaleza, ni siquiera por defecto.¹

Así, este concepto eminentemente político tuvo que atravesar todo un proceso de construcción y perfeccionamiento (filosófico, académico, sociocultural), pues, desde que se esbozaron las primeras teorías jurídicas y filosóficas concernientes a la igualdad, tanto sus definiciones como sus interpretaciones han sido modificadas, corregidas y aumentadas en múltiples ocasiones. Y es que precisar con claridad el alcance y la profundidad de la igualdad ha sido una tarea ardua ya que implica, en principio, olvidar lo evidente: la diversidad, las diferencias notorias y sutiles de cada ser humano, de cada circunstancia.

De esta manera, para que el concepto de igualdad subsista y no vulnere derechos a su paso se han tenido que considerar otras nociones fundamentales que influyen y mejoran su contenido directamente, tales como: la diferenciación, la discriminación, la razonabilidad, la justicia, entre otras. Entonces, producto del abundante análisis dialéctico-hermenéutico de la igualdad (en el que se evidenciaron las necesidades sociales y los problemas en la aplicación de este concepto), actualmente, se podría afirmar que se ha llegado a un consenso global respecto a la aceptación de que existen, al menos, dos tipos de igualdad: la igualdad formal o igualdad ante la ley y la igualdad material o sustancial.

La connotación material es el culmen del proceso de construcción del contenido de la igualdad, pues con ella se hace un intento por corregir los problemas y vacíos jurídicos que deja la igualdad formal, enfocándose especialmente en las personas que conforman las denominadas categorías sospechosas (también conocidas como “grupos vulnerables”, “grupos en riesgo”, o como se refiere en este trabajo: “personas diversas”, o simplemente “diversos”). Esto, porque es sobradamente conocido que la aplicación de la connotación formal de la igualdad puede crear escenarios de discriminación –con la consiguiente violación de derechos– cuando se aplica sin distinción en personas vulnerables.

Ahora bien, aunque la igualdad material representa el mayor avance en la garantía de los derechos de los diversos, su aplicación no está exenta de complicaciones. En este ensayo veremos que, para los diversos, el uso de la igualdad sustancial como

¹ Autores como Pérez Royo sostienen que “naturalmente los individuos no son ni desiguales ni iguales. Son simplemente diferentes. La desigualdad y la igualdad no existen en la naturaleza. Son exclusivamente políticas. [...] La igualdad no tiene nada de natural. La igualdad es exclusivamente artificial. El esfuerzo intelectual para pasar de las diferencias personales a la igualdad es enorme” (Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional* [Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000], 244-47).

sustento teórico para la garantía de derechos es un recurso que al día de hoy plantea muchas dudas y evidencia serias problemáticas sociales.

Encontramos que las primeras dificultades se originan en cuestionamientos sobre la implementación de políticas de acción afirmativa y quienes se benefician de ellas. Además, de la misma manera que en la igualdad formal, en este tipo de igualdad pueden presentarse problemas debido a una errónea aplicación, especialmente de las políticas de acción afirmativa. Finalmente, cerraremos este ensayo analizando algunos problemas relacionados con la insuficiencia de los derechos específicos reconocidos a los diversos.

1. Cuestionamientos (rechazo) a las políticas de acción afirmativa

La principal función del Estado es garantizar la seguridad de sus ciudadanos. Como bien señala Carlos H. Filgueira, este objetivo se logra “por medio de la transferencia de recursos, bienes y servicios, así como mediante el uso de políticas reguladoras tanto específicas (sectoriales) como generales”.² Pero, en el momento de satisfacer necesidades, es importante tener en cuenta que si bien todos los miembros de una sociedad tienen derecho a que el Estado se preocupe por cubrir sus derechos constitucionales, también es cierto que existen sectores de la ciudadanía que por sus circunstancias específicas son identificados como “vulnerables”, o sectores “en riesgo”, los cuales ameritan mayor atención para la satisfacción de sus derechos.

En este escenario, se vuelve trascendental identificar a estos grupos de la sociedad, a fin de crear políticas y mecanismos de acción orientados específicamente a la protección privilegiada de estos sectores, en el entendido de que, como señala Filgueira, el proceso de identificación de grupos vulnerables es un componente del proceso general de construcción política y social de la realidad, que busca llegar a un consenso social respecto de la vulnerabilidad y la conformación de los grupos en riesgo.³

Sin embargo, en la práctica, este proceso es muy complejo y pueden presentarse problemas al tratar de establecer límites en los grupos que conviven en la sociedad, además de argumentos en contra,⁴ sobre todo respecto de los derechos (o “privilegios”) que se pretenden implementar mediante políticas preferenciales.

² Carlos H. Filgueira, “Bienestar, ciudadanía y vulnerabilidad en América Latina”, en *Globalización, ciudadanía y política social en América Latina: tensiones y contradicciones*, ed. por Andrés Pérez Baltodano (Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1997), 124.

³ Filgueira, “Bienestar, ciudadanía y vulnerabilidad en América Latina”, 124.

⁴ Por parte de sectores de la población que no miran con buenos ojos que el Estado adopte medidas de apoyo en favor de ciertos grupos exclusivos de personas, “sin mayor mérito que el de haber nacido con cierta característica o de haberla adquirido muchas veces accidentalmente”. Adicionalmente, Roberto Gargarella explica que una de las principales críticas que

Entre los mayores argumentos en contra de las políticas de acción afirmativa está el que confronta la asignación de beneficios concedidos por *generalización* contra los otorgados por *meritocracia*. La razón de esto es que, para la generalización,⁵ en principio bastaría con la sola verificación de una condición para ser acreedor de un derecho. Mientras que, con la meritocracia, los beneficios que otorga el Estado se dan únicamente en razón de los méritos que cada ciudadano tiene producto de su trabajo. Lo que sostienen quienes están en desacuerdo es que presentar características distintas a las del promedio puede deberse simplemente a coincidencias desafortunadas en las que la voluntad de los individuos no jugó ningún papel y, en este sentido, no darían cuenta de un esfuerzo por parte de las personas beneficiadas, por lo que no se justificaría una intervención estatal.

En este caso, una posible solución consistiría en establecer políticas preferenciales flexibles, que no funcionen con base en estándares “rígidos”, sino que se apliquen después de haber realizado un análisis minucioso, que estudie cada caso, individuo por individuo,⁶ y así se valore tanto el componente grupal como el de la diversidad de los méritos personales dentro de cada grupo.

Este primer contraargumento presenta un importante problema y es que, al percatarnos de que “cada uno de nosotros pertenece, al mismo tiempo, a una diversidad de ‘comunidades’⁷ relevantes”,⁸ se torna mucho más difícil justificar por qué se beneficia a determinados grupos sobre otros. Establecer el criterio según el cual ha de favorecerse a un sector de la sociedad podría crear las primeras discrepancias, pues todos los miembros (o al menos la mayoría) de cada grupo tratarían de justificar su derecho a gozar de las políticas preferenciales que otorga el Estado a grupos específicos.

Sin embargo, esta preferencia entre grupos puede explicarse cuando reconocemos que muchos de ellos han alcanzado su afirmación como grupo vulnerable

se presentan en contra de las políticas de acción afirmativa a favor de grupos vulnerables se fundamenta en que dichas medidas violentarían el principio según el cual *nadie debe ser tratado peor a partir de circunstancias que no están bajo su propio control*, como son la etnia, la raza, el género, ciertas condiciones de salud, entre otras (Roberto Gargarella, *Derecho y grupos desaventajados* [Barcelona: Gedisa, 1999], 23).

⁵ La generalización se produce cuando hablamos de *grupos* de mujeres, indígenas, afrodescendientes, discapacitados y otros. Ella debe realizarse inevitablemente para establecer qué grupos se encuentran en mayor desventaja.

⁶ Gargarella, *Derecho*, 27.

⁷ Así, por ejemplo, una misma persona puede pertenecer al mismo tiempo, a los grupos: mujer, raza negra, pobre, analfabeta, y presentar alguna diversidad funcional; en este escenario se presenta un primer problema, al confluir varias características “de riesgo” en una sola persona, pues nos vemos en la tarea de resaltar una circunstancia particular que la desfavorece más que las otras, pero ¿qué determina la característica que se ha de resaltar? El Estado deberá explicar por qué un grupo “x” es favorecido y no un grupo “y”, o en razón de qué los integrantes de un grupo tienen muchas más medidas de satisfacción en relación con los miembros de otros grupos o que la ciudadanía en general.

⁸ Gargarella, *Derecho...*, 24.

después de un largo proceso, fundamentándose en “su número, en el peso de sus reclamos o en el nivel de sus necesidades”.⁹

Por otro lado, uno de los problemas prácticos que debe afrontar la sociedad cuando beneficia a ciertos sectores de la población es el que surge cuando se configura una conducta de *asimilación*. Esto sucede cuando la gente siente la necesidad de pertenecer al grupo ayudado, más que defender su propia identidad (se pierde la identificación de la pertenencia a su grupo originario). De lo anterior se deriva que se originen rivalidades y prejuicios entre los distintos grupos que coexisten en la sociedad, dado que pueden surgir valoraciones negativas respecto de los reclamos de otros grupos e indiferencia respecto al estado de satisfacción de las necesidades de los demás grupos.

Estos problemas sirven como fundamento para quienes se oponen a la implementación de políticas preferenciales, pues desde esta perspectiva parecería que funcionan más bien como generadoras de conflictos entre grupos, y no como medidas orientadas a alcanzar la justicia social a través de la equidad en la distribución de recursos estatales. Pero, esta “oposición” no siempre está compuesta exclusivamente por personas que observan las realidades de los grupos diversos desde “afuera”, sino que dentro de las reacciones de la ciudadanía debemos tener en cuenta la opinión de las mismas personas “favorecidas” por las políticas preferenciales.

Ellas han señalado que sería incorrecto negar que en ciertas ocasiones las medidas adoptadas tienen un efecto no deseado que afecta la dignidad de los miembros de grupos vulnerables, pues la implementación de las medidas muchas veces es considerada (sobre todo para el resto de la sociedad) como la evidencia de que ellos no están en capacidad de solucionar por sí solos su “situación de desventaja relativa”.¹⁰ Y, además, que conforman un segmento de la sociedad altamente dependiente de las prebendas del Estado (en un sentido negativo).¹¹

Ahora, un último contraargumento que tiene mucha fuerza es el que considera importante analizar la *eficacia* de las políticas preferenciales. Al respecto, cabe preguntarnos si estas medidas realmente alcanzan su objetivo de acabar con las inequidades históricamente soportadas por ciertos grupos de personas o solo tienen un efecto paliativo que no representa un valor relevante a largo plazo.

Así mismo, hay que tener presente que, aunque existe una multiplicidad de grupos en desventaja, las políticas de acción afirmativa suelen centrarse en determinados grupos más que en otros. Por ejemplo, Macarena Sáenz Torres explica este hecho mediante la comparación de dos grupos vulnerables, el de los homosexuales y el de

⁹ Gargarella, *Derecho...*, 26.

¹⁰ Gargarella, *Derecho...*, 25.

¹¹ Gargarella, *Derecho...*, 25.

las mujeres en Chile, resaltando que aún entre estos dos grupos existen sujetos más desfavorecidos que otros por el derecho.¹²

Así, cuando se habla de las mujeres, sabemos que el derecho ha favorecido durante mucho tiempo la jerarquía de inferioridad que se les ha asignado a estas frente a los hombres, y los roles de género en la sociedad se han normalizado incluso en el ámbito jurídico. Sin embargo, la mujer no es un ser indiferente para el derecho; aunque subordinada, menospreciada y categorizada, la mujer ha ocupado (a golpe de mucho esfuerzo) un espacio en las leyes.

No ocurrió de la misma manera con las personas homosexuales, quienes han sido ampliamente ignoradas en el espacio legal (sin mencionar el alto grado de persecución social que han sufrido) y solo en las últimas décadas se ha empezado a debatir sobre la exigibilidad de sus derechos. El contraste llega a ser escandaloso si recordamos que, desde finales de los años ochenta hasta inicios del siglo XXI, mientras las mujeres empezaban a gozar de las primeras medidas de acción afirmativa,¹³ los homosexuales (especialmente hombres, por el solo hecho de ser homosexuales) eran reprimidos penalmente hasta 1999, cuando se derogó la norma que tipificaba la sodomía como delito en Chile.¹⁴ Así, hasta la fecha, los homosexuales conforman un grupo totalmente olvidado para la asignación de medidas de acción afirmativa.

¹² Macarena Sáenz Torres, “Una relación de amor y odio: el derecho y los discriminados”, en *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, ed. por Roberto Saba (Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2003), 312-13.

¹³ Como hitos tenemos que: “1. En 1988, el consejo general del naciente Partido por la Democracia (PPD) aprueba introducir una cuota interna de un 20% para todos los cargos colectivos del partido. Posteriormente, el Partido Socialista (PS) y la Democracia Cristiana (DC) también introducirán normas similares; 2. En 1989 se aprueba la Ratificación de la Comisión contra la Discriminación Femenina de las Naciones Unidas de 1979. Esta sugiere explícitamente el desarrollo de medidas de acción afirmativa para disminuir la brecha de género; 3. Durante los años noventa la Cámara de Diputados aprueba el ingreso de Chile al Comité de la Convención de la ONU (CEMU), orientado a fiscalizar el cumplimiento de medidas para la igualdad de género y permite llevar a cortes internacionales casos de discriminación. Sin embargo, el Senado no aprobó esta moción; 4. En 1990, durante el gobierno de Patricio Aylwin, se crea el Sernam, organismo especialmente dedicado al desarrollo de políticas que disminuyan la discriminación femenina [...]. Las políticas de acción afirmativa se consideran como parte de sus lineamientos de trabajo. En efecto, en documento del año 2000 se propone ‘desarrollar mecanismos de acción positiva que incrementen la participación efectiva de las mujeres en lo cargos de elección popular’; 5. En 1997, un grupo de diputadas de la concertación propone una modificación de la ley de Partidos Políticos, la Ley Orgánica Municipal y la ley de Votaciones y Escrutinios, para que se introduzca un sistema de cuotas en las candidaturas a cargo de elección popular. El proyecto se archivó sin discusión. 6. A comienzos del año 2001, siendo ministra de Sernam Adriana Delpiano, se logra introducir un indicador de género en el formulario de evaluación del Presupuesto. Esto implica que todas las metas propuestas por los diferentes ministerios sectoriales y políticos deben incluir en su formulación esta preocupación” (tomado de Magdalena Claro, *Acción afirmativa. Hacia democracias inclusivas* [Santiago: Fundación Equitas, 2005], 67-68).

¹⁴ Sin embargo, en el Código Penal chileno se encontró otro camino para este fin, pues existe una norma que sanciona a “los que de cualquier modo ofendieren el honor y las buenas

Con hechos como estos, nos preguntamos: ¿hasta qué punto se podría hablar de transparencia en el trato a grupos vulnerables?, ¿acaso existen grupos más vulnerables que otros? Y de ser así, ¿cómo se sustentan estas diferencias (y principalmente los distintos niveles de ayuda que reciben) entre grupos, sin afectar su identidad? La cuestión más importante sería: ¿existe algún criterio racional que justifique la discriminación de grupos discriminados?

Al final, para gozar de plena validez tanto legal como constitucional, las políticas que se implementen en cada caso deberán defender un objetivo claro: “contribuir a que ningún grupo resulte *arbitrariamente* desaventajado” (énfasis agregado).¹⁵ El nivel de eficacia de las medidas adoptadas dependerá de muchos factores y variará según las circunstancias de cada sociedad,¹⁶ por lo que no existe una receta perfecta que se pueda aplicar universalmente para combatir la discriminación y las situaciones de vulnerabilidad. En este mismo sentido, señalamos que, en efecto, en cada sociedad se pueden verificar grupos diversos más vulnerables que otros –la vulnerabilidad en sí misma es una condición altamente variable– y el tipo de ayuda que reciban deberá ser *equitativo y no igualitario* para que pueda servir en una realidad concreta. Lo anterior no es sinónimo (o no siempre) de discriminación, sino de reconocimiento y valoración de situaciones *ad hoc* que ameritan mayor atención –en un lugar y tiempo determinados– y que, por lo tanto, deben tratarse con prioridad.

2. Problemas por errónea aplicación de las medidas de acción afirmativa: discriminación directa

Respecto de la igualdad material, uno de los aspectos que se debe vigilar con mayor cuidado es el de la verificación de los elementos constitutivos –y que al mismo tiempo cumplen la función de límites– de las medidas de acción afirmativa. Judith Salgado Álvarez, citando a María José Añón, señala los siguientes elementos constitutivos de las acciones positivas:

- a) La existencia de una desigualdad real, desventaja, inferioridad o discriminación que obstaculiza la realización de igualdad de oportunidades de un grupo específico frente al resto.

costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia” (Chile, *Código Penal*, 12 de noviembre de 1874, art. 313). Este tipo penal ha sido utilizado como medio para la represión social de prácticas homosexuales en público (travestis con mayor frecuencia).

¹⁵ Saba, *El derecho como objeto...*, 25.

¹⁶ Pero, entre los muchos factores y circunstancias, creemos que los socioculturales son sustanciales y que, además, se podrían mejorar con una educación adecuada. Esto, por supuesto, implica un trabajo de largo aliento, pues no puede llevarse a cabo sin un cambio de mentalidad, de lenguaje, de costumbres. Cambios que, como sabemos, no se dan de la noche a la mañana y, como se ha registrado en la historia, en no pocas ocasiones el otorgamiento de medidas a favor de grupos vulnerables se ha dado a costa de sangre y sufrimiento.

- b) La relación entre la desigualdad y la pertenencia a un determinado grupo social.
- c) La contextualización de las medidas cuyo contenido y tipo dependen de las circunstancias y el caso.
- d) El carácter temporal de las medidas hasta alcanzar la igualdad real.
- e) La razonabilidad, proporcionalidad y coherencia de las medidas con el principio de igualdad material.¹⁷

De estos elementos, nos enfocaremos en los factores de *contextualización*, *temporalidad* y *justificación* porque, como veremos, su inobservancia puede acarrear problemas graves de discriminación de derechos.

Ahora, como se aprecia, todos los elementos que caracterizan a estas medidas giran en torno a un hecho cierto: la comprobación de una situación de desigualdad, desventaja o discriminación *específica* (es decir, de unos hechos *determinados* y de un grupo social bien *identificado*). Hacemos énfasis en que la situación es específica porque, en razón de ello, las medidas también deben tener este carácter, es decir, “dependen [directamente] de las circunstancias en las que se ha producido [la] desigualdad”.¹⁸ Por esto es que, como punto de partida, es fundamental identificar cuidadosamente cuáles son las circunstancias de contextualización, ya que estas condicionan en gran medida el direccionamiento y la correcta elaboración de las acciones afirmativas.

Al pensar en las posibles medidas por aplicar se debe considerar que la desigualdad puede presentarse en distintas formas, por lo que las medidas deben corresponder a la realidad social, económica, laboral o política (o su conjunto) en la(s) que ciertas diferencias son consideradas inferiores. Como bien apunta José García Añón, “en unos casos estarán justificadas medidas más ‘fuertes’”;¹⁹ pero en *otros contextos*, recurrir a las mismas medidas sería injusto e incluso discriminatorio.

Otro elemento determinante y que se relaciona estrechamente con el carácter circunstancial antes mencionado es el de la *temporalidad* –o transitoriedad– de las medidas. En este punto es necesario aclarar que las medidas de acción afirmativa son limitadas en su tiempo de vigencia, aun cuando el factor o rasgo que posee el grupo favorecido sea permanente. Esto es así porque lo que se analiza para considerar necesaria la aplicación de estas medidas, no es simplemente el carácter permanente

¹⁷ María José Añón, *Igualdad, diferencias y desigualdades* (México, D. F.: Distribuciones Fontamara, 2001), 50-51.

¹⁸ José García Añón, “Los derechos de las personas con discapacidad y las medidas de acción afirmativa en el ordenamiento jurídico español. Algunos apuntes en relación a la propuesta de Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad”, en *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, ed. por José García Añón (Madrid: Dykinson, 2004), 100.

¹⁹ García Añón, “Los derechos de las personas con discapacidad y las medidas”, 101.

de un distintivo, sino la *consideración de esa característica como una desventaja por la sociedad*.²⁰

De lo anterior se deriva que, si se prolonga el uso de una medida de este tipo, en circunstancias en las que *ya no existe* una situación de desigualdad o desventaja, en ese escenario se configuraría una *discriminación de tipo directo*, que afectaría a las personas excluidas por las medidas. En este caso, las medidas de acción afirmativa resultarían discriminatorias para los demás por beneficiar a ciertos grupos cuando *ya no lo necesitan*.

Finalmente, debemos señalar que de los factores contextual y temporal también va a depender el elemento que supone un sustento para la justificación de las acciones afirmativas, esto es, “la razonabilidad, proporcionalidad y coherencia de las medidas con el principio de igualdad material”. Pues, a fin de evitar la arbitrariedad, para que en la aplicación de estas medidas no se generen nuevas discriminaciones, se deberá tomar en consideración si, efectivamente, la condición de un sujeto es razón suficiente para justificar la implementación de un trato desigual en unas circunstancias y tiempos determinados. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha señalado que “el sexo femenino, no es razón suficiente para legitimar las medidas que protejan a las mujeres ni se puede considerar como criterio de diferenciación”²¹ (aunque esto puede ser muy diferente en realidades como las latinoamericanas).

Con esto queremos decir que la argumentación que abogue por la instauración de determinadas medidas no debe limitarse (o no en todos los casos) a la sola referencia de una característica diferenciada de los diversos, sino que la lógica nos obliga a pensar, por ejemplo, en la concurrencia de otros requisitos, como los méritos y capacidad indispensables para acceder a la puntuación extra por pertenencia étnica, en el caso de las cuotas reservadas en el mercado laboral público.

3. Problemas por insuficiencia de los derechos específicos

Tomando en cuenta que la igualdad material busca la igualdad en los hechos, y siendo conscientes de que esto no se logra únicamente con la implementación de políticas preferenciales, celebramos el reconocimiento de ciertos derechos específicos a los diversos, como una herramienta que ayude a combatir las situaciones de desventaja. Sin embargo, en este apartado nos enfocamos en algunos inconvenientes que estos derechos pueden presentar.

²⁰ García Añón, “Los derechos de las personas con discapacidad y las medidas”, 101.

²¹ José García Añón recoge este criterio de las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional español: 81/1982, F.J. 1º; 128/87, de 16 de julio, F.J. 6º; 241/88; 19/89; 148/90; 145/91; 3/93, F.J. 3º; 317/94, F.J. 2º (García Añón, “Los derechos de las personas con discapacidad y las medidas”, 102).

Al respecto, podríamos hablar de problemas comunes que afectan a todos –o al menos a la mayoría– los diversos, y de problemas particulares que solo pueden verificarse y entenderse desde realidades específicas. Ambos problemas tienen su origen en el derecho y su fantasioso “poder regulatorio omnipotente”, pues, como es ampliamente conocido, el sistema jurídico pretende regular todos los casos que puedan presentarse en la vida cotidiana; y, como también es conocido, esa pretensión no es real por cuanto el sistema jurídico no regula todo.

3.1. Problemas comunes a todos los diversos

3.1.1. *El gran problema, persiste la inobservancia de la diversidad*

Elizabeth Jelin, se pregunta: “¿qué significa igualdad de derechos en la educación de un chico discapacitado, o cuya lengua materna no es la de la escuela pública?”.²² Esto, en el contexto de la igualdad formal y sus insuficiencias, pero nosotros sostenemos que este también es un problema que involucra a la igualdad material, especialmente, a sus derechos específicos. Porque, aunque nos cueste aceptarlo, en muchos casos –o en la mayoría–, lo único que se logra con estos “derechos especiales” es evitar que los diversos sean excluidos de la titularidad de los derechos comunes a todos. Y con este logro aparente se olvida que, para los diversos, reconocérseles un derecho (común) no significa necesariamente que se tomen en cuenta, *en la práctica*, las específicas necesidades que tienen en razón de su particular filosofía de vida, cultura, sexo, raza, capacidades, orientaciones o condiciones.

Esto significa, retomando el caso del “chico discapacitado”, que él deberá resolver por *su cuenta* el problema de la dificultad o imposibilidad –que, de manera aislada o conjunta, puede presentarse– de *acceso* a determinada institución (diversidad funcional²³ física); de *entendimiento y comunicación* (diversidad funcional auditiva, visual, mental, psíquica e intelectual) y de *interacción social* (diversidad funcional psíquica).²⁴

²² Elizabeth Jelin, “Mujeres, género y derechos humanos”, en *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*, coord. por Elizabeth Jelin y Eric Hershberg (Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1996), 194.

²³ Acogemos la expresión “diversidad funcional”, en lugar de “discapacidad” o “minusvalía”, por ser más adecuada respecto a las condiciones de estas personas y porque atiende a su dignidad. El término fue acuñado por Javier Románach y Manuel Lobato, “Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano”, *Blog de Foro vida independiente*, acceso el 26 de julio de 2009, <http://forovidaindependiente.org/diversidad-funcional-nuevo-termino-para-la-lucha-por-la-dignidad-en-la-diversidad-del-ser-humano/>.

²⁴ Oscar Castellero Mimenza, “Los 6 tipos de discapacidad y sus características”, *Psicología y mente*, acceso el 16 de agosto de 2018, <https://psicologiymente.com/salud/tipos-de-discapacidad>.

Y en el caso de la lengua materna diferente, tal escenario (tan familiar en nuestro medio andino) implica la adecuación del sujeto diverso a la típica “educación” impuesta desde la lógica del Estado-nación, que poco o nada entiende de culturas ancestrales, costumbres o tradición. Esta educación, ajena a la realidad de los indígenas, obedece a modelos occidentales monoculturales, donde la castellanización es obligatoria, y, como bien señala Rodolfo Stavenhagen, pueden considerarse “*etnocidas*”²⁵ porque fomentan la aculturación unilateral y por ende la desintegración de los grupos indígenas” (énfasis agregado).²⁶ Ante estas situaciones, nos preguntamos, ¿dentro de qué marco lógico aquello es justo para los diversos funcionales, para los indígenas... para los diversos en general?

El detalle de todo esto es que aun teniendo el “acceso” a un derecho tan importante como el de la educación, no se puede decir que estas personas gocen plenamente de aquel sino que, más bien, padecen situaciones de discriminación porque no se contemplaron sus diferencias en la formulación de derechos específicos, y mucho menos se consideró que la ejecución de un derecho no es lo mismo que su mera titularidad.

Circunstancias semejantes se verifican respecto de los derechos específicos de estos y otros diversos, y las complicaciones que existen para ejercerse en la práctica, en diferentes áreas, como salud, laboral, acceso a la justicia y otras. Además, se pueden presentar situaciones en las que distintos tipos de derechos adquieren mayor importancia por confluir en temas delicados, como el de las mujeres en estado de gestación y maternidad (especialmente en los casos de embarazos de alto riesgo y madres con enfermedades crónicas o catastróficas, porque la posibilidad de mortalidad aumenta en ellas) y sus derechos laborales.

3.1.2. *No todos son sujetos plenos de derechos (continúa la segregación)*

Probablemente, uno de los mayores riesgos derivados de la especificidad extrema de ciertos cuerpos normativos sea el de dejar sin cobertura de derechos específicos a determinados segmentos necesitados de la sociedad. En este apartado abordaremos este tema recurriendo a los casos de tres diversos: los del grupo LGBTIQ+ (rechazados como grupo), los indígenas y los diversos funcionales (separados individualmente por incumplimiento de requisitos).

El problema de la segregación adquiere una escala mayor si se verifica en los derechos reconocidos en una constitución. Tenemos un claro ejemplo de esto en la

²⁵ El etnocidio, según explica Stavenhagen, “representa a su manera una forma de ‘*genocidio cultural*’ y en este sentido se considera una violación de los derechos humanos” (Rodolfo Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, en *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*, coord. por Elizabeth Jelin y Eric Hershberg [Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1996], 157).

²⁶ Rodolfo Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, 154.

Constitución de Ecuador de 2008, en la que se consagraron ciertos derechos específicos a favor de algunos grupos de personas consideradas en situación vulnerable, pero en ellos no se reconocen a todos los grupos en desventaja presentes en la sociedad ecuatoriana actual.

Los *derechos de las personas y grupos de atención prioritaria* están dirigidos a personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con diversidad funcional, personas privadas de libertad, quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, personas en situación de riesgo y a las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos.²⁷ Como se observa, en esta norma –y de hecho en toda la Constitución– no se toma en cuenta, *prima facie*, a las personas pertenecientes al grupo LGBTIQ+ (a menos que se considere que están en situación de riesgo), a pesar de que este ha sido un grupo que históricamente ha sufrido discriminación y que se encuentra en permanente estado de vulnerabilidad.

También podríamos mencionar el caso de los indígenas y sus derechos colectivos, donde juegan un papel trascendental los factores *verificables* de la “indigenidad” y la “territorialidad”. Respecto del primer factor, surgen problemas importantes, porque si la indigenidad implica una “continuidad histórica entre la población indígena original y la que actualmente se identifica como descendiente directa de aquella”,²⁸ y, además, esa “continuidad histórica” se refiere tanto a su parte genética como a su parte cultural, ¿hasta qué punto puede hablarse de continuidad si consideramos, por ejemplo, los procesos de mestizaje y aculturación que se han producido globalmente?

Habría que pensar en qué es lo que sucede en circunstancias en las que la indigenidad no se cumple totalmente. Si un indígena tiene el genotipo, pero (por las razones que fueran) no la cultura de su pueblo, o viceversa, ¿esto lo descarta como sujeto de derechos específicos?, ¿un indígena deja de serlo –o lo es menos– si deja de usar sus trajes típicos? Estos escenarios nos permiten evidenciar que, una vez más, los derechos de los diversos constituyen derechos *asignados* a “otros”, mismos que paradójicamente (junto con las condiciones que se exigen para su verificación), para que puedan ejercerse, deben ser reconocidos, concedidos y aprobados por sociedades que *no son parte de esa otredad*, que por lo mismo no la entienden y que, en razón de ello, la mantienen en situación de marginalidad.

Esto es cierto si reconocemos que, en las sociedades latinoamericanas, se juzga la indigenidad desde –o únicamente– el lado *estético*; así, los rasgos identitarios externos importan más porque son más visibles. Por ejemplo, en Ecuador, para el blanco-mestizo promedio, es indígena aquella persona que “parece indio” (con toda la carga despectiva y subordinante con la que se usa este término), pues como concluye Carlos de la Torre, “no es necesario ‘vestir como indio’ o hablar el quichua

²⁷ Ecuador, *Constitución de la República* (Manabí: Registro Oficial 449, 2008), art. 35.

²⁸ Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, 161.

[aspectos culturales] para ser estigmatizado como indio. Basta tener un apellido que suene “indio”, o rasgos “indígenas” para ser clasificado como indio”.²⁹

Además, como advierte De la Torre, la “identificación” de los indígenas se trata más bien de una *estigmatización*, pues ese reconocimiento no se lo hace precisamente en aras de atribuirles algún tipo de derecho especial, ya que se asimila al indígena como un sujeto lleno de características negativas: “vagos, incumplidos, indisciplinados, irracionales, poco sistemáticos, desorganizados, botarates, melancólicos, traicioneros”.³⁰ Al etiquetar a alguien como indígena o “indio”, la sociedad blanco-mestiza no pretende entablar una relación de interculturalidad verdadera. El interés, cuando existe (y salvando honrosas excepciones), casi nunca va más allá del uso folclórico de los indígenas como atractivo turístico.³¹

Así, nuestras sociedades discriminatorias hacen que la indigenidad sea una característica que, en vez de funcionar como herramienta para reconocer derechos, en la práctica sea motivo de vergüenza, crisis de identidad e incluso autodesprecio para los indígenas –por ser indígenas–.³² Recordemos un par de comentarios de indígenas para ilustrar este punto: “Estaba ya en la adolescencia, me sentaba frente a un espejo y empezaba a compararme con los mestizos. Era totalmente distinto, pensaba cómo me integro a ellos, me sentía mal por el físico’. ‘Muchas veces yo soñaba por qué no sería blanco-mestizo, llevar un apellido bueno, eran pequeños complejos que tenía’”.³³

Ahora, en razón de la valoración supremamente estética mencionada, y si en realidad los derechos colectivos de los indígenas dependen más de los fenotipos³⁴ que de la exclusividad genética y cultural, se generan otras complicaciones; así, nos podríamos preguntar: ¿a quién le corresponde determinar hasta qué grado de consanguinidad llega el alcance de estos derechos?; ¿qué sucede en los casos en que, producto del mestizaje, un hijo no conserva los mismos rasgos característicos fisonómicos de su padre o madre indígena?; y ¿cuál es el papel que juega la cultura en todo esto? La situación puede complicarse mucho, si el tema se reduce a la condición de presentar evidencia de pertenencia étnica.³⁵

²⁹ Carlos de la Torre Espinoza, *El racismo en Ecuador: experiencias de los indios de clase media* (Quito: Biblioteca Virtual de Clacso, 1996), cap. 4, 58.

³⁰ Eduardo Kingman Garcés, “Identidad, mestizaje, hibridación: sus usos ambiguos”, *Revista Proposiciones*, n.º 34 (2002), 5, <https://www.flacso.edu.ec/portal/modules/umPublicacion/pndata/files/docs/artidenymestizaje.pdf>.

³¹ Kingman Garcés, “Identidad, mestizaje, hibridación: sus usos ambiguos”, 4.

³² De la Torre Espinoza, *El racismo en Ecuador...*, 83.

³³ De la Torre Espinoza, *El racismo en Ecuador...*, 83.

³⁴ De la Torre Espinoza, *El racismo en Ecuador...*, 82.

³⁵ “Certificados de Autoidentificación”, acceso el 5 de marzo de 2020, <http://www.pueblosnacionalidades.gob.ec/certificados-de-autoidentificacion/>.

En cuanto al factor de la territorialidad, se reconoce que pertenecer a un grupo indígena “conlleva la idea de [ser el] ocupante originario de un territorio”³⁶ determinado y, además, “mantener vivo un vínculo especial con la tierra”.³⁷ Este es un elemento fuerte a favor de los indígenas; sin embargo, no podemos dejar de lado el hecho de que los indígenas también se han dispersado por el mundo. Ya sea por invasiones, migración forzada o simplemente por conocer otros lugares del planeta de manera voluntaria, algunas veces se han producido “diásporas indígenas”, que han dado paso al abandono de sus tierras ancestrales de manera permanente.

Por supuesto, esta territorialidad debe ser entendida en el contexto de “la unidad territorial y administrativa del Estado”,³⁸ ya que, en razón de ello, se reconocen y respetan ciertas zonas geográficas (dentro en un Estado determinado) debido a su histórica posesión indígena. No obstante, las delimitaciones territoriales no siempre funcionan de manera adecuada para proteger derechos específicos de los indígenas, pues escapan a estas soluciones las realidades de algunos pueblos que, ejerciendo la posesión de un territorio, traspasan las fronteras del Estado. O lo que sucede en el caso de los individuos o pequeños grupos que se encuentran dispersos en el territorio nacional, ¿acaso se deja de poseer derechos por alejamiento territorial? Habrá quienes respondan con un sí rotundo; no obstante, para nosotros, el asunto no es tan simple y, en suma, devela que los derechos de los indígenas son insuficientes en algunos escenarios.

Finalmente, otro caso de exclusión de derechos de los diversos es el de las personas con diversidad funcional, quienes solo pueden gozar de sus derechos específicos si alcanzan el porcentaje mínimo (30%, aunque este puede modificarse como ya ha sucedido)³⁹ de “discapacidad”⁴⁰ y otros requerimientos para que se les otorgue un carnet que certifique su condición (aunque esto también puede considerarse como un problema meramente administrativo). De lo contrario, los médicos que realizan la evaluación aseguran no desconocer la existencia de la discapacidad *per se*, sino que, al verificarse un porcentaje inferior al mínimo requerido, se configura un escenario que escapa de sus manos; y por no encajar en las *estrictas exigencias normativas*, a la persona en cuestión se la califica con “discapacidad no carnetizable”, con la consecuente negación de cualquier derecho relacionado con su diversidad. Esta situación se deriva, en gran medida, de la inobservancia de la diversidad, y también del hiperformalismo dominante en Ecuador.

³⁶ Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, 160.

³⁷ Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, 152.

³⁸ Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, 165.

³⁹ Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades, Decreto Ejecutivo 194, Registro Oficial - Suplemento 109 de 27 de octubre de 2017, última modificación: 22 de abril de 2021, reformado, artículo 1.

⁴⁰ No consideramos adecuado el uso de este término por su connotación negativa; sin embargo, lo hemos utilizado en este apartado para enfatizar en la discriminación lingüística de uso común que se hace tanto en espacios públicos como privados en Ecuador.

Esto es importante, porque existen escenarios en los que los requisitos que se solicitan implican una negación enfática de ciertas diversidades; por ejemplo, en los casos de diversidad funcional auditiva y visual, no importa si la persona presenta una sordera profunda en un oído; o si su ceguera es total en un ojo, porque la condición *sine qua non* en estos casos es que la “discapacidad” sea *bilateral*. Como dato adicional, tenemos la falta de información respecto de los procedimientos para obtener el porcentaje de “discapacidad”. Esto es un total misterio, ya que los médicos evaluadores (y nadie en realidad) jamás ponen en conocimiento del diverso funcional estos detalles. Y habría que analizar si con esto, además, se configura la violación del derecho a ser informado sobre su estado de salud y cualquier procedimiento médico que se realice.

3.2. Problemas particulares. Diversidad étnica: colonialismo

Además de los problemas mencionados, es de cardinal importancia abordar otros que afectan de manera particular a determinados diversos. Para no extendernos en demasía en este punto, pensamos que es oportuno analizar únicamente el fenómeno del colonialismo, por ser uno de los procesos que más ha afectado a nuestros pueblos.

El reconocimiento de los derechos étnicos no ha resuelto el problema del colonialismo. En el caso de los pueblos indígenas, dada la divergencia originaria de estos colectivos, observamos que, muchas veces, lo que ellos reclaman no es tanto la titularidad de “derechos otorgados o concedidos”,⁴¹ sino el reconocimiento y respeto de sus *derechos históricos*. En razón de las invasiones, el sometimiento y la usurpación de las que fueron víctimas, ellos “reclaman la restitución de derechos perdidos (y, con frecuencia, de soberanías negadas)”.⁴²

Dado que respecto a los pueblos indígenas persiste hasta nuestros días un tratamiento colonialista, incluso en los discursos más progresistas que abordan el tema de sus derechos específicos, no se toma en cuenta que estos pueblos fueron *naciones soberanas* en todo el sentido de la palabra, y que su incorporación a unidades políticas ajenas a ellos –como son los Estados– fue un proceso que se llevó a cabo a la fuerza.⁴³ En la práctica, esto significa que su realidad es vista y reglada desde fuera y que, por lo mismo, en no pocas ocasiones se haga referencia a los indígenas como “minorías”, algo que ha sido cuestionado por las organizaciones de los pueblos indígenas, al sostener que (por las razones históricas antes mencionadas) “su situación no es comparable a la de las minorías”.⁴⁴

⁴¹ Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, 165.

⁴² Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, 165.

⁴³ Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, 165.

⁴⁴ En este contexto, las minorías a las que no corresponden las realidades de los pueblos indígenas son las lingüísticas, las religiosas e incluso las conformadas por grupos étnicos

Ahora, el colonialismo tiene varias facetas, empezando por el origen del término “indígena”. Desde un punto de vista filológico, encontramos, por ejemplo, que en América, o mejor dicho en *Abya Yala*, en la época precolonial no existían “indígenas”, “indios”, “nativos” o “aborígenes”. Esos calificativos se crearon para referirse al “otro” perteneciente a un “x” pueblo que habitaba en las tierras que encontraron los invasores (en general de origen europeo, principalmente ingleses, españoles, portugueses y franceses), y sobre quienes estos últimos ejercieron dominación. Pero, antes de que nuestros pueblos fueran “conquistados” por poblaciones extranjeras, a los “indígenas” se los llamaba –o se llamaban– según el nombre de su pueblo y, así, desde el norte hasta el sur, se conocía a los iroquois, cherokees, sioux, cheyenes, apaches, aztecas, mayas, zapotecas, olmecas, mixtecas, toltecas,⁴⁵ shyris, incas, entre muchos otros con su propia denominación.

Entonces, la sola palabra “indígena”, como nuevo significante para referirse al perteneciente a un lugar sometido, tiene una muy fuerte carga simbólica. En la actualidad existen pueblos a los cuales no les parece adecuado y no se sienten representados cuando los llaman *indígenas*,⁴⁶ porque esa construcción lingüística no es una fotografía de la realidad –como debería serlo–, pues obedece a coordenadas de producción signica (socioculturales) distintas o extrañas, que expresan ideologías ajenas a las de los pueblos originarios. Como han señalado algunos filósofos y lingüistas: “Somos absolutos prisioneros del lenguaje”.

Por otro lado, el juzgamiento de las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas *desde fuera*, para ratificar su validez, puede considerarse como una forma de “colonialismo moderno”. Explicar con qué derecho y qué autoridad se ensalza una práctica y se repudia otra, incluso calificándola de violatoria de derechos humanos,

inmigrantes (por no considerarse estos como *pueblos o naciones originarias* en el sentido estricto de la palabra) (Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, 165).

⁴⁵ “Los pueblos nativos de América del Norte”, *El Librepensador Magazine Cultural*, acceso el 28 de enero de 2010, <https://ellibrepensador.com/2010/01/28/los-pueblos-nativos-de-america-del-norte/>.

⁴⁶ Así lo expresó Andrónico Urbay Ipuana, dirigente del pueblo wayuu: “Indio o indígena es equivalente a sujeto colonial o dominado. A las naciones culturales o pueblos nativos, hay que llamarlos con su etnónimo o autónimo, es decir, ser wayúu no lo hace indio, indígena ni paisano, lo hace pertenecer al pueblo wayuu. Al wayuu hay que decirle wayuu, al aruhaco, aruhaco, al embera, embera, y no indio, indígena o paisano como se viene diciendo, son términos coloniales y estigmatizantes, que ya deberían estar en desuso porque pertenecen al rezago de la monocultura y al monolingüismo. Estamos en un tiempo de descolonización y deconstrucción del lenguaje y tenemos que empezar a usar términos políticamente correctos, tenemos que empezar a practicar un pensamiento evolutivo culturalmente. La OEA, dijo en el 2016, que éramos *naciones originarias* y no indígenas, ni indios, ni paisanos” (tomado de la página de Facebook de Andrónico Urbay Ipuana, palabrero wayúu de Colombia. “Integrantes Cocoin - Rama Judicial”, *Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional*, acceso el 04 de marzo de 2020, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/jurisdiccion-especial-indigena-y-el-sistema-judicial-nacional/integrantes-a>).

nos remonta una vez más a los sistemas jerarquizados impuestos desde las sociedades occidentales. Porque ¿quién juzga, si no es un superior?, y ¿con qué derecho y autoridad lo hace, que no sea otro que el que le otorga una relación de poder y dominación? Como bien apunta Enrique Mayer, “esta es una práctica colonialista, misionera [...] recusada con mucha razón por los grupos indígenas”.⁴⁷ Y los resultados de aceptación o rechazo dan cuenta del “relativismo cultural y moral” que pesa sobre el carácter *universal* de los derechos humanos.⁴⁸ A pesar de esto, es innegable que existen situaciones en las que los derechos humanos individuales son afectados por algunas prácticas culturales.

Conclusiones

A pesar de que la vulnerabilidad de los diversos es difícilmente resuelta mediante la idea de igualdad (en cualquiera de sus formas), ella ha sido y sigue siendo el principio o derecho que se invoca por excelencia para exigir la garantía y el cumplimiento de los derechos de las personas, incluyendo a quienes forman parte de grupos vulnerables.

No obstante, por más que nos empeñemos en aferrarnos y proteger a nuestra vitoreada igualdad sobre todas las cosas, no podemos negar que su empleo es muy problemático para los diversos. Y como en esta investigación nos interesamos por los casos distintos, estudiamos los problemas relacionados con la aplicación –o mala aplicación– de la igualdad material. Así, advertimos grandes dificultades cuando se trata de usar esta categoría en las personas diversas, pues ya sea de manera intencionada o no, estas complicaciones se traducen, casi siempre, en escenarios de discriminación. Y una vez más, verificamos que los diversos son tratados como *los otros*, desterrados a un sitio muy lejano y de difícil acceso, en los rincones más contrapuestos de lo que se entiende (o se quiere entender) por igualdad.

Dicho esto, conviene aclarar que, como hemos observado, en cuanto a la fundamentación de la garantía y el ejercicio de los derechos de las personas pertenecientes a grupos vulnerables, la igualdad material es insuficiente ante los especiales requerimientos de los diversos. En general, cuando nos referimos a personas vulnerables y sus derechos, esta noción de igualdad se queda corta para sustentarlos; sirve hasta cierto punto y no negamos los logros alcanzados con ella, pero, una vez más, recalamos que el escenario es distinto y que corremos el riesgo de olvidar los detalles de lo diverso.

⁴⁷ Enrique Mayer, “Reflexiones sobre los derechos individuales y colectivos: los derechos étnicos”, en *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*, coord. por Elizabeth Jelin y Eric Herschberg (Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1996), 173.

⁴⁸ Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, 163.

Entonces, ya que nos enfocamos en la diversidad, y toda vez que reconocemos que las posibles soluciones que ofrece el derecho para muchos problemas de las sociedades –entre ellos los concernientes a la discriminación– son múltiples, muchas veces no convencionales y que, además, funcionan mejor cuando se aplican en conjunto, dejamos planteada la idea de considerar otros recursos además de la igualdad. Por ejemplo, sería muy provechoso un acercamiento a los conocimientos ancestrales de nuestros pueblos originarios y afianzar el uso del denominado “constitucionalismo andino” que, en términos de Ramiro Ávila, se trata de un *constitucionalismo transformador*, el cual permite derrumbar las viejas filosofías homogeneizantes y coloniales que provocan crisis de insuficiencia en el derecho y en los Estados del “mundo andino”.⁴⁹

Otra opción consistiría en contemplar la posibilidad de dejarnos guiar por las sendas de la *equidad*, porque este principio permite valorar los detalles de cada caso y de cada persona, y facilita que esa valoración sea tomada en cuenta en el plano jurídico. Judith Salgado ya ha pensado en ello y se ha referido a la equidad como “esa noción que armoniza la *unidad en la diferencia* y la *igualdad de los/as diversos/as*” (énfasis agregado).⁵⁰

Finalmente, desde una perspectiva social, podemos aportar algo adicional a la confrontación igualdad-diversidad que hemos analizado. Y es que, como todo en la vida, la respuesta dependerá de los intereses y de los enfoques de las personas, en especial de aquellas que tienen la posibilidad de ejercer poder. Pero, si a nosotros –los que formamos parte de algún grupo vulnerable– nos preguntan, nuestra respuesta será que sí, que lo diverso, lo no común, la otredad, las diferencias importan.

Y no hablamos de una importancia relativa. En la sociedad actual, todos deberíamos tener una visión tan amplia que nos permitiera entender que en ciertos escenarios *la diferencia es la regla imperante*. Donde aquellos casos que se separan del resto solo pueden entenderse desde sus particulares realidades, y si recordamos que lo heterogéneo también es parte del mundo, podríamos empezar a darle el valor que le corresponde. Eso, si lo que queremos es derrumbar los desequilibrios que seguimos arrastrando en las sociedades. Porque *una sociedad excluyente de las diferencias es en realidad una sociedad injusta*.

⁴⁹ El “mundo andino” al que nos referimos, aceptando la contribución de Ávila, es “una comprensión política-social, que podría comprender todos los países del área andina que reflejan luchas y resistencia social al estado nación y a su derecho” (Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008* [Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011], nota al pie 8, 25).

⁵⁰ María Judith Salgado, “La discriminación desde un enfoque de derechos humanos”, en *Diversidad, ¿sinónimo de discriminación?* (Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, Inredh, 2001), 24-25.

Bibliografía

- AÑÓN, María José. *Igualdad, diferencias y desigualdades*. México, D. F.: Distribuciones Fontamara, 2001.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011.
- CASTILLERO MIMENZA, Oscar. “Los 6 tipos de discapacidad y sus características”. *Psicología y Mente*. Acceso el 16 de agosto de 2018. <https://psicologiymente.com/salud/tipos-de-discapacidad>.
- CLARO, Magdalena. *Acción afirmativa. Hacia democracias inclusivas*. Santiago: Fundación Equitas, 2005.
- CONSEJO NACIONAL PARA LA IGUALDAD DE PUEBLOS Y NACIONALIDADES. “Certificados de Autoidentificación”. Acceso el 5 de marzo de 2020. <http://www.pueblosynacionalidades.gob.ec/certificados-de-autoidentificacion/>.
- DE LA TORRE ESPINOZA, Carlos. *El racismo en Ecuador: experiencias de los indios de clase media*. Quito: Biblioteca Virtual de Clacso, 1996.
- FILGUEIRA, Carlos H. “Bienestar, ciudadanía y vulnerabilidad en América Latina”. En *Globalización, ciudadanía y política social en América Latina: tensiones y contradicciones*, editado por Andrés PÉREZ BALTODANO. Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1997.
- GARCÍA AÑÓN, José. “Los derechos de las personas con discapacidad y las medidas de acción afirmativa en el ordenamiento jurídico español. Algunos apuntes en relación a la propuesta de Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad”. En *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, editado por José GARCÍA AÑÓN, 100-02. Madrid: Dykinson, 2004.
- GARGARELLA, Roberto. *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999.
- JELIN, Elizabeth. “Mujeres, género y derechos humanos”. En *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*, coordinado por Elizabeth JELIN y Eric HERSHBERG. Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1996.
- KINGMAN GARCÉS, Eduardo. “Identidad, mestizaje, hibridación: sus usos ambiguos”. *Revista Propositiones*, n.º 34 (2002). <https://www.flacso.edu.ec/portal/modules/umPublicacion/pndata/files/docs/artidenymestizaje.pdf>.
- MAYER, Enrique. “Reflexiones sobre los derechos individuales y colectivos: los derechos étnicos”. En *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*, coordinado por Elizabeth JELIN y Eric HERSHBERG. Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1996.
- PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.
- ROMAÑACH, Javier y Manuel LOBATO. “Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano”. *Blog de Foro vida*

independiente. <http://forovidaindependiente.org/diversidad-funcional-nuevo-termino-para-la-lucha-por-la-dignidad-en-la-diversidad-del-ser-humano/>.

SABA, Roberto. *El derecho como objeto e instrumento de transformación*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l, 2003.

SÁENZ TORRES, Macarena. “Una relación de amor y odio: el derecho y los discriminados”. En *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, editado por Roberto Saba, 312-13. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l, 2003.

SALGADO, María Judith. “La discriminación desde un enfoque de derechos humanos”. En *Diversidad, ¿sinónimo de discriminación?* Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, Inredh, 2001.

STAVENHAGEN, Rodolfo. “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”. En *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*, coordinado por Elizabeth JELIN y Eric HERSHBERG. Caracas: Nueva Sociedad, 1996.

Legislación y jurisprudencia

CHILE. *Código Penal*, 12 de noviembre de 1874, última modificación: 13 de agosto de 2011, mediante Ley 20526.

ECUADOR. *Constitución de la República*. Manabí: Registro Oficial 449, 2008.

ECUADOR. *Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades*. Decreto Ejecutivo 194, Registro Oficial - Suplemento 109 de 27 de octubre de 2017, última modificación: 22 de abril de 2021, reformado.

Luísa Lacerda* (Brasil)

Nina Pencak** (Brasil)

O constitucionalismo feminista e a sua influência no Supremo Tribunal Federal do Brasil

RESUMO

O presente artigo possui como principal objetivo analisar como o Supremo Tribunal Federal do Brasil tem atuado, segundo a lógica do constitucionalismo feminista, para conferir um maior grau de efetividade aos direitos das mulheres. Para isso, serão apresentados o conceito de constitucionalismo feminista e o arcabouço normativo brasileiro sobre o tema. Ademais, para exemplificar como essas premissas teóricas são aplicadas pela Suprema Corte Brasileira, examinaremos decisões específicas e emblemáticas em diferentes áreas do direito, proferidas pelo Plenário do Tribunal. Abordaremos, ainda, no decorrer do artigo, o estado de coisas atual no que se refere à implementação dos direitos das mulheres pelos Três Poderes da República, destacando eventuais avanços e retrocessos. Finalizamos com as nossas conclusões acerca das questões abordadas.

Palavras-chave: constitucionalismo feminista; igualdade; Supremo Tribunal Federal.

Feminist constitutionalism and its influence on the Supreme Court of Brazil

ABSTRACT

The main objective of this article is to analyze how the Federal Supreme Court of Brazil has acted, according to the logic of feminist constitutionalism, to increase the

* Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Assessora de Ministro no Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Ex-assessora de Ministro no Supremo Tribunal Federal (STF). luisa-lacerda@hotmail.com / código orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1928-6750>.

** Doutoranda e Mestre em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada. Ex-assessora de Ministro no Supremo Tribunal Federal (STF). nina.pencak@gmail.com / código orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8210-3027>.

effectiveness of women's rights. To this end, the concept of feminist constitutionalism and the Brazilian normative framework on the subject are introduced. Furthermore, to exemplify how these theoretical premises are applied by the Brazilian Supreme Court, we will examine specific and emblematic decisions in different areas of law, issued by the Plenary of the Court. We will also discuss, throughout the article, the current state of affairs with regard to the implementation of women's rights by the Three Powers of the Republic, highlighting potential advances and setbacks. Lastly, we will present some conclusions about the issues addressed.

Keywords: feminist constitutionalism; equality; Supreme Court.

Der Einfluss des feministischen Konstitutionalismus auf das Oberste Bundesgericht Brasiliens

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Artikel befasst sich schwerpunktmäßig mit der Frage, inwieweit das Oberste Bundesgericht Brasiliens der Logik des feministischen Konstitutionalismus folgt, um die Wirksamkeit der Rechte von Frauen zu steigern. Dazu werden zunächst das Konzept des feministischen Konstitutionalismus und die diesbezüglichen Bestimmungen des brasilianischen Rechts dargelegt. Um die Anwendung der theoretischen Prämissen durch das Oberste Gericht Brasiliens beispielhaft zu verdeutlichen, werden anschließend einzelne emblematische Entscheidungen des Gerichtsplenums auf unterschiedlichen Rechtsgebieten vorgestellt. Weiterhin unternimmt unser Beitrag eine Bestandsaufnahme der Umsetzung von Frauenrechten durch die drei Staatsgewalten, wobei eventuelle beobachtete Fort- oder Rückschritte hervorgehoben werden. Unsere Schlussfolgerungen bezüglich der aufgeworfenen Fragen runden den Beitrag ab.

Schlagwörter: Feministischer Konstitutionalismus; Gleichheit; Oberstes Bundesgericht.

Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu art. 5º, I, determina que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, estabelecendo um marco pela igualdade de gênero.

Em um primeiro momento celebrou-se a garantia instituída como se as questões em torno das lutas pelos direitos das mulheres tivessem sido definitivamente atendidas e solucionadas. Seguindo a tendência de outros países no pós-Guerra Fria, o movimento feminista brasileiro arrefeceu, ao menos na primeira década após 1988, tendo despertado recentemente, após concluir que a previsão constitucional, apesar de indubitavelmente relevante, não foi suficiente para colocar fim à hipossuficiência política, jurídica, social e econômica em que as mulheres ainda se encontram.

De fato, o dispositivo que equiparou os gêneros não levou em consideração que a lei poderia, ainda assim, perpetuar padrões enviesados, preconceituosos e prejudiciais às mulheres. Portanto, a paridade só seria possível via tutela legal especial ou diferenciada como forma de efetivamente concretizar o princípio da isonomia, sobretudo quando se está diante de um tratamento jurídico que desconsidera as peculiaridades inerentes ao gênero feminino, em especial aquela atinente à gestação e à amamentação.^{1, 2} Desse modo, a fim de compatibilizar o mandamento constitucional de igualdade e seus desdobramentos legais às necessidades de gênero, o Estado, sobretudo por meio das cortes constitucionais, passa a ser chamado para implementá-los e interpretá-los com base em uma hermenêutica feminina, ou melhor, feminista, o que ficou reconhecido como constitucionalismo feminista. E é justamente esse fenômeno que será abordado no presente artigo, com enfoque no papel desenvolvido pela corte constitucional brasileira. Assim, a principal pergunta a ser respondida será: como o Supremo Tribunal Federal do Brasil tem atuado, segundo a lógica do constitucionalismo feminista, para conferir um maior grau de efetividade aos direitos das mulheres?

Para isso, o trabalho está dividido em três partes.

Na primeira delas será abordado o que é o constitucionalismo feminista e como os princípios e regras constantes da Constituição de 1988, bem como os tratados internacionais de que o Brasil é signatário, criam um arcabouço normativo favorável à proteção jurídica das mulheres.

Na segunda, apresentaremos os avanços e desafios na concretização da teoria do constitucionalismo feminista pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, para exemplificar como essas premissas teóricas são aplicadas pela suprema corte brasileira, examinaremos decisões específicas e emblemáticas em diferentes áreas do direito, quais sejam: previdenciária, tributária, administrativa, eleitoral e penal, todas do Plenário do Tribunal, que refletem com maior precisão o entendimento da Corte como um todo, quando em comparação com os julgados proferidos pelas Turmas. Ademais, buscamos os casos mais relevantes, a nosso ver, das diversas áreas do direito para exemplificar como o constitucionalismo avança no STF em diversas temáticas e não apenas em um campo específico. Ressaltamos que o método da análise das decisões não é o quantitativo. Nosso objetivo é ilustrar, a partir dos

¹ Sobre o tema ver: Cristina Telles, “Direito à igualdade de gênero: uma proposta de densificação do art. 5º, I, da Constituição de 1988”, *Revista da EMERJ*, n.º 3 (2019): 169-204.

² A gestação e a amamentação são um dos únicos - senão os únicos - fatores biológicos que impõem uma diferença real entre homens e mulheres. Muitas das distinções históricas de gênero dela advêm, gerando responsabilidades e ônus apenas ao gênero feminino. Exemplo disso é o papel de cuidadora historicamente atribuído à mulher, que restringiu sua participação à esfera doméstica e privada, submissa ao homem, e implicou a sua não inserção na vida pública e política, que se tornou majoritariamente masculina. A situação de dependência da mulher garantiu a liberdade do homem no espaço público, processo que passou a ser visto como natural, e ocasionou a desvalorização das atividades e funções consideradas femininas, acarretando desdobramentos graves como a vulnerabilidade social, econômica e intelectual.

julgados selecionados, como a Corte se utiliza do arcabouço teórico do constitucionalismo feminista para a promoção da igualdade de gênero. Salientamos, ainda, que a ausência de uma análise quantitativa não prejudica as conclusões do presente trabalho, tendo em vista que as pesquisas já realizadas indicam que, quando chamado a se manifestar sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal decide, via de regra,³ em consonância com as premissas do constitucionalismo feminista, contribuindo para a sua concretização.⁴

Nesse ponto, abordaremos, ainda, a necessidade de que o constitucionalismo feminista seja um guia também para as decisões tomadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, apontando o atual estado de coisas no que se refere à implementação dos direitos das mulheres por esses poderes, com destaque para eventuais avanços e retrocessos.

Por fim, traremos as conclusões acerca dos temas abordados.

Explicitadas as bases metodológicas do presente artigo, passaremos à análise dos tópicos citados. Então, confira-se.

1. O que é o constitucionalismo feminista

A professora doutora Christine Peter define, sinteticamente, o constitucionalismo feminista da seguinte forma:

A expressão constitucionalismo feminista tem sido usada, tanto no Brasil quanto em outros países, por autoras que defendem a perspectiva de gênero como um método integral que indica e dá destaque para aspectos que o Direito Constitucional Contemporâneo sombreia ou até mesmo exclui e marginaliza. Trata-se, portanto, de uma postura hermenêutica do constitucionalismo

³ Dentre as decisões criticadas por parcela da sociedade estão aquelas proferidas na ADI 5.581, sobre a possibilidade de aborto por mulheres com zika vírus, e na ADI 6.039, que permitiu o exame de crianças e adolescentes do sexo feminino, vítimas de estupro, por médicos legistas do sexo masculino, na ausência de legista mulher. No entanto, cumpre enfatizar que a ADI 5.581 foi julgada extinta, por questões processuais relacionadas à ilegitimidade ativa da parte e à perda superveniente do objeto. Em relação à ADI 6.039, o STF determinou que (i) os exames devem ser realizados obrigatoriamente por legista mulher; (ii) apenas quando essa obrigação puder acarretar o retardamento ou prejuízo da diligência, o exame poderá ser realizado por legista homem, de modo a assegurar a proteção e assistência da vítima. Portanto, ainda que criticáveis em alguns pontos, essas decisões não contrariam as premissas teóricas do constitucionalismo feminista e não comprometem as análises do presente trabalho.

⁴ Para um estudo quantitativo, que explicita como o STF contribui para a concretização do constitucionalismo feminista, confira: Estefânia Maria de Queiroz Barboza e André Demetrio, “Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista”, *Revista Direito GV* 15, n.º 34 (2019): e1930. [10.1590/2317-6172201930](https://doi.org/10.1590/2317-6172201930).

inclusivo, ou seja, de um modo de lidar com os problemas jurídico-constitucionais típicos a partir de uma visão plural, aberta e tolerante.⁵

Segundo a autora, a perspectiva de gênero seria não só uma forma de ver o mundo, mas um método de interpretação do direito que é capaz de considerar a sua própria perspectiva e perspectivas de grupos marginalizados. O olhar feminista do direito seria, portanto, mais inclusivo e abrangente, capaz de resolver litígios e interpretar leis de modo a proporcionar soluções jurídicas que considerem as diferenças quando da interpretação da igualdade.

Em relação ao tema, as teorias de justiça dos contratualistas, como Hobbes e Rousseau, e dos neocontratualistas, como Rawls e Dworkin, nas quais se baseia grande parte da doutrina constitucionalista moderna, também são tidas como ineficazes para tutelar de forma adequada a diferença entre os gêneros. Isso porque elas partem de ideais de justiça que se fundamentam apenas em premissas relacionadas às esferas privadas e públicas a partir de uma visão centrada nas experiências individuais dos autores e seus semelhantes, de que se excluem as mulheres. A ideia abstrata de igualdade formal, portanto, não seria suficiente para resolver os problemas que atingem apenas as mulheres, seja naquilo que é considerado como privado – por exemplo, a maternidade, as questões atinentes a direitos reprodutivos e a proteção contra violência e abusos ocorridos no âmbito doméstico –, seja na sua recente inserção na vida pública, com a sua entrada no mercado de trabalho, ascensão a funções públicas e participação política ativa.⁶

Nessa linha, a cientista política e filósofa, professora da Universidade de Yale, Seyla Benhabib, entende que há duas concepções de relações interpessoais que delineiam a perspectiva moral e as estruturas de interação entre indivíduos: a generalizada e a concreta.

A generalizada requer que vejamos cada indivíduo como um ser racional com os mesmos direitos e deveres que iríamos querer para nós mesmos, abstraindo a individualidade e a identidade concreta do outro. Assume-se que o outro, assim como nós, é um ser que possui necessidades concretas, desejos e afetos, mas aquilo que constitui a sua dignidade moral não é o que nos diferencia, mas o que temos em comum. A relação com o outro, portanto, é governada por normas de igualdade e reciprocidade.

⁵ Christine Peter, “Constitucionalismo Feminista ressoa no Supremo Tribunal Federal”, *Coluna Observatório Constitucional da Revista Consultor Jurídico*, n.º 29 (dezembro 2018).

⁶ Sobre a crítica de jus filósofas feministas às teorias neocontratualistas, veja: Kimberly A. Yuracko, “Toward feminist perfectionism: a radical critique of rawlsian liberalism”, *UCLA Women’s Law Journal*, n.º 6 (1995): 1-48; Augusta Antônia Gomes, “Uma teoria da justiça de John Rawls: Crítica e defesa feminista” (Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina, 2017), 100. <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/182728>; Susan Okin, *Feminism and Politics* (Oxford: Oxford University Press, 1998), 116-141.

Já a interação concreta com o outro requer que vejamos cada um como um ser racional e individual com uma história concreta, identidade e constituição afetiva-emocional. Nossa relação com o outro é guiada por normas de equidade e reciprocidade: cada um espera e assume dos outros os modos de comportamento pelos quais os outros se reconhecem e confirmam como concretos indivíduos com necessidades, talentos e capacidade específicas, de modo que as diferenças entre eles se complementam, não se excluem.⁷

Com isso em mente, é possível se afirmar, portanto, que o constitucionalismo feminista propõe uma interpretação do direito à luz da visão concreta do outro, considerando, principalmente, a perspectiva de gênero, mas a ela não se limitando.

No âmbito normativo brasileiro, a Constituição de 1988, além da igualdade de gênero prevista no art. 5º, I, possui outros dispositivos que impõem um tratamento isonômico às mulheres. A Carta garantiu a licença-maternidade de cento e vinte dias à gestante, sem prejuízo do salário, (art. 7º, inciso XVIII), com proteção do emprego até cinco meses após o parto (art. 10, II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias); incentivos compensatórios para estimular a inclusão da mulher no mercado de trabalho (art. 7º, inciso XX); proibição de diferença de salários e de critério de admissão por motivo de gênero ou estado civil (art. 7º, XXX) e elevou a proteção à maternidade ao status de direito social (art. 6º).

Há, ainda, um arcabouço legal infraconstitucional em desenvolvimento, a fim de conferir maior proteção à mulher em diferentes áreas, tais como no âmbito previdenciário, com condições diferenciadas para acesso à aposentadoria devido à dupla jornada de trabalho; em matéria trabalhista, com a previsão, por exemplo, da obrigatoriedade de o empregador providenciar creches para os filhos ou filhas das empregadas em determinadas hipóteses; na esfera penal, com o tratamento mais gravoso ao crime de violência doméstica e ao feminicídio; no direito eleitoral, em que a legislação prevê cotas para as candidaturas femininas e utilização do fundo partidário.

Em relação aos direitos humanos em esfera internacional, o Brasil ratificou os seguintes tratados especificamente sobre direitos das mulheres: a Convenção Interamericana sobre a concessão dos direitos civis da mulher de 1948; a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher de 1953; a Convenção da Nacionalidade das Mulheres Casadas de 1957; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Discriminações contra a Mulher de 1979; a Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre a erradicação da discriminação da mulher no mercado de trabalho; e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994. Infelizmente, ainda não foram ratificadas as Convenções n.º 156 e 190 da OIT, sobre a igualdade de oportunidades entre trabalhadores com encargos familiares e o combate à violência e ao assédio no trabalho.

⁷ Seyla Benhabib, “The Generalized and the Concrete Other: The Kohlberg-Gilligan Controversy and Feminist Theory”, *Praxis International* 5, n.º 4 (1985): 402-424.

Não se ignora que a categoria “gênero” não explica todas as exclusões vivenciadas pelas mulheres. Dentro desse grupo, que pelo fator único do gênero enfrenta obstáculos à igualdade efetiva, temos as mulheres negras, as mulheres afro-religiosas, as mulheres com deficiência, as mulheres homo e transexuais, as mulheres periféricas. Cada uma delas vivencia uma carga própria de discriminação, em razão do acúmulo de fatores de *discrimen*. Trata-se do conceito da interseccionalidade⁸ (ou cruzamento ou sobreposição de opressões).

Por uma limitação de escopo, o foco deste artigo é a atuação do Supremo Tribunal Federal que tende a produzir efeitos sobre todo o gênero feminino, mesmo reconhecendo que a discriminação nunca atinge de maneira igual a todas as mulheres. Assim, passaremos a abordar, considerado o conceito de constitucionalismo feminista aqui exposto e a estrutura de normas nacionais e internacionais que demonstram que a hermenêutica constitucional-feminista já está em andamento no plano normativo, o papel da corte constitucional brasileira na análise do direito vigente sob a perspectiva de gênero.

2. O papel do Supremo Tribunal Federal na implementação do constitucionalismo feminista

No âmbito da jurisdição constitucional, o constitucionalismo feminista adiciona uma perspectiva de gênero às decisões judiciais, visando ao seu objetivo maior: garantir a igualdade material entre homens e mulheres. Portanto, quando o Poder Judiciário, e em especial por meio de supremas cortes ou de cortes constitucionais, decide pela lente do constitucionalismo feminista, atua em defesa dos direitos fundamentais de minorias, exercendo seu papel contramajoritário.⁹

⁸ O conceito de interseccionalidade foi criado por Kimberle Crenshaw no contexto do movimento feminista negro. Ver: Kimberle Crenshaw, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum*, n.º 1 (1989): 139-167.

⁹ A chamada “dificuldade contramajoritária” decorre do fato de juízes não eleitos poderem invalidar as decisões adotadas pelo Executivo e pelo Legislativo, cujos representantes são escolhidos pelo povo, invocando, muitas vezes, normas constitucionais de caráter aberto, que são objeto de leituras divergentes na sociedade. Esse papel judicial tornou-se quase universalmente aceito, com base em dois fundamentos principais: (a) a defesa de direitos fundamentais, em especial de minorias sub-representadas nas instâncias majoritárias; e (b) a proteção das regras do jogo democrático. Sobre o tema, confira: Alexander Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics* (New Haven: Yale University Press, 1964); Luís Roberto Barroso, “Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas”, *Revista Direito & Práxis*, n.º 4 (2018): 2171-2228. [10.1590/2179-8966/2017/30806](https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806); Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, “Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: a questão da ‘última palavra’ e alguns parâmetros de autocontenção judicial”, *Quaestio Iuris*, n.º 2 (2013): 119-161. [10.12957/rqi.2013.9315](https://doi.org/10.12957/rqi.2013.9315).

A concretização dos direitos das mulheres pela via da jurisdição constitucional apresenta algumas vantagens. Em primeiro lugar, a resposta judicial tende a ser mais célere do que a apresentada nas instâncias majoritárias, nas quais há uma maior atuação de forças heterogêneas e contrapostas. Em segundo lugar, as decisões proferidas pelo STF são definitivas e vinculam todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como a Administração Pública, nos casos decididos em controle concentrado de constitucionalidade e em súmulas vinculantes. Em terceiro lugar, por possuírem maior visibilidade, as decisões do Supremo funcionam também como ferramentas de conscientização e informação a respeito dos direitos.¹⁰

No entanto, a concretização do constitucionalismo feminista pelo STF apresenta alguns desafios. O primeiro deles é o acesso à Corte, tendo em vista que o controle concentrado é limitado a um rol constitucional exaustivo, que não possibilita a provocação pelo cidadão comum.¹¹ O segundo deles diz respeito à ausência de regras que confirmem maior transparência e controle sobre o que será julgado pelo STF e quando. Tanto o presidente da Corte, pelo seu poder discricionário de pautar ou não determinado processo, como os demais ministros, que escolhem livremente quando liberar determinado caso para inclusão em pauta e efetuam pedidos de vista constantemente devolvidos após o prazo regimental,¹² podem acabar obstaculizando determinado debate. Como exemplo de casos que aguardam uma solução pelo Supremo Tribunal Federal podemos mencionar a ADPF n.º 442, que busca a descriminalização da interrupção da gravidez nos três primeiros meses da gestação, a ADO n.º 20, sobre a regulamentação da licença paternidade,¹³ e o RE n.º 845.779,

¹⁰ Essas vantagens são apontadas por Jane Reis Gonçalves Pereira ao tratar da influência da verticalização da jurisdição constitucional na proteção de direitos fundamentais. Ver: Jane Reis Gonçalves Pereira, “O Judiciário como Impulsionador dos Direitos Fundamentais: entre fraquezas e possibilidades”, *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n.º 29 (2016): 127-157. [10.12957/rfd.2016.23669](https://doi.org/10.12957/rfd.2016.23669).

¹¹ Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988 (D.O.U de 05 de outubro de 1988). Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: // I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹² O art. 134 do Regimento Interno do STF, alterado em julho de 2020, determina que os pedidos de vista deverão ser devolvidos no prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata de julgamento. Na redação anterior o prazo era de duas sessões ordinárias, aproximadamente 10 (dez) dias.

¹³ O art. 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determina ao Legislativo a regulamentação da licença-paternidade, assegurando, até que sobrevenha a norma, o prazo exíguo de 5 (cinco) dias. No entanto, após 32 anos de vigência da Constituição de 1988, a lei ainda não foi editada.

sobre possibilidade de utilização de banheiros públicos por pessoas transexuais com base no gênero em que se reconhecem.¹⁴

Ainda em relação às críticas ou problemas enfrentados pelo Poder Judiciário na concretização dos valores do constitucionalismo feminista, importante destacar a sub-representação das mulheres na magistratura: estudo divulgado em 2019 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) indica que há apenas 38,8% de magistradas em atividade, porcentagem reduzida para 19,6% quando analisamos os Tribunais Superiores.¹⁵ Essa disparidade de gênero se reflete na composição do Supremo Tribunal Federal: de onze ministros, apenas duas são mulheres. Uma Suprema Corte formada em sua imensa maioria por homens dificulta que as experiências femininas sejam levadas em consideração nos julgamentos, empobrecendo o debate jurídico. Nesse cenário, o Judiciário “tende a reproduzir os comportamentos hegemônicos, perpetuando, pela via hermenêutica, desigualdades estruturais”,^{16, 17} A composição predominantemente masculina também torna as Cortes menos legítimas sob o ponto de vista democrático, já que há um descolamento da pluralidade da sociedade.¹⁸

Ademais, embora as Supremas Cortes exerçam papel relevante ao “empurrar a história”,¹⁹ em especial em momentos em que tais pautas encontram pouca ressonância nas instâncias majoritárias, o Poder Judiciário não é o único responsável pela interpretação e aplicação da Constituição. Para que o constitucionalismo feminista se solidifique é essencial a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo na elaboração de políticas públicas estruturadas que se voltem para as diversas dimensões da vida em que se manifesta a violência de gênero, como trabalho, família, saúde e renda. É igualmente relevante que a sociedade se identifique e sedimente esses valores. O

¹⁴ STF, RE 845.779, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgamento suspenso em 19.11.2015 por pedido de vista do Min. Luiz Fux.

¹⁵ “Conselho Nacional de Justiça, “Diagnóstico da participação feminina do Poder Judiciário”. Acesso em 25 de abril de 2021, <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/05/cae277dd017bb4d4457755febf5eed9f.pdf>.

¹⁶ Gonçalves Pereira Reis, “O Judiciário como Impulsionador dos Direitos Fundamentais”, 140.

¹⁷ Em março de 2019 o Plenário do STF suspendeu lei do Estado do Rio de Janeiro que exigia que as perícias realizadas em mulheres menores de idade vítimas de abuso sexual deveriam ser feitas exclusivamente por profissionais do gênero feminino. A Corte entendeu que, apesar de mais protetiva, a lei restringia a possibilidade da realização dos procedimentos por escassez de profissionais mulheres para realizá-los e devido à impossibilidade de realização de concursos públicos devido ao seu custo aos cofres do Estado. (STF, ADI 6.039, Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, julgamento em 13.03.2019).

¹⁸ Sobre o tema, ver: Jane Reis Gonçalves Pereira e Renan Medeiros de Oliveira, “Hércules, Hermes e a pequena sereia: Uma reflexão sobre estereótipos de gênero, subrepresentação das mulheres nos tribunais e (i)legitimidade democrática do Poder Judiciário”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, n.º 2 (2018): 878-910. 10.5102/rbpp.v8i2.5358.

¹⁹ A expressão é utilizada por Luís Roberto Barroso, em estudo acadêmico sobre as funções dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Ver: Barroso, “Contramajoritário, Representativo e Iluminista”, 2213.

arcabouço teórico do constitucionalismo feminista é especialmente importante para pensar e redesenhar os institutos jurídicos, e para orientar a atividade legislativa e a elaboração de políticas públicas, retirando os pontos cegos de uma atividade historicamente dominada por homens.

O movimento feminista obteve algumas conquistas no Executivo e no Legislativo, em especial a partir de 2003. Podemos mencionar a criação da Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM);²⁰ a Lei n.º 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher; a aprovação da Emenda Constitucional n.º 72 de 2013, nomeada de “PEC das domésticas”, que reconheceu aos trabalhadores domésticos – grupo predominantemente feminino – grande parte dos direitos trabalhistas previstos no art. 7º da Constituição; e a Lei n.º 13.104/2015, que tipificou o crime de feminicídio, ao criar uma qualificadora para o crime de homicídio em razão do gênero.

No entanto, mais recentemente, o desenvolvimento do constitucionalismo feminista nas instâncias majoritárias se encontra ameaçado, em especial em razão do avanço do conservadorismo religioso na política. Por não ser este o objetivo deste artigo, mencionaremos apenas alguns exemplos: alterações nas regras sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS,²¹ criação do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, sob responsabilidade da conservadora Damares Alves, e a extinção do Comitê de Gênero, criado em 2018 no âmbito do Ministério dos Direitos Humanos para prevenir situações de violência contra a mulher, dentro e fora do local de trabalho.

Para exemplificar as premissas teóricas aqui estabelecidas, passaremos à análise de algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - selecionadas de acordo com a metodologia já explicitada na introdução –, nas quais o caso concreto foi analisado pelas lentes do constitucionalismo feminista. Trazemos a seguir, então, os seguintes subtópicos: (a) as decisões em face de óbices legais de natureza previdenciária, tributária e em concursos públicos para a inclusão feminina no mercado de trabalho; (b) julgado sobre norma de direito eleitoral que garantiu a reserva de percentual do fundo partidário para as candidatas mulheres; (c) decisão sobre direito

²⁰ A SPM-PR foi criada em 2003, vinculada à Presidência da República, com o objetivo de promover a igualdade de gênero em três linhas principais de ação: (a) políticas do trabalho e da autonomia econômica das mulheres; (b) enfrentamento à violência contra as mulheres; e (c) programas e ações nas áreas de saúde, educação, cultura, participação política, igualdade de gênero e diversidade. Em 2015 foi incorporada ao então recém-criado Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos (MMIRDH), hoje Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

²¹ Portaria do Ministério da Saúde n.º 2.561, de 23 de setembro de 2020, que dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS (DOU de 24 de setembro de 2020).

penal, em que a Corte analisou a tese da “legítima defesa da honra”, comumente usada para defender réus em acusações de feminicídio. Confira-se.

2.1. Óbices inconstitucionais à inclusão profissional de mulheres e à liberdade reprodutiva: questão previdenciária, tributária e de concurso público

A gravidez e a maternidade são fatores determinantes na igualdade de oportunidades da mulher tanto no acesso ao mercado de trabalho como na ascensão profissional. O nível de ocupação das mulheres é claramente influenciado pela maternidade: 54,6% para mulheres com crianças e 67,2% para mulheres sem crianças. Contradiatoriamente – ou não –, o nível de ocupação dos homens é maior entre aqueles com crianças com até 3 anos de idade vivendo no domicílio: 83,4% para homens sem crianças e 89,2% para homens com crianças. Estudos como “O bônus da paternidade e o fardo da maternidade”, da Universidade de Massachusetts, nos Estados Unidos, apontam que a maternidade desacelera a trajetória de crescimento da remuneração das mulheres, enquanto a paternidade frequentemente é acompanhada por um prêmio salarial.²²

Considerando esses dados, as duas primeiras decisões a serem analisadas são relacionadas a obstáculos legais à inserção da mulher no mercado de trabalho, uma vez que, nesses casos, a emenda constitucional e a lei atribuíram ao empregador – e consequentemente à mulher – ônus advindos da maternidade de suas empregadas. Trata-se das decisões tomadas na ADI 1.946 e no RE 576.967.

Na terceira decisão, proferida no RE 1.058.333, a Corte analisou, à luz da igualdade de oportunidades, a possibilidade de mulheres grávidas remarcarem testes de aptidão física a fim de poderem concorrer por vagas em concursos públicos.

Então, vejamos.

2.1.1. A inconstitucionalidade da atribuição de custos previdenciários ao empregador

Em 2003, no julgamento da ADI 1.946, de relatoria do Min. Sydney Sanches,²³ a Corte atribuiu interpretação conforme a Constituição ao art. 14 da Emenda Constitucional n.º 20, de 15.12.1998,²⁴ para excluir o salário maternidade do teto dos benefícios

²² Camilla Veras Mota, “Por que ter filhos prejudica mulheres e favorece pais no mercado de trabalho?”, *BBC Brasil*, 16 de agosto de 2017.

²³ STF, ADI n.º 1.946, Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, julgado em 03.04.2003.

²⁴ Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, pela qual se modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências (*D.O.* de 16 de dezembro de 1998). “Art. 14. O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 [...], devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em

previdenciários do Regime Geral de Previdência Social. A emenda constitucional havia tornado a mão de obra feminina mais cara que a masculina e a Corte, por unanimidade, impediu que isso acontecesse.

O dispositivo impugnado estabeleceu um teto, à época de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), sobre os valores, chamados de salário maternidade, a serem pagos pela Previdência Social quando a mulher, no pós-parto, fica afastada das atividades laborais para cuidados do(a) recém-nascido(a), período conhecido como “licença maternidade”. Ocorre que, devido à proteção constitucional e internacional da maternidade, a mulher não pode sofrer um decréscimo no valor do salário durante o período de licença, devendo mantê-lo na integralidade.

A Emenda Constitucional n.º 20/1998 atribuiu ao empregador a responsabilidade pelo pagamento da diferença entre o teto dos benefícios a serem pagos pela Previdência Social e o salário que era pago pelo empregador à mulher enquanto ela se encontrava em plenas atividades antes de dar à luz. Na ocasião, o Tribunal afirmou que *se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés de pela mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal*.²⁵

O fundamento utilizado pelo relator foi o de que haveria promoção da discriminação ao mercado de trabalho da mulher, que a Carta almejou combater quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e critério de admissão por motivo de gênero (art. 7º, XXX). Isso porque era clara a criação de um entrave para a contratação de mulheres ou do aumento da pressão para que elas não viessem a engravidar durante a vida profissional, aprofundando o estigma que já marca a trajetória feminina da “carreira *versus* maternidade”.

2.1.2. A inconstitucionalidade da atribuição de custos tributários ao empregador²⁶

Em agosto de 2020 foi encerrado o julgamento do RE 576.967, de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, em que prevaleceu o entendimento, por sete votos a quatro,

caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.”

²⁵ Trecho do voto do relator.

²⁶ STF, RE n.º 576.967, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Plenário, julgado em 05.08.2020.

pela inconstitucionalidade da incidência da contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre o salário maternidade.

De forma similar ao caso anterior, a Corte decidiu que o empregador, durante o período de licença maternidade da empregada, não deve ter nenhum gasto adicional que onere a maternidade. Nesse caso, a Lei n.º 8.212/1991²⁷ impunha que o empregador deveria recolher um tributo – a contribuição previdenciária – sobre os valores pagos pela Previdência Social à mulher quando ela se encontra afastada no período de licença maternidade. A Corte, com base na isonomia de gênero e nos dispositivos constitucionais que protegem a maternidade e a inclusão da mulher no mercado de trabalho, entendeu que essa determinação legal oneraria a mão de obra feminina e dificultaria a contratação de mulheres.²⁸

Na ocasião, destacou o relator: “Em outras palavras, admitir uma incidência tributária que recai somente sobre a contratação de funcionárias mulheres e mães é tornar sua condição biológica, por si só, um fator de desequilíbrio de tratamento em relação aos homens, desestimulando a maternidade ou, ao menos, incutindo culpa, questionamentos, reflexões e medos em grande parcela da população, pelo simples fato de ter nascido mulher. Impõe-se gravame terrível sobre o gênero feminino, discriminado na contratação, bem como sobre a própria maternidade, o que fere os direitos das mulheres, dimensão inequívoca dos direitos humanos.”²⁹

Trata-se, até onde se tem notícia, do primeiro processo em que o STF abordou, com fundamento na isonomia em sua dimensão de igualdade de gênero, o papel indutor da tributação. Isso porque a incidência da contribuição previdenciária, a ser paga pelo empregador sobre o salário maternidade, configurava grave ônus e discriminação à contratação de mulheres com potencial de virarem mães.

2.1.3. Concurso público e liberdade reprodutiva da mulher

No Recurso Extraordinário n.º 1.058.333,³⁰ julgado pela sistemática da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal deu um pequeno passo rumo à igualdade de gênero

²⁷ Lei n.º 8.212/1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio e dá outras providências (D.O.U de 25 de julho de 1991). “Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição: [...] § 2º O salário-maternidade é considerado salário-de-contribuição. [...] § 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: // a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade.”

²⁸ O relator, em seu voto, propôs uma reflexão: “para fins de reflexão, propõe-se colocar-se no lugar de um gestor de empresa privada que possui duas opções de contratação para a mesma vaga: um homem e uma mulher, ambos com 30 anos de idade e recém-casados com os seus respectivos cônjuges, com currículos exatamente iguais e mesmas notas atribuídas no processo seletivo. Tendo em mente os custos acima e imaginando que ambos os candidatos desejam ter filhos a curto prazo, não é difícil responder à pergunta sobre quem seria selecionado para o emprego.”

²⁹ Trechos do voto do relator.

³⁰ STF, Recurso Extraordinário n.º 1.058.333, Plenário, julgado em 21.11.2018.

no mercado de trabalho, assegurando às mulheres gestantes o direito de remarcação do teste de aptidão física, etapa necessária para acesso a determinados cargos públicos, a exemplo de policiais militares.

A tese que permeou o julgamento do STF é a da discriminação indireta e da teoria do impacto desproporcional:³¹ a impossibilidade de remarcação do teste de aptidão física, apesar de ser uma regra imposta a todos os candidatos, atinge de modo desproporcional as mulheres, que possuem uma condição biológica única que prejudica o seu desempenho físico: a gestação. Tais condutas aparentemente neutras, quando olhadas com uma lupa, “revelam uma opressão estrutural e sistêmica, que cerceia as oportunidades de forma velada, oprimindo e perpetuando a desigualdade de gênero, ainda que não se possa identificar uma postura discriminatória específica ou intencional”.³² A remarcação pretende neutralizar os efeitos da gestação, promovendo a igualdade de gênero e a liberdade reprodutiva, pois permite à mulher adotar decisões relativas à reprodução sem que essa escolha represente uma penalização e uma discriminação em sua vida profissional, conciliando seus interesses maternos e profissionais.

A Corte destacou que a proteção à maternidade impede que a gravidez seja motivo para fundamentar qualquer ato administrativo contrário ao interesse da gestante, ainda mais quando tal ato lhe impõe grave prejuízo. Desse modo, o Tribunal se afastou da antiga ideia de proteção da mulher única e exclusivamente em razão do interesse social na proteção do nascituro, que significava uma instrumentalização de seus corpos.

2.2. Garantia de recursos financeiros a candidaturas femininas

A sub-representação feminina na política é um dos maiores desafios à igualdade de gênero. Embora as mulheres correspondam a mais da metade da população e do eleitorado brasileiro, nas eleições de 2018, foram eleitas apenas 77 mulheres entre 513 deputados federais, totalizando 15% das cadeiras.³³ No pleito de 2020, embora tenha crescido o número de candidaturas femininas,³⁴ as mulheres eleitas representam apenas 12,1% dos cargos de chefe do Poder Executivo Municipal e 16% dos

³¹ Sobre o tema, confira: Roger Raupp Rios, *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008).

³² Trecho do voto do Ministro Luiz Fux no RE n.º 1.058.333.

³³ Portal da Câmara dos Deputados, “Bancada feminina na Câmara sobe de 51 para 77 deputadas”. Acesso em 26 de abril de 2021, <https://www.camara.leg.br/noticias/545897-bancada-feminina-na-camara-sobe-de-51-para-77-deputadas/>.

³⁴ Senado Federal, “Cresce número de mulheres candidatas e eleitas no pleito de 2020”. Acesso em 26 de abril de 2021, <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/11/16/cresce-numero-de-mulheres-candidatas-e-eleitas-no-pleito-de-2020>.

cargos de vereadores.³⁵ Em 2020, o Brasil ocupava a 140ª posição no Mapa Global das Mulheres na Política,³⁶ atrás de países como Arábia Saudita, Iraque e Afeganistão.

Os partidos políticos, desde 1997, têm a obrigação de preencher 30% das vagas para candidaturas a cargos proporcionais – vereador, deputado federal e deputado estadual – com candidatas mulheres (art. 10, § 3º, da Lei n.º 9.504/1997). No entanto, a determinação de destinação de recursos financeiros às candidaturas femininas veio apenas com a Lei n.º 13.165/2015 e de modo insuficiente para romper com séculos de domínio masculino. O art. 9º da Lei determinou que, nas três eleições seguintes à sua publicação, os partidos deveriam reservar no mínimo 5% e no máximo 15% do montante do Fundo Partidário³⁷ ao financiamento das campanhas eleitorais femininas.³⁸ Note-se: o artigo 9º permitiu que fossem destinados apenas 5% dos recursos do fundo partidário às mulheres, contra 95% destinados aos homens.

A constitucionalidade desse dispositivo foi analisada pelo STF na ADI n.º 5.617.³⁹ A Corte, além de afirmar a constitucionalidade da cota de gênero, por caracterizar ação afirmativa que busca garantir a efetiva igualdade entre homens e mulheres na política, considerou que o percentual do fundo partidário destinado às candidaturas femininas e o prazo fixado pelo dispositivo violam o princípio da proporcionalidade, na sua vertente da vedação à proteção insuficiente,⁴⁰ agravando a desigualdade e discriminação entre as candidaturas. O Tribunal se fundamentou, ainda, na eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Nesse ponto, destaca-se trecho do voto do Ministro relator Edson Fachin: “importante reconhecer que é precisamente nessa

³⁵ Tribunal Superior Eleitoral, “Mulheres representam apenas 12% dos prefeitos eleitos no 1º turno das Eleições 2020”. Acesso em 21 de abril de 2021, <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Novembro/mulheres-representam-apenas-12-dos-prefeitos-eleitos-no-1o-turno-das-eleicoes-2020>.

³⁶ UN Women - United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women, “Mujeres en la política: 2020”. Acesso em 26 de abril de 2021, <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/women-in-politics-map-2020-es.pdf?la=en&vs=828>.

³⁷ O fundo partidário é hoje, no Brasil, a principal fonte de financiamento dos partidos e das candidaturas, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo STF – seguida de revogação pelo legislativo – da possibilidade de doações eleitorais por pessoas jurídicas. O fundo é composto, majoritariamente, por verbas públicas – dotações orçamentárias da União, multas e outras penalidades. Confira o art. 38 da Lei n.º 9.096/2015, de 19 de setembro de 1995.

³⁸ Lei 13.165/2015, de 29 de setembro de 2015 (D.O.U. de 26 de setembro de 2015). Art. 9º Nas três eleições que se seguirem à publicação desta Lei, os partidos reservarão, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas, incluídos nesse valor os recursos a que se refere o inciso V do art. 44 da Lei n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995.

³⁹ STF, ADI n.º 5617, Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, julgado em 15.03.2018.

⁴⁰ Sobre o tema, ver: Ingo Wolfgang Sarlet, “Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal”, *Revista Opinião Jurídica*, n.º 7 (2006): 160-208. [10.12662/2447-66410j.v4i7.p160-209.2006](https://doi.org/10.12662/2447-66410j.v4i7.p160-209.2006).

artificiosa segmentação entre o público e o privado que reside a principal forma de discriminação das mulheres”.

Com esses fundamentos, o STF (a) determinou que os recursos do fundo partidário sejam distribuídos na exata proporção das candidaturas, devendo ser destinado às candidaturas femininas o patamar mínimo de 30%, sem prejuízo de percentual mais elevado, caso o número de candidatas mulheres supere o mínimo legal; e (b) declarou inconstitucional o prazo de três anos contido no art. 9º da Lei n.º 13.165/2015, eliminando o limite temporal.

2.3. O feminicídio e a legítima defesa da honra

Os dados do Atlas da Violência de 2019, elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea,⁴¹ revelam que houve um crescimento expressivo de 30,7% no número de homicídios de mulheres no país no período de 2007 a 2017. Também o Relógio da Violência, órgão vinculado ao Instituto Maria da Penha, confirma essa realidade, na qual o gênero é um dos principais fatores da violência: em 2017, a cada 7,2 segundos uma mulher é vítima de violência física no Brasil.⁴²

A pandemia de Covid-19 escancarou esses fatos: dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública⁴³ informam que houve uma redução no registro de vários crimes contra as mulheres, o que não indica uma redução no número de crimes, mas que as vítimas estão encontrando mais dificuldades em denunciar as violências sofridas neste período. O estudo também revela uma redução na distribuição e na concessão de medidas protetivas de urgência, instrumento fundamental para a proteção da mulher em situação de violência doméstica. Ao mesmo tempo, os homicídios dolosos com vítimas do sexo feminino aumentaram 7,1% no mês de maio, passando de 127 em 2019 para 136 em 2020, o que aponta para a ineficiência do estado e da sociedade para a proteção das mulheres.

O enfrentamento da violência contra a mulher exige a superação de estereótipos e papéis de gênero, que colocam os corpos – e as vidas – femininas sob controle dos homens. Nas palavras de Lilia Moritz Schwarcz: “o hábito de agredir mulheres

⁴¹ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e Fórum Brasileiro de Segurança Pública, “Atlas da Violência 2019”. Acesso em 26 de abril de 2021, https://www.ipea.gov.br/portal/imagens/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf.

⁴² Instituto de Estudos Avançados da USP - IEA USP, “12 mil mulheres são agredidas diariamente no Brasil, aponta pesquisa”. Acesso em 26 de abril de 2021, <http://www.iea.usp.br/noticias/violencia-mulher>.

⁴³ Fórum Brasileiro de Segurança Pública, “Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19”. Acesso em 26 de abril de 2021, <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-edo3-v2.pdf>.

é comum em sociedades que não enfrentam valores paternalistas, machistas e heteronormativos predominantes e intocados no decorrer da sua história”.⁴⁴

Uma das demonstrações práticas desse ranço cultural que busca legitimar a violência contra a mulher é a tese da legítima defesa da honra nos crimes de feminicídio. Sua origem é encontrada nas Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil colônia e concediam ao marido o direito de matar sua esposa, caso essa fosse flagrada em adultério.⁴⁵ Embora a previsão não tenha se mantido nas legislações penais posteriores, a mulher permanecia sendo concebida como uma propriedade masculina e a atenuação da pena de agressores e homicidas de mulheres, principalmente em casos de traição, encontrava fundamento na alegada “privação dos sentidos e da inteligência”, na vigência do Código Penal de 1890 (art. 27, § 4º), ou na “violenta emoção”, após a promulgação do Código Penal de 1940 (arts. 65, III, c, 121, § 1º, e 129, § 4º), vigente até os dias de hoje.

A tese da legítima defesa da honra não possui previsão legal, tendo sido construída para permitir a absolvição ou a diminuição da pena do autor de feminicídio ou agressão praticado contra a esposa ou companheira, quando comprovado que a agressão foi movida por violenta paixão, emoção ou adultério. Trata-se de recurso argumentativo utilizado pelas defesas dos acusados para, em nome da proteção da honra masculina, imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões.

A legitimidade do uso dessa tese foi rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 779, em julgamento finalizado em 12.03.2021.⁴⁶ A Corte afirmou que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana,⁴⁷ da proteção à vida e da igualdade de gênero.⁴⁸ Por esses fundamentos, o STF excluiu a tese do âmbito do instituto da legítima defesa e obistou à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que a utilizem, direta ou indiretamente, nas fases pré-processual penal ou processual penal, inclusive em julgamentos perante o tribunal do júri.

⁴⁴ Lilia Moritz Schwarcz, *Sobre o autoritarismo brasileiro* (São Paulo: Companhia das Letras, 2019), 185.

⁴⁵ Margarita Danielle Ramos, “Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres”, *Revista Estudos Feministas* 20, n.º 1 (2012): 53-73. [10.1590/S0104-026X2012000100004](https://doi.org/10.1590/S0104-026X2012000100004).

⁴⁶ STF, ADPF n.º 779, Plenário, Sessão Virtual de 5 de março de 2021 a 12 de março de 2021.

⁴⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 (D.O.U de 05 de outubro de 1988). Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.

⁴⁸ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 (D.O.U de 05 de outubro de 1988). Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: // I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Conclusão

A partir do conceito de constitucionalismo feminista, que se tentou delinear, e da resumida análise do arcabouço normativo brasileiro, verificou-se, nas decisões brevemente analisadas, que, apesar de sua composição majoritariamente masculina, o Supremo Tribunal Federal do Brasil, quando provocado a dar respostas quanto à tutela dos direitos das mulheres, no exercício do seu papel contramajoritário, utiliza a hermenêutica constitucional feminista.

A Corte atuou em prol da igualdade de gênero no mercado de trabalho, mitigando que a condição biológica da gestação venha interferir na carreira da mulher, seja ela privada ou pública; estimulou a sua participação na vida pública via inclusão política; e proibiu a utilização de subterfúgios legais para inocentar homens que atentarem contra a vida de mulheres.

Conforme já enunciado, por uma limitação de objeto selecionamos apenas algumas decisões que tenham analisado o caso concreto predominantemente pela ótica da igualdade de gênero. Tal opção, infelizmente, excluiu deliberações históricas e igualmente importantes para as mulheres, bem como a possibilidade de uma análise interseccional da questão. Destacamos as seguintes decisões de proteção a grupos minoritários que também repercutem no gênero feminino e, portanto, se inserem no recorte do constitucionalismo feminista abordado neste trabalho: a constitucionalidade da interrupção voluntária da gravidez em caso de fetos anencefálicos;⁴⁹ a permissão e reconhecimento da união civil homoafetiva;⁵⁰ o reconhecimento da constitucionalidade de tutela penal mais gravosa à violência cometida em âmbito doméstico;⁵¹ a legitimidade das cotas étnicas, a pessoas negras, pardas e indígenas, em concursos públicos;⁵² a possibilidade de alteração do registro civil por pessoas transgênero sem a necessidade de cirurgia de transgenitalização;⁵³ a criminalização da homotransfobia.⁵⁴

Ressaltamos, por fim, conforme já apresentado, que apesar do papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, é essencial o engajamento da sociedade e dos demais Poderes para a solidificação do constitucionalismo-feminista e para que se verifiquem efetivas mudanças nas vidas das mulheres brasileiras.

⁴⁹ STF, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, julgamento em 12.04.2012.

⁵⁰ STF, ADPF 132 e ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, julgamento em 14.10.2011.

⁵¹ STF, ADC 19, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, julgamento em 29.04.2014.

⁵² STF, ADC 19, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Plenário, julgamento em 08.06.2017.

⁵³ STF, ADI 4275, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Edson Fachin, Plenário, julgamento em 07.03.2019.

⁵⁴ STF, ADO 26, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, julgamento em 06.10.2020; MI n.º 4.733 Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, julgamento em 29.09.2020.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. “Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas”. *Revista Direito & Práxis*, n.º 4 (2018): 2171-2228. [10.1590/2179-8966/2017/30806](https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806).
- BENHABIB, Seyla. “The generalized and the concrete other: The Kohlberg-Gilligan controversy and feminist theory”. *Praxis International* 5, n.º 4 (1985): 402-424.
- BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1964.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. “Diagnóstico da participação feminina do Poder Judiciário”. Acesso em 25 de abril de 2021. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/05/cae277dd017bb4d4457755febf5eed9f.pdf>.
- CRENSCHAW, Kimberle. “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”. *University of Chicago Legal Forum*, n.º 1 (1989): 139-167.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. “Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19”. Acesso em 26 de abril de 2021. <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-ed03-v2.pdf>.
- GOMES, Antônia Augusta. “Uma teoria da justiça de John Rawls: Crítica e defesa feminista”. Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina, 2017. <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/182728>.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. “Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil”. Acesso em 26 de abril de 2021. https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf.
- INSTITUTO DE ESTUDOS AVANÇADOS DA USP - IEA USP. “12 mil mulheres são agredidas diariamente no Brasil, aponta pesquisa”. Acesso em 26 de abril de 2021. <http://www.iea.usp.br/noticias/violencia-mulher>.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA E FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. “Atlas da Violência 2019”. Acesso em 26 de abril de 2021. https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf.
- MORITZ SCHWARCZ, Lilia. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- OKIN, Susan. “Feminism and Politics”. Oxford: Oxford University Press, 1998, 116-141.
- PEREIRA DE SOUZA NETO, Cláudio e Daniel SARMENTO. “Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial”. *Quaestio Iuris*, n.º 2 (2013): 119-161. [10.12957/rqi.2013.9315](https://doi.org/10.12957/rqi.2013.9315).
- PETER, Christine. “Constitucionalismo Feminista ressoa no Supremo Tribunal Federal”. *Coluna Observatório Constitucional da Revista Consultor Jurídico*, 29 de dezembro de 2018.

- PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. “Bancada feminina na Câmara sobe de 51 para 77 deputadas”. Acesso em 26 de abril de 2021. <https://www.camara.leg.br/noticias/545897-bancada-feminina-na-camara-sobe-de-51-para-77-deputadas/>.
- QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria de e André DEMETRIO. “Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista”. *Revista Direito GV*, n.º 34 (2019): 10.1590/2317-6172201930.
- RAMOS, Margarita Danielle. “Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres”. *Revista Estudos Feministas* 20, n.º 1 (2012): 53-73. 10.1590/S0104-026X2012000100004.
- REIS GONÇALVES PEREIRA, Jane. “O Judiciário como Impulsionador dos Direitos Fundamentais: entre fraquezas e possibilidades”. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n.º 29 (2016): 127-157. 10.12957/rfd.2016.23669.
- REIS GONÇALVES PEREIRA, Jane e Renan MEDEIROS DE OLIVEIRA. “Hércules, Hermes e a pequena sereia: Uma reflexão sobre estereótipos de gênero, subrepresentação das mulheres nos tribunais e (i)legitimidade democrática do Poder Judiciário”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, n.º 2 (2018): 878-910. 10.5102/rbpp.v8i2.5358.
- RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SENADO FEDERAL. “Cresce número de mulheres candidatas e eleitas no pleito de 2020”. Acesso em 26 de abril de 2021. <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/11/16/cresce-numero-de-mulheres-candidatas-e-eleitas-no-pleito-de-2020>.
- TELLES, Cristina. “Direito à igualdade de gênero: uma proposta de densificação do art. 5º, I, da Constituição de 1988”. *Revista da EMERJ*, n.º 3 (2019): 169-204.
- TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. “Mulheres representam apenas 12% dos prefeitos eleitos no 1º turno das Eleições 2020”. Acesso em 21 de abril de 2021. <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Novembro/mulheres-representam-ape-nas-12-dos-prefeitos-eleitos-no-1o-turno-das-eleicoes-2020>.
- UN WOMEN - UNITED NATIONS ENTITY FOR GENDER EQUALITY AND THE EMPOWERMENT OF WOMEN. “Mujeres en la política: 2020”. Acesso em 26 de abril de 2021. <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/women-in-politics-map-2020-es.pdf?la=en&vs=828>.
- VERAS MOTA, Camilla. “Por que ter filhos prejudica mulheres e favorece pais no mercado de trabalho?”. *BBC Brasil*, 16 de agosto de 2017.
- WOLFGANG SARLET, Ingo. “Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal”. *Revista Opinião Jurídica*, n.º 7 (2006): 160-208. 10.12662/2447-66410j.v4i7.p160-209.2006.
- YURACKO, KIMBERLY A. “Toward feminist perfectionism: a radical critique of rawlsian liberalism”. *UCLA Women’s Law Journal*, n.º 6 (1995): 1-48.

Camila Arias Trujillo* (Ecuador)
Amalia Fernández Salvador** (Ecuador)

Un análisis del constitucionalismo feminista ecuatoriano bajo el lente de las generaciones del feminismo jurídico

RESUMEN

El presente artículo realiza un estudio profundo del constitucionalismo ecuatoriano, bajo la influencia de las generaciones del feminismo que empiezan a surgir en 1970, según la teoría feminista legal norteamericana. El feminismo de igualdad, de diferencia y de identidades complejas marca los hitos del movimiento en su rol por la reivindicación de derechos fundamentales como piedra angular de la lucha por la igualdad. En este sentido, es posible correlacionar la inclusión de ciertos derechos de protección especial a mujeres en el Ecuador. El objetivo de este artículo es ofrecer una herramienta académica legítima para el estudio de los derechos humanos de las mujeres y el constitucionalismo en Ecuador desde una óptica feminista. Concluimos que estas herramientas permitirían la aplicación del constitucionalismo feminista en el país, particularmente desde la visión del feminismo interseccional.

Palabras clave: feminismo jurídico; constitucionalismo feminista; Ecuador.

* Abogada, Universidad San Francisco de Quito. Asesora externa de Estrategia Abogados en las áreas societaria, civil y constitucional. camila.at2195@gmail.com / código orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6383-7033>.

** Abogada, Universidad San Francisco de Quito. Asesora jurídica del Comité por la Institucionalización Democrática para reformar la Constitución. afernandezsalvador@alumni.usfq.edu.ec / código orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1411-022X>.

Agradecemos a nuestra mentora y profesora Shelley Cavalieri, por enseñarnos el mundo de la *feminist legal theory*.

An analysis of Ecuadorian feminist constitutionalism through the lens of generations of legal feminism

ABSTRACT

This article presents an in-depth study of Ecuadorian constitutionalism under the influence of the generations of feminism that began to emerge in 1970, based on North American legal feminist theory. The feminism of equality, difference and complex identities marks the milestones of the movement in its role in demanding fundamental rights as the cornerstone of the fight for equality. In this regard, it is possible to correlate the inclusion of certain special protection rights for women in Ecuador. The objective of this article is to offer a legitimate academic tool for the study of women's human rights and constitutionalism in Ecuador from a feminist perspective. We conclude that this tool will allow for the application of feminist constitutionalism in Ecuador, particularly from the viewpoint of intersectional feminism.

Keywords: Legal feminism; feminist constitutionalism; Ecuador.

Analyse des ekuadorianischen feministischen Konstitutionalismus aus der Perspektive des generationenübergreifenden juristischen Feminismus

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel nimmt eine gründliche Untersuchung des ekuadorianischen Konstitutionalismus unter dem Einfluss des generationenübergreifenden Feminismus vor, dessen Anfänge auf der Grundlage des nordamerikanischen juristischen Feminismus auf das Jahr 1970 zurückgehen. Dieser gleichheitsorientierte Feminismus mit seiner Betonung von Unterschieden und komplexen Identitäten steht für die Errungenschaften, die die Bewegung bei der Einforderung von Grundrechten als Grundpfeiler ihres Kampfes für mehr Gleichheit erzielt hat. In diesem Sinne ist es möglich, eine Korrelation mit der Existenz spezifischer Schutzrechte für Frauen in Ecuador herzustellen. Mit dem vorliegenden Beitrag ist die Absicht verbunden, ein zweckdienliches akademisches Instrument zur Analyse der Menschenrechte von Frauen und des ekuadorianischen Konstitutionalismus aus feministischer Sicht anzubieten. Dabei gelangen wir zu dem Schluss, dass solche Instrumente zur Umsetzung des feministischen Konstitutionalismus aus einer übergreifenden feministischen Perspektive beitragen würden.

Schlagwörter: Juristischer Feminismus; feministischer Konstitutionalismus; Ekuador.

Introducción

A lo largo de la historia, a través del litigio estratégico y la teoría legal feminista, grandes juristas feministas han aportado en la formulación de una teoría conceptual analítica para entender la estructuración patriarcal del sistema jurídico que rige en la mayoría de sociedades. Por esta razón, al día de hoy, una de las aristas más

importantes de la lucha feminista tiene lugar en el ámbito jurídico y, en concreto, en el derecho constitucional como directriz axiológica de la sociedad. Este trabajo analiza el contexto jurídico feminista del Ecuador, especialmente, el constitucionalismo feminista, y si este existe en realidad en el país.

Revisaremos la definición base del feminismo y del feminismo jurídico, para pasar a un análisis corto de los tres momentos en que el constitucionalismo feminista se construye: el proceso constituyente de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), los procesos de reforma de la norma suprema y la aplicación de este cuerpo legal. Se hará un recuento sobre la aplicación de las normas constitucionales desde la promulgación de la Constitución ecuatoriana de 2008¹ hasta la actualidad, con relación a las generaciones del feminismo legal, así como normas que han sido ampliadas o restringidas por la Corte Constitucional como máximo intérprete de la CRE.²

El artículo se centrará en un análisis de las distintas generaciones feministas de la historia, desarrollado por la feminista, profesora y autora Martha Chamallas en su libro *Introduction to Feminist Legal Theory*, con el propósito de entender el alcance de las normas, su aplicación y cuál ha sido la interpretación feminista –si existe alguna– sobre la igualdad, la no discriminación y los derechos de protección especial que se reconocen a las mujeres en determinadas circunstancias. Las conclusiones a las que llegaremos servirán como base teórica para que futuras feministas puedan aplicarlas en su práctica activista y constitucionalista, con el objeto de avanzar en los derechos de las mujeres de manera consistente con la práctica jurídica.

1. Tres momentos del constitucionalismo feminista: constituyente, aplicación y reforma

Tanto el feminismo como el feminismo jurídico tienen, cada uno, una descripción conceptual y sus respectivas críticas. El feminismo como movimiento social analiza y describe la subordinación sistemática de las mujeres y cuáles son sus causas,³ es decir, deconstruye la sociedad. Una especie de feminismo es el feminismo jurídico. Este último, por su parte, se especializa en el análisis del derecho desde una perspectiva de género y puede considerarse más radical u opuesto, ya que asume que existe un problema, por lo que desconfía del ordenamiento jurídico actual por su inherente estructura patriarcal.⁴ De esta manera, aporta soluciones al proveer herramientas para modificar esta realidad.

¹ El presente trabajo hace énfasis en la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

² Constitución de la República del Ecuador de 20 de octubre de 2008, Registro Oficial 449, art. 429.

³ Martha Chamallas, *Introduction to Feminist Legal Theory* (New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013), 1.

⁴ Chamallas, *Introduction to Feminist...*, 1.

Así como en las áreas del derecho, dentro del feminismo jurídico existe el denominado constitucionalismo feminista o el estudio en que convergen el derecho constitucional y el feminismo jurídico. Para el constitucionalismo en el Ecuador es crucial analizar y entender esta área del derecho para abarcar de manera estratégica los casos en el ejercicio de la profesión judicial, legal y académico. El constitucionalismo feminista, según algunos autores, puede ser analizado a partir de tres momentos constitucionales.⁵ El primero de ellos es la creación de una constitución y la participación feminista, si hubo alguna. Como segundo hito constitucional feminista sujeto a este análisis está el rol de la mujer y su participación en las reformas constitucionales, y, finalmente, el tercer momento se enfoca en la aplicación de la CRE y la jurisprudencia constitucional que implementa los amplios conceptos constitucionales a la realidad.

El proceso constituyente de la CRE de 2008 fue propuesto por el expresidente del Ecuador, ahora prófugo, Rafael Correa,⁶ que nació de la aprobación de una consulta popular en la que se preguntó a la ciudadanía si quería que se redactara una nueva constitución a través de una Asamblea Constituyente⁷ y quiénes serían parte de dicho órgano.⁸ Si revisamos la representatividad del proceso en términos de género encontramos que 44 de los 137 asambleístas electos fueron mujeres; es decir, tan solo el 32,12%, lo que representó un poco menos de un tercio de dicho cuerpo con plenos poderes constituyentes.⁹ Un punto a favor en cuanto a la participación de las mujeres en el sentido formal y de autoridad fue que, en las mesas constituyentes, seis de las diez vicepresidentes fueron mujeres.¹⁰ Además, una mujer tuvo el rol de primera y segunda vicepresidenta de la Asamblea Constituyente.¹¹

Es importante criticar y hacer notar que de esas mujeres, 35 representaron al partido Alianza País, por lo que desde una perspectiva interseccional y de agenda política, este partido era el predominante con el 79,5% de las mujeres en la constituyente.¹² Por otro lado, existen duras críticas al proceso, pues se comprobaron

⁵ Ignacio Álvarez Rodríguez, "Feminismos, feminismos jurídicos, constitucionalismo feminista", *E-Prints Complutense* (2019): 25.

⁶ Hernán Pérez-Loose, "Ecuador y su metamorfosis constituyente", en *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, coord. por J. Serna de la Garza (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009), 246.

⁷ Hernán Salgado Pesantes, "El proceso constituyente de Ecuador. Algunas reflexiones", en *Procesos constituyentes...*, 278.

⁸ Salgado Pesantes, "El proceso constituyente de Ecuador. Algunas reflexiones", 268.

⁹ Juan Carlos Machado Puertas, "Ecuador: ...hasta que se fueron todos", *Revista de Ciencia Política* 28, n.º 1 (2008): 193, doi: [10.4067/S0718-090X2008000100010](https://doi.org/10.4067/S0718-090X2008000100010).

¹⁰ Carter Center, *Informe sobre la Asamblea Constituyente del Ecuador* (Quito: Centro Carter, 2008), 8.

¹¹ Carter Center, *Informe sobre la Asamblea Constituyente...*, 6.

¹² El cálculo fue realizado por las autoras con base en datos presentados en la obra de Machado Puertas, "Ecuador: ...hasta que se fueron todos", 192-193.

incongruencias en la aprobación de la Constitución por este órgano,¹³ y se hicieron denuncias por la injerencia del Ejecutivo y de la Comisión de Redacción.¹⁴

La participación de las mujeres en la redacción de los articulados que se incorporaron en la Constitución se dio en diferentes momentos. Los movimientos feministas participaron en varios encuentros con el mandatario, en las mesas de trabajo que condujeron los constituyentes y, además, solicitaron el apoyo de algunas de las asambleístas mujeres.¹⁵ Podría decirse que la sociedad civil aportó más en la aplicación de articulados feministas, que la participación de las propias asambleístas.¹⁶ Una muestra de esto es que existieron constituyentes mujeres que rechazaron tajantemente las libertades sexuales y la falta de penalización del aborto en la CRE.¹⁷

Los logros específicos plasmados en la Carta Fundamental son el resultado del movimiento feminista y sus generaciones. Estos han sido: la incorporación y reivindicación de concepciones amplias de los derechos a la igualdad y no discriminación, la protección a la dignidad humana,¹⁸ los derechos sexuales y reproductivos,¹⁹ los derechos de trabajo²⁰ y los derechos que garantizan la paridad.²¹ Sin embargo, es necesario hacer un análisis más detallado de los beneficios verdaderamente aportados a la mujer, y si estas normas consiguen o no su cometido. La participación de las mujeres en la constituyente, a pesar de que ha sido calificada de

¹³ Daniela Salazar, “Mi poder en la Constitución: la perversión en el Estado de derecho en el Ecuador”, en *La desigualdad*, ed. por SELA (Buenos Aires: Librería Ediciones, 2016), 238-239.

¹⁴ Salazar, “Mi poder en la Constitución: la perversión en el Estado de derecho en el Ecuador”, 239.

¹⁵ Patricia Palacios Jaramillo, *Los derechos de las mujeres en la nueva Constitución*, Institut de recherche et débat sur la gouvernance - IRG, <http://www.institut-gouvernance.org/en/analyse/fiche-analyse-452.html#h3>.

¹⁶ Un caso emblemático en cuanto al alcance de los derechos de las mujeres indígenas fue la inclusión de la decisión en la justicia indígena de mujeres y su rol en este tipo de justicia. A pesar de ser rechazadas por mujeres de clase media en el Consejo Nacional de la Mujer (Conamu), y del movimiento indígena liderado por hombres, recibieron el apoyo en Montecristi por su insistencia en la inclusión de este derecho. Para una profundización, véase Manuela Lavinas Picq, *Vernacular Sovereignities: Indigenous Women Challenging World Politics* (Tucson: University of Arizona Press, 2018).

¹⁷ Marjorie Gabriela Espinoza, “El espejismo laico del Ecuador. Los debates constituyentes sobre el aborto, la adopción homosexual y el nombre de Dios en el preámbulo”, *Foro Revista de Derecho*, n.º 29 (2018): 143-144.

¹⁸ Paola Priscila Vallejo Cárdenas y Ana Fabiola Zamora Vázquez, “El reconocimiento de los derechos de las mujeres y la inserción del enfoque de género en el desarrollo constitucional ecuatoriano frente al principio de igualdad y no discriminación”, *Revista Científica FIPCAEC* 6, n.º 1 (2021): 111, doi: [10.23857/fipcaec.v6i1](https://doi.org/10.23857/fipcaec.v6i1).

¹⁹ Constitución de la República del Ecuador, art. 332.

²⁰ Constitución de la República del Ecuador, art. 331.

²¹ Constitución de la República del Ecuador, art. 61.

inclusiva,²² está lejos de serlo, por lo que no puede considerarse paritaria y representativa de todas las perspectivas de las mujeres de la sociedad ecuatoriana. Lo que ocurrió fue que se utilizaron mecanismos de acción afirmativa como meros requisitos de cumplimiento de cuotas, lo que no tuvo como resultado otorgar, proteger ni ampliar derechos, sino restringirlos.

En cuanto al segundo momento del constitucionalismo feminista, correspondiente al análisis de reformas constitucionales, se puede decir que desde 2008 se han completado tres procedimientos de esta índole. La primera reforma se realizó a través de una consulta popular iniciada por Rafael Correa en el año 2011,²³ misma que buscó la reforma de plazos para la prisión preventiva, medidas sustitutivas de privación de libertad, restricción de los derechos de accionistas del sistema financiero y del sector de comunicaciones, y la reestructuración del Consejo de la Judicatura.²⁴ No existió un rol predominante de la mujer en el apoyo o la negación de las reformas, así como tampoco se plantearon reformas de índole feminista.

La segunda vez que se enmendó la Constitución fue en el año 2015. Este proceso comenzó y culminó con la aprobación de la Asamblea Nacional, que fue amplia y justificadamente criticada, y posteriormente declarada inconstitucional por la Corte Constitucional.²⁵ Se enmendaron 15 artículos de la Constitución,²⁶ pero ninguno desarrolló o avanzó en los derechos de las mujeres. La presidenta de la Asamblea Nacional en ese entonces, Gabriela Rivadeneira, tuvo un rol reprochable por su subordinación a la voluntad del Ejecutivo,²⁷ por lo que en este trabajo se considera que dicha enmienda tampoco abonó al constitucionalismo feminista.

Finalmente, la última consulta popular y referéndum, realizada por el presidente saliente, Lenín Moreno, instaló una transición institucional en el Ecuador. Las preguntas del referéndum fueron varias, en especial, una de ellas buscó la imprescriptibilidad de los delitos cometidos en contra de niños, niñas y adolescentes. La aprobación de esta pregunta fue un logro para los movimientos que luchan por la erradicación de la violencia, una de las áreas de interés de la lucha feminista; sin embargo, este logro no puede atribuírsele al movimiento, ya que no existió campaña alguna a favor de la propuesta, sino que fue una consulta ampliamente

²² Hassen Ebrahim y Laurel E. Miller, "Creating the birth certificate of a new South Africa", en *Constitution Making*, ed. por Sujit Choudhry y Tom Ginsburg (Cheltenham: Elgar, 2016), 128.

²³ Paúl Mena Erazo, "Ecuador: luz verde para referendo de Correa", *BBC News*, 16 de febrero de 2011, https://www.bbc.com/mundo/noticias/2011/02/110216_ecuador_referendo_ao.

²⁴ Mena Erazo, "Ecuador: luz verde para referendo de Correa".

²⁵ Véase Rafael Oyarte, *Derecho constitucional* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019); Ismael Quintana, *Limitaciones y control de la reforma constitucional* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019).

²⁶ Quintana, *Limitaciones y control...*, 103.

²⁷ María Sol Borja, "Gabriela Rivadeneira: nunca tuvimos poder", *GK*, 17 de diciembre de 2018, <https://gk.city/2018/12/17/asambleista-gabriela-rivadeneira-ecuador-poder/>.

apoyada por la mayoría de la ciudadanía ecuatoriana.²⁸ Dicho esto, podemos concluir que, en realidad, en ninguna de las reformas constitucionales, las mujeres ni el movimiento feminista han participado plenamente ni han tenido reivindicaciones que arrogarse.

De esta manera, llegamos al tercer momento en el feminismo constitucional: el desarrollo de jurisprudencia y la aplicación práctica de la CRE, el cual representa el enfoque de este trabajo. Se realizará un análisis de las normas constitucionales y su aplicación desde una perspectiva de feminismo legal, con base en el texto de Martha Chamallas, para entender su alcance a partir del uso de las generaciones del feminismo legal.

2. Las generaciones del feminismo y su injerencia en el derecho constitucional ecuatoriano.

El tercer momento del constitucionalismo feminista

Para analizar correctamente lo que es el constitucionalismo feminista, es necesario entender su aplicación en términos amplios y su evolución en el tiempo hasta la actualidad. Según la doctrina, una metodología de análisis del movimiento legal feminista se determina mediante la estructura de *generaciones* del feminismo, las cuales se enmarcan en tres grandes momentos.²⁹ Así, se pueden analizar las normas constitucionales y la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional, aplicadas dentro de cada una de estas generaciones.

2.1. La primera generación del feminismo: la equidad como hazaña

La primera generación del feminismo corresponde a una de tinte liberal, que nace en el año 1970 en manos de mujeres estadounidenses. Durante esta generación se comienza a demandar la igualdad entre hombres y mujeres y, por consiguiente, surge la principal interrogante del porqué de la exclusión de la mujer del derecho a la ciudadanía, al voto y a sus derechos sociales.³⁰ Es gracias a este movimiento extranjero³¹ que, al día de hoy, el constitucionalismo reconoce el derecho a la igualdad, que en el Ecuador se encuentra contemplado en el artículo 11, numeral 2, de la CRE.

²⁸ Gisela Vaca, “Delitos sexuales contra niños y adolescentes: la imprescriptibilidad no siempre es la mejor solución”, *GK*, 4 de febrero de 2018, <https://gk.city/2018/02/04/resultados-consulta-popular-delitos-sexuales-pregunta-4/>.

²⁹ Chamallas, *Introduction to Feminist...*, 17-18.

³⁰ Comúnmente se considera el derecho a la igualdad para todas las personas y no solo para los hombres con propiedades. Por esto es que ahora solo es necesaria una declaración de igualdad entre las personas y la garantía de no discriminación.

³¹ No solo se contempla el activismo de las feministas, sino también de otros movimientos sociales de minorías, como aquellos derechos alcanzados por los afroamericanos en Estados

En ejercicio de los derechos sociales, la Corte Constitucional ha emitido varias sentencias que garantizan la igualdad de derechos a mujeres, personas LGBTIQ+, personas de culturas indígenas, entre otras. La Sentencia 751-15-EP/21, con Daniela Salazar Marín como jueza ponente, declaró la violación de los derechos de igualdad y no discriminación de una abogada a la que se le negó el acceso a la cárcel El Turi por considerar que su vestimenta era “inapropiada”.³² En la acción de protección dictada por las juezas de instancia se negó esta declaratoria de violación de derechos, asunto que fue duramente criticado por los jueces de la Corte Constitucional, quienes advirtieron:

... existen casos en los que, si bien a primera vista la norma aplicada al caso es neutral, su impacto en un grupo determinado podría generar una consecuencia discriminatoria, y [...] la discriminación está prohibida tanto en las normas que apruebe un Estado como en su aplicación. De allí que, ante la alegación de una vulneración de derechos, los jueces y juezas no pueden limitarse a verificar que la actuación de las autoridades accionadas esté prevista en una norma, sino que necesariamente deben analizar el alegado impacto de dicha actuación en los derechos cuya vulneración se alega.³³

La Corte determinó la vulneración de derechos, ya que la restricción de acceso por vestimenta no se encontraba justificada ni contemplada como un impedimento de ingreso a los centros de rehabilitación social, y consideró que “existen normas y prácticas paternalistas o falsamente protectoras de las mujeres, en la medida en que restringen sus derechos con el supuesto fin de protegerlas”.³⁴

Este caso no solo es actual, sino que es relevante para señalar la visión feminista que tiene la Corte cuando los derechos de las mujeres se ven violentados. La Corte hace una estimación muy importante para la práctica judicial, al señalar que no es posible hacer un ejercicio meramente formalista, como el realizado por las juezas en primera y segunda instancia, sino que es necesario ponderar los derechos que se encuentran en conflicto. En este caso, los derechos de las personas privadas de libertad frente al derecho de no discriminación e igualdad de las mujeres que desean acceder al centro de rehabilitación social. De esta manera, la Corte realiza un llamado de atención a las autoridades jurisdiccionales que se niegan a eliminar prácticas machistas y patriarcales.

En cuanto al derecho de las mujeres al voto y a su participación política, en el marco de los derechos políticos, debe existir una inclusión igualitaria o equitativa,

Unidos, al igual que las personas *queer* y los derechos de las personas indígenas. Sin embargo, al no ser parte de este estudio, nos remitimos al logro alcanzado por el movimiento feminista.

³² Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 751-EP-15/21 de 17 de marzo de 2021, 37.

³³ Sentencia 751-EP-15/21, 17.

³⁴ Sentencia 751-EP-15/21, 28.

lo cual sigue siendo un reto muy grande en el ámbito constitucional. La discusión radica en que “la participación de las mujeres en los ámbitos de poder estatal [en el Ecuador y la región] no ha sido significativa”.³⁵ Esto ha imposibilitado un verdadero cambio en el panorama político por parte de mujeres en temas de envergadura social, así como en asuntos que les atañen exclusivamente por el hecho de serlo. En este sentido, la CRE considera la acción afirmativa hacia las mujeres en el ámbito político como reconocimiento de una lucha histórica en el Ecuador,³⁶ aunque es posible criticar la idoneidad de estas medidas por las razones establecidas con anterioridad.

2.2. La segunda generación del feminismo legal: una generación de diferencia

La segunda generación empieza en los años ochenta y crea dos clases de movimientos: el feminismo de dominancia y el feminismo cultural. El feminismo de dominancia es reactivo y está enfocado en la lucha contra las distintas expresiones de violencia en contra de la mujer, ya sea como violación, acoso, desigualdad laboral y patrimonial, prostitución y trata,³⁷ incluida la legalización del aborto como parte de la independencia y autonomía corporal de las mujeres. En este aspecto, la Constitución reconoce el derecho a una vida libre de violencia en los ámbitos público y privado, en especial la protección de mujeres, niñas y adolescentes como personas que se encuentran en una situación de desventaja o vulnerabilidad.³⁸

La Corte Constitucional ha realizado interpretaciones en relación con conceptos atados a la maternidad en el Ecuador. En este sentido, encontramos algunas sentencias con carácter de jurisprudencia vinculante en las que se analiza, por una parte, la posible discriminación de una mujer en periodo de lactancia en el ámbito laboral, y la discriminación de una mujer embarazada en el ámbito educativo. La

³⁵ Vallejo Cárdenas y Zamora Vázquez, “El reconocimiento de los derechos de las mujeres y la inserción del enfoque de género en el desarrollo constitucional ecuatoriano frente al principio de igualdad y no discriminación”, 125.

³⁶ La importancia del derecho al voto y de conseguir una “paridad entre el hombre y la mujer en todos los ámbitos” han sido centros de interés en la lucha por la igualdad material. El constitucionalismo, históricamente, “ha borrado y silenciado a las mujeres por medio de la deslegitimación y de la exclusión”. Basta decir que a las mujeres se les otorgó el derecho al voto por primera vez en el Ecuador en el año 1924, gracias a la lucha de Matilde Hidalgo, 94 años después de nuestra primera constitución en 1830 y de que no se las reconoció como sujetos de derecho sino hasta la Constitución de 1998. Véase también André Demetrio, “Cuando el género dialoga con la jurisprudencia: caminos para un constitucionalismo feminista en el Tribunal Constitucional español y en la Suprema brasilera” (comunicación, IV Congreso de Jóvenes Investigadorxs con perspectiva de género, Getafe, 24-26 de junio de 2019), https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/investigacion/Documentacion/IV_Seminario/20200207_demetrio_a_es_o.pdf.

³⁷ Nani Aguilar Barriga, “Una aproximación teórica a las olas del feminismo: la cuarta ola una”, *Femeris* 5, n.º 2 (2020): 136-137, doi: [10.20318/femeris.2020.5387](https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5387).

³⁸ Constitución de la República del Ecuador, art. 66, num. 3, lit. b.

Sentencia 108-14-EP/20 de 09 de junio de 2020, cuya jueza ponente fue Daniela Salazar Marín, analiza la posible discriminación de una mujer que fue separada de su trabajo mientras se encontraba en periodo de lactancia legalmente concedido por parte de la institución financiera en la que trabajaba. Los derechos analizados por la Corte fueron el derecho al trabajo y la estabilidad laboral, el respeto de los derechos reproductivos de las personas trabajadoras y la protección especial de no discriminación a mujeres embarazadas y en periodo de lactancia.³⁹

En este sentido, la Corte finalmente decidió que no existió discriminación al separar a la mujer de su puesto laboral, ya que esta se dio “por cumplimiento del plazo previamente determinado [en el contrato], y no [fue una] terminación con fundamento en su condición de mujer embarazada o en periodo de lactancia”.⁴⁰ Sin embargo, también argumenta que el estado de lactancia “exige una protección especial y reforzada al pertenecer a un grupo de atención prioritaria”,⁴¹ y que, en este sentido, la institución tenía la obligación positiva de adoptar medidas especiales para proteger a la accionante a través de una extensión de su contrato hasta que finalizara este periodo. Es decir, las normas deben ser interpretadas extensivamente para proteger de manera eficaz los derechos de las mujeres que, mientras trabajan, deben lactar a sus recién nacidos. Es interesante tomar en cuenta estas consideraciones, que finalmente representan *obiter dicta* y no *ratio decidendi* para este caso, pero que señalan claramente una posición feminista por parte de la Corte Constitucional.

La segunda sentencia a la que haremos referencia, la 1894-10-JP/20, con Teresa Nuques Martínez como jueza ponente, corresponde a un caso de separación de una adolescente de la Escuela Militar Eloy Alfaro, después de haberle practicado un examen clínico que determinó que se encontraba embarazada. La cadete tenía un embarazo ectópico, es decir, fuera del útero, lo que significa que “no se estaba gestando un hijo, sino un producto que iba a ser expulsado de su cuerpo en poco tiempo”.⁴² El Tribunal de Honor de la Escuela basó su decisión en un artículo del Reglamento de Disciplina Militar para Cadetes, según el cual el embarazo, o estado de gestación, estaría considerado como una falta atentatoria que tenía como sanción la separación inmediata del plantel. La Escuela Militar alegó que no existía discriminación hacia las mujeres, ya que otro requisito que debían cumplir los aspirantes a oficiales era el de “mantener el estado civil de solteros y no tener hijos”,⁴³ por lo que dicha disposición afectaba de igual manera a hombres y mujeres.

A diferencia del caso anterior, la Corte determinó que sí existió discriminación. En primer lugar, de manera directa, ya que de la sola lectura de la norma invocada

³⁹ Los derechos analizados por la Corte se encuentran en los artículos 33, 228 y 335; 35, 43, 43.1 y 332 de la Constitución.

⁴⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 108-14-EP/20 de 09 de junio de 2020, 6.

⁴¹ Sentencia 108-14-EP/20, 12.

⁴² Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 1894-10-JP/20 de 04 de marzo de 2020, 5.

⁴³ Sentencia 1894-10-JP/20, 6.

por el Tribunal de Honor, colige una discriminación, no solo hacia las mujeres, sino a hombres que no sean solteros o que tengan hijos, lo cual, además, no representa un impedimento para la formación militar. Por otro lado, la Corte estableció que existió discriminación indirecta por la interpretación que se da a dichas normas. Al ser el embarazo un estado evidente en las mujeres, la norma reglamentaria era aplicada con mayor frecuencia a las cadetes, afectándolas de manera sistemática. La Corte, en este caso, analizó los derechos de igualdad y no discriminación, educación, formación profesional, vida digna y proyecto de vida como parte de los derechos que se verían afectados por dichas prácticas discriminatorias.

Siguiendo la línea de análisis planteada, es necesario considerar la libertad de las mujeres en el Ecuador –como parte del feminismo de dominancia– de decidir si continuar o dar por terminado un embarazo. En el país, el artículo 45 de la CRE reconoce y garantiza la vida desde la concepción,⁴⁴ lo que ha dado paso al rechazo radical del aborto bajo cualquier circunstancia. Heymann, Sprague y Raub (2020), en su artículo sobre la importancia del abordaje de género, establecen la necesidad de que las mujeres sean quienes tomen las decisiones sobre su salud reproductiva para lograr el objetivo de la igualdad de género,⁴⁵ y señalan:

... si bien pocas constituciones abordan en detalle los derechos reproductivos en la actualidad, en un momento en que hasta el 13,2% de las muertes maternas cada año son atribuibles a abortos inseguros, el fortalecimiento de las protecciones legales para la toma de decisiones de las mujeres sobre su propia atención médica debería ser una prioridad para la igualdad de derechos y salud pública.⁴⁶

La discusión alrededor del aborto es importante como un problema de salud pública, como lo han señalado las autoras, pero también es fundamental si hablamos del plan de vida personal al que tenemos derecho, y, dentro de este, de elegir si optaremos o no por la maternidad, en qué momento y bajo qué condiciones (adopción, maternidad subrogada, entre otras).

El derecho de las mujeres a decidir sobre el propio cuerpo se limita ante la dificultad de recibir una atención médica que no ponga en peligro su salud, pero, también, obstaculiza la autonomía de millones de mujeres en espacios educativos y económicos.⁴⁷ El papel que juega el constitucionalismo feminista en este aspecto es precisamente el de incorporar protecciones sólidas que garanticen la igualdad de derechos a la salud reproductiva con independencia del sexo y género del ser

⁴⁴ Constitución de la República del Ecuador, art. 45.

⁴⁵ Jody Heymann, Aleta Sprague y Amy Raub, *Advancing Equality: How Constitutional Rights Can Make a Difference Worldwide* (California: University of California Press, 2020), 55.

⁴⁶ Heymann, Sprague y Raub, *Advancing Equality...*, 55.

⁴⁷ Heymann, Sprague y Raub, *Advancing Equality...*, 54.

humano.⁴⁸ La maternidad, así como el aborto legal, deberían ser opciones para las mujeres en Ecuador, y en ningún caso, una imposición social, moral o penal.

Finalmente, en julio de 2019 se presentó una acción de inconstitucionalidad de actos normativos ante la Corte Constitucional⁴⁹ respecto de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal.⁵⁰ La acción de inconstitucionalidad se centró en la despenalización del aborto por violación, una de las formas de aborto ampliamente aceptada en el mundo. El 28 de abril de 2021, la Corte declaró la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 150, numeral 2, del Código Orgánico Integral Penal (COIP), por lo que resolvió la despenalización del aborto por violación y ordenó al defensor del Pueblo que, en el plazo de dos meses, presentara un proyecto de ley a la Asamblea Nacional para regular el aborto consentido en casos de violación.⁵¹ Esta sentencia demuestra la importancia que tiene el constitucionalismo feminista para la reivindicación de los derechos de las mujeres en el ámbito legal y constitucional, a fin de alcanzar regulaciones que no se sometan a las reglas del patriarcado, aunque queda aún la lucha institucional en la Asamblea Nacional, conformada por hombres y mujeres, para que hacer efectivo este derecho.

Por su parte, el feminismo cultural también supuso un reto al feminismo liberal o de equidad. Se centró en analizar las diferentes voces que tienen las mujeres respecto a cómo se articula el mundo desde su propia identidad.⁵² Con esto, intentaron incorporar esta voz distinta en la ley, y hacer un énfasis en el papel de madre para ofrecer un apoyo a las mujeres en los roles que tradicionalmente se les han otorgado. El embarazo y el periodo de lactancia, como se ha visto, marcan la principal diferencia biológica entre hombres y mujeres y, en este sentido, es importante balancear dos posturas. La primera es que no se puede asumir que todas las mujeres tienen un rol inherente, de adoptar y asumir la maternidad; y la segunda es que, una vez que la mujer ha decidido hacerlo, se encuentra en una situación en la que puede requerir cuidados ulteriores debido al proceso biológico que acaba de vivir.

La CRE, en su artículo 11, numeral segundo, norma el principio de igualdad ante la ley –igualdad formal– como principio rector del ejercicio de derechos. Señala que nadie podrá ser discriminado en razón de sexo, ni, entre otras, “por cualquier distinción personal y temporal de la que pueda resultar el menoscabo o anulación de reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos”.⁵³ En su artículo 66, numeral cuarto,

⁴⁸ Jody Heymann, Aleta Sprague y Amy Raub, “Why addressing gender is foundational”, en *Advancing Equality: How Constitutional Rights Can Make a Difference Worldwide*, ed. por Heymann, J. et al. (California: University of California Press, 2020), 54, <https://doi.org/10.1525/luminos.81.d2020>.

⁴⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Caso 34-19-IN y acumulados de 28 de abril de 2021.

⁵⁰ Código Orgánico Integral Penal de 10 de febrero de 2014, Registro Oficial Suplemento 180.

⁵¹ Sentencia 34-19-IN/21 y acumulados, 50.

⁵² Chamallas, *Introduction to Feminist...*, 22.

⁵³ Constitución de la República del Ecuador, art. 11, num. 2.

referente a los derechos de libertad, establece que el Estado garantizará el “derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”;⁵⁴ y, finalmente, en el artículo 43, regula la garantía a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia a “no ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral”.⁵⁵

En aplicación y como influencia del feminismo cultural, se incluyó en el ordenamiento ecuatoriano la acción afirmativa, recogida expresamente en la Constitución, y que las Naciones Unidas ha señalado que contiene al menos tres elementos. Primero, es necesario que las medidas sean coherentes; segundo, que sean temporales; y, tercero, su objetivo mediano debe ser corregir una situación específica de exclusión de un grupo –en este caso de las mujeres–, cuya meta a largo plazo es lograr la igualdad.⁵⁶ La CRE adoptó la figura de la acción afirmativa al declarar y garantizar el derecho a la igualdad en el artículo 11, numeral 2: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. *El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad*” (énfasis agregado).

Esta institución jurídica también aplica en el caso de representatividad de cargos en la función pública,⁵⁷ para grupos de atención prioritaria definidos en el artículo 35 de la misma Constitución,⁵⁸ y se establece un trato diferenciado de mujeres embarazadas que cumplen su condena en los sistemas de rehabilitación social.⁵⁹ El beneficio de la acción afirmativa es que la CRE reconoce que la igualdad declarada no es simple y, por lo tanto, el Estado y sus servidores tienen que consagrar a favor de ciertas personas esta figura para que efectivamente sean concedidos dichos derechos.

Sin embargo, existen algunas críticas a esta figura. La aplicación de las acciones afirmativas no se desarrolla con base en una temporalidad, sino que se defiende como

⁵⁴ Constitución de la República del Ecuador, art. 66, num. 4.

⁵⁵ Constitución de la República del Ecuador, art. 43.

⁵⁶ Patricia Begné, “Acción afirmativa: una vía para reducir la desigualdad”, *Ciencia Jurídica* 1, n.º 1 (2011): 14.

⁵⁷ Constitución de la República del Ecuador, “Art. 65. El Estado promoverá la representación paritaria de mujeres y hombres en los cargos de nominación o designación de la función pública, en sus instancias de dirección y decisión, y en los partidos y movimientos políticos. En las candidaturas a las elecciones pluripersonales se respetará su participación alternada y secuencial. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa para garantizar la participación de los sectores discriminados”.

⁵⁸ Constitución de la República del Ecuador, “Art. 35. Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”.

⁵⁹ Constitución de la República del Ecuador, “Art. 203. El sistema se regirá por las siguientes directrices: 4. En los centros de privación de libertad se tomarán medidas de acción afirmativa para proteger los derechos de las personas pertenecientes a los grupos de atención prioritaria”.

un derecho, sin reconocer que el objetivo –y por tanto el derecho principal– es el derecho a la igualdad. De esta manera, se han erigido normas infraconstitucionales que no delimitan la acción afirmativa, como es el caso de las reformas a la Ley Orgánica Electoral, que obliga a todos los partidos políticos y a las autoridades de elección popular la paridad, sin considerar que dicha acción afirmativa tiene que ser temporal.⁶⁰ Por ello, se obliga también a la inclusión de mujeres, sin, en verdad, incorporar mujeres capacitadas, sino para cumplir la cuota de género. Finalmente, las medidas de acción afirmativa en términos de derechos a la salud, la educación y las necesidades básicas son más importantes que la representación política. Sin embargo, es la única que ha interesado a las feministas, cuya participación fue una de las más importantes en las reformas anteriormente mencionadas.

La Corte Constitucional ha hecho un análisis adecuado al respecto en la Sentencia 3-19-JP y acumulados, en la cual se revisaron 17 sentencias que tratan el despido de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia mientras trabajaban en el sector público. La Corte Constitucional profundizó sobre el derecho al cuidado que tienen las madres, así como en la obligación que tienen los padres en conjunto de cuidar a sus hijos.⁶¹ Con base en el artículo 35 de la Constitución,⁶² la Corte Constitucional desarrolló el concepto de “Protección Especial” de la siguiente manera:

La protección especial significa que las mujeres durante su embarazo, parto, postparto y periodo de lactancia deben ser atendidas en función de sus necesidades específicas, *sin que este hecho signifique que las mujeres no tengan capacidad para ejercer sus derechos con autonomía*. Esta protección se da frente a la desventaja en la que esta condición las pone frente a los hombres dentro de un sistema patriarcal. No solo garantiza a las mujeres la igualdad en el acceso al empleo sino también la permanencia. Al garantizar este derecho, los demás derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia se refuerzan para su pleno ejercicio.⁶³ (Énfasis agregado)

En estos casos, la Corte Constitucional analiza el sentido de la protección especial que deben recibir las mujeres embarazadas, así como la manera para conseguir la igualdad formal y material. En la primera sentencia, la Corte establece que existe una “obligación de garantizar la igualdad material por la situación estructural de discriminación y desventaja en la que se encuentran”,⁶⁴ situación estructural que se perpetúa por factores como “el machismo, la estructura social patriarcal, así como

⁶⁰ Ley Orgánica Electoral de 3 de febrero de 2020, Registro Oficial Suplemento 578, artículos 99, Disposición Transitoria Tercera.

⁶¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 3-19-JP/20 de 5 de agosto de 2020.

⁶² Constitución de la República del Ecuador, art. 35.

⁶³ Sentencia 3-19-JP/20, 20, párrs. 79-80.

⁶⁴ Sentencia 108-14-EP/20, 22.

la prevalencia de estereotipos sexistas, con base, entre otros, en el ejercicio del rol reproductivo”.⁶⁵ En el segundo caso, la Corte llega a establecer que esta discriminación, ya sea por “prácticas jurídicas o consuetudinarias”,⁶⁶ respalda la violencia contra la mujer, ya que obstaculiza su educación y valoración libre de “patrones estereotipados y [...] de inferioridad o subordinación”.⁶⁷ El embarazo no termina cuando una mujer da a luz, y los lugares de trabajo y centros de educación representan pilares fundamentales para el desarrollo de la personalidad, autonomía e independencia patrimonial, sin los cuales no sería ni será posible crear núcleos familiares sólidos que, a la larga, benefician a toda la sociedad y no solamente a las mujeres.

El caso resulta interesante, porque la Corte no establece un periodo de tiempo específico que deban tener las acciones afirmativas de protección especial a favor de las mujeres embarazadas. El tema, creemos, se debe a la naturaleza difícil de corregir del sistema patriarcal, por lo que comienza por restringir las prácticas machistas y discriminatorias en el sector público. Será interesante, en el futuro, analizar las intervenciones de la Corte al establecer el tipo de acciones afirmativas que merecen las mujeres y los parámetros que las limitan.

2.3. La tercera generación feminista: generación de identidades complejas

A partir de los años noventa comienza a aparecer una tercera generación gracias a la teoría planteada inicialmente por Simone de Beauvoir en su obra *El segundo sexo*.⁶⁸ Beauvoir expuso una asimetría social de la mujer respecto al hombre y definió al patriarcado como un “sistema básico de dominación sobre el que se levantan el resto de las dominaciones, como la de clase o la de raza”,⁶⁹ con lo que nace un feminismo interseccional. La premisa principal sobre la que se asienta esta generación es que las experiencias que viven las mujeres dependen de distintas condiciones, como la “raza, clase social, etnia, discapacidades físicas, estatus migratorio y orientación sexual”.⁷⁰ De ahí que las políticas legales deberían ser abordadas tomando en cuenta las distintas experiencias que tienen las mujeres, de acuerdo con dichas condiciones.

Durante esta generación nacen tres movimientos: el feminismo interseccional, el de autonomía y el posmoderno. El feminismo interseccional pregona la existencia de distintas formas de discriminación que se ocultan bajo un pensamiento heterosexista de la identidad. De esta manera, existió un levantamiento activista y académico relacionado con asuntos LGBTIQ+, que trata la discriminación que

⁶⁵ Sentencia 108-14-EP/20, 18.

⁶⁶ Sentencia 1894-10-JP/20, 14.

⁶⁷ Sentencia 1894-10-JP/20, 14.

⁶⁸ Simone de Beauvoir, *El segundo sexo* (Bogotá: Editorial Nomos, 2014).

⁶⁹ Aguilar Barriga, “Una aproximación teórica a las olas del feminismo: la cuarta ola”, 72.

⁷⁰ Chamallas, *Introduction to Feminist...*, 24.

sienten las mujeres con base en su orientación sexual e identidad de género, posición socioeconómica, o pertenencia a una determinada raza o etnia.⁷¹ El feminismo de autonomía reconoce que existen dos tipos de diferenciaciones importantes que deben tomarse en cuenta en el momento de legislar con miras a alcanzar la equidad de género. De esa forma, si hablamos en términos de *sexo*, nos referiremos directamente a diferencias biológicas; mientras que si nos referimos a un tema de *género*, este tiene que ver con las diferencias sociales o con las relacionadas con ser mujer u hombre en una sociedad, lo que se conoce como un constructo social.⁷² Legislar tomando en cuenta tanto la discriminación por sexo como por género es fundamental, ya que “protege de manera completa [a los individuos] contra la variedad de formas en que los prejuicios y los estereotipos limitan su potencial”,⁷³ algo que ha resultado evidente en la historia de las mujeres en Ecuador y en cualquier parte del mundo.

Finalmente, el feminismo posmoderno, que nace a lo largo del siglo XXI, se centra en analizar las prácticas sociales y las legislaciones binarias.⁷⁴ Nuestra Constitución reconoce el derecho a la libertad de cada persona,⁷⁵ que incluye el libre desarrollo de la personalidad,⁷⁶ el derecho a tomar decisiones sobre su sexualidad⁷⁷ y su vida reproductiva,⁷⁸ entre otros. La Corte, por su parte, ha tenido un entendimiento al respecto por su aplicación en diferentes sentencias; por ejemplo, ha reconocido:

De ahí que la vestimenta como expresión de género, constituye una categoría con base en la cual se discrimina a las personas, particularmente cuando tal vestimenta no se ajusta a las expectativas o estereotipos sociales de lo que considera apropiado para determinado género, lo que está fuertemente influenciado por la cultura patriarcal. Además, las normas femeninas “correctas” de vestirse o expresarse son subjetivas y dependen de la discrecionalidad de las personas, sus valores y fuero interno, lo cual es poco predecible y riesgoso.⁷⁹

En otro caso ejemplar, la Corte Constitucional señala: “Ante lo cual, se hace necesaria la mirada interseccional para entender las distintas desigualdades en la división sexual del trabajo, la distribución inequitativa de recursos entre mujeres y hombres, y los diferentes obstáculos para acceder a los niveles de toma de decisiones y al poder”.⁸⁰

⁷¹ Chamallas, *Introduction to Feminist...*, 24.

⁷² Heymann, Sprague y Raub, *Advancing Equality...*, 59.

⁷³ Heymann, Sprague y Raub, *Advancing Equality...*, 70.

⁷⁴ Chamallas, *Introduction to Feminist...*, 26.

⁷⁵ Constitución de la República del Ecuador, art. 66.

⁷⁶ Constitución de la República del Ecuador, art. 66, num. 5.

⁷⁷ Constitución de la República del Ecuador, art. 66, num. 9.

⁷⁸ Constitución de la República del Ecuador, art. 66, num. 10.

⁷⁹ Sentencia 751-15-EP/21, 25, párr. 100.

⁸⁰ Sentencia 3-19-JP/20, 25, párr. 96.

Parecería, en Ecuador, que el constitucionalismo feminista interseccional busca más bien integrar las visiones distintas de las mujeres, sus vivencias, y ofrecer un reconocimiento a las mismas para evitar su discriminación en los distintos ámbitos públicos y privados. Sin embargo, no ha llegado todavía un caso para resolución de la Corte Constitucional en que tenga que resolver un tema empleando directamente el feminismo interseccional. Llama la atención, de manera positiva, que el pleno tenga conocimiento de esta generación del feminismo y lo emplee en sus decisiones. El feminismo interseccional es uno de los movimientos feministas que mejor podría reconocer y apreciar las distintas culturas indígenas, grupos étnicos y realidades sociales que se pueden encontrar en el Ecuador, por lo que su aplicación por las cortes en el país sería de gran utilidad.

2.4. Críticas a las generaciones del feminismo legal

Cada generación, a lo largo de la historia y en la actualidad, es susceptible de críticas. El feminismo no puede ser observado como un solo movimiento sin bifurcaciones.⁸¹ Judith Butler, cuando habla del *género en disputa*, argumenta que la categoría *mujer* no puede ser planteada como una unidad, sino que, más bien, “pueden aparecer unidades provisionales en el contexto de acciones específicas cuyos propósitos no son la organización de la identidad”.⁸² En este sentido, las acciones feministas no necesariamente deben construirse desde una identidad estable,⁸³ sino que podrían iniciarse de forma más rápida y parecer más aceptables para algunas *mujeres*, para quienes “el significado de la categoría es siempre discutible”.⁸⁴

Dicho de otra forma, no es posible reaccionar ante un sistema patriarcal, totalizador, heteronormado y binario, que agrupa a todas las mujeres dentro de una sola unidad y pretende defender un solo punto de vista como contrario u opuesto. Esta es precisamente la gran crítica a la primera generación feminista que pregona un feminismo liberal o de igualdad.⁸⁵ Resulta imposible considerar que somos actual e inteligiblemente iguales con respecto al sexo masculino, heterosexual y, además, privilegiado en un sentido económico, ya que esto significaría ignorar las diferencias biológicas, económicas y sociales entre mujeres y hombres.

No se busca, entonces, meramente una igualdad formal, sino también una igualdad material. La primera se refiere a “que todas las personas tenemos derecho a ser protegidas por la ley por igual”,⁸⁶ y la segunda, a “la necesidad de establecer

⁸¹ Álvarez Rodríguez, “Feminismos, feminismos jurídicos, constitucionalismo feminista”.

⁸² Judith Butler, *El género en disputa* (Bogotá: Paidós, 2020), 63.

⁸³ Butler, *El género...*, 63.

⁸⁴ Butler, *El género...*, 63.

⁸⁵ Chamallas, *Introduction to Feminist...*, 20.

⁸⁶ Andrea Cajas Córdova, “Igualdad de género en la Constitución de 2008”, *Foro. Revista de Derecho*, n.º 16 (2011): 144.

distinciones, basadas en las desigualdades de hecho, que se consideren necesarias para la protección de quienes deben ser protegidos”,⁸⁷ para lo cual algunos alegan una situación de debilidad o vulnerabilidad, pero que en realidad nosotras planteamos como simple diferencia.

Finalmente, la crítica de cada generación tiene como consecuencia histórica el paso a la siguiente, lo cual ha logrado ampliar el ámbito de protección de grupos interseccionales. Por lo que, ya no son solamente las mujeres de clase media y de raza blanca quienes luchan por una igualdad frente a sus pares hombres, sino que empiezan a darse acercamientos distintos a la igualdad desde una perspectiva negra, indígena y de distintos entornos socioeconómicos. Al día de hoy, existen cuestionamientos sobre la inclusión de la comunidad trans dentro de la lucha feminista, y la realidad es que el feminismo debe ir acogiendo a las distintas minorías para poder satisfacer y reivindicar efectivamente los derechos de cada una de ellas. Un feminismo que no tome en cuenta estas diferencias siempre debería ser criticado.

Conclusiones

En este ensayo se ha hecho una clasificación de los tres momentos del feminismo constitucional para desarrollar, a grandes rasgos, la creación de la Constitución ecuatoriana vigente, y las reformas que se realizaron con la misma. Después, se dio paso a un desarrollo profundo de la aplicación de la Constitución, a través de una clasificación de la jurisprudencia con base en las tres generaciones del feminismo legal. Con esto se puede entender de mejor forma cómo aplica la Corte Constitucional a la CRE, junto con la teoría legal feminista. A su vez, se pueden sacar las siguientes conclusiones del trabajo desarrollado en líneas anteriores.

El constitucionalismo feminista es un área de estudio que integra los principios rectores del ordenamiento jurídico constitucional con el movimiento feminista para incorporar sus luchas e intereses en la reivindicación de derechos de minorías, que permitan un desarrollo pleno de quienes integran una determinada sociedad. En Ecuador, dos de los tres momentos de estudio del constitucionalismo feminista han carecido de la participación plena y eficaz del feminismo. Sin embargo, en el tercer momento, de aplicación de las normas y jurisprudencia constitucional, encontramos grandes avances por parte de juezas que tienen un entendimiento claro de premisas que nos permiten contemplar la posibilidad de un constitucionalismo feminista con bases sólidas en el Ecuador.

Paralelamente a las generaciones del feminismo, e independientemente de su origen, la Corte Constitucional ecuatoriana ha emitido sentencias que pueden

⁸⁷ Vallejo Cárdenas y Zamora Vázquez, “El reconocimiento de los derechos de las mujeres y la inserción del enfoque de género en el desarrollo constitucional ecuatoriano frente al principio de igualdad y no discriminación”, 116.

acoplarse con el feminismo liberal, de dominancia, cultural y de identidades complejas. A pesar de que no existe un amplio desarrollo constitucional feminista, se encuentran precedentes jurisprudenciales que serán de gran apoyo en la práctica, no solo con respecto al entendimiento de los derechos de las mujeres, sus límites y alcance, sino que representan herramientas fundamentales para activistas, abogadas y feministas en el ejercicio del feminismo legal. Sin embargo, se debe señalar que, para alcanzar un verdadero constitucionalismo feminista, es necesario lograr un entendimiento pleno de la teoría feminista, ya que no basta con la aplicación mecánica de los conceptos que esta recoge, sino que es necesario el ejercicio de ponderación de los derechos en conflicto en cada caso para garantizar finalmente la igualdad material entre hombres y mujeres.

El constitucionalismo representa a la rama de estudio y organización por excelencia del poder y sus relaciones. Poder y relaciones que son, como se ha visto, patriarcales y asimétricos. Esta asimetría del poder entre hombres y mujeres implica, a su vez, un desmedro a la democracia, ya que esta difícilmente podrá ser mejorada si solo la mitad de sus habitantes participan en ella como sujetos de transformación social.⁸⁸ En este sentido, una Constitución no es democrática si no es inclusiva y participativa de los intereses de quienes representan la mitad de su población.⁸⁹ No basta la sola enunciación de normas que predicen la igualdad, la paridad y la no discriminación hacia la mujer en el ámbito formal, sino que son necesarias medidas específicas que recojan cada una de las reivindicaciones que exige el movimiento feminista.

Podemos afirmar, por tanto, que si bien la igualdad formal es reconocida por autoridades representativas del Estado ecuatoriano, en la práctica, debido a los casos conocidos por la Corte, alcanzar una igualdad material ha demostrado ser un reto mayor. No obstante, nuestra Corte Constitucional, como se analizó en este artículo, ha realizado esfuerzos significativos que han respaldado la lucha para garantizar los derechos de las mujeres. Entre estos, la igualdad material y la no discriminación, la efectiva libertad de las mujeres en lo que respecta a sus derechos reproductivos, y el derecho a la no discriminación por embarazo y lactancia que les permita gozar de los derechos al trabajo y a la educación, además de una sentencia emblemática para despenalizar el aborto por violación. El contexto actual constitucional del Ecuador ha dado pasos hacia la inclusión de grupos minoritarios dentro de la esfera política, y, además, ha reconocido los distintos tipos de discriminación desde un enfoque claramente interseccional impulsado por nuestra realidad multidiversa y pluricultural.

⁸⁸ World Justice Project, *Índice de Estado de derecho* (Vermont: WJP, 2020).

⁸⁹ Susan Williams, "Liberia: Constitution must consider women participation", *Peace Women: Women's International League for Peace and Freedom* (blog), 29 de enero de 2013, <http://www.peacewomen.org/content/blog-liberia-constitution-must-consider-women-participation>.

Es cierto que necesitamos de mecanismos participativos que permitan fortalecer efectivamente los derechos mediante la inclusión de voces y perspectivas de grandes grupos que han sido excluidos históricamente. Lo antedicho, sin embargo, tiene una salvedad, y es que “la toma de decisiones participativa no conduce automáticamente a derechos más amplios para los grupos que han sido discriminados”,⁹⁰ ya que quienes están en la palestra pública pueden no representar la lucha por la igualdad de otros grupos minoritarios que se intersecan.

En Ecuador contamos con un panorama constitucional que puede avanzar en paralelo con un constitucionalismo feminista interseccional. De lo analizado podemos concluir que tanto la Constitución como su órgano interpretador han comenzado una lucha contra estructuras patriarcales arraigadas en nuestra cultura, que no permiten la consecución de la tan anhelada igualdad material. Dichas prácticas culturales y consuetudinarias presumen a la mujer como sujeto vulnerable, y, como tal, merecedora de protecciones especiales, sin entender que no se trata de una vulnerabilidad, sino de una diferencia.

Bibliografía

- AGUILAR BARRIGA, Nani. “Una aproximación teórica a las olas del feminismo: la cuarta ola”. *Femeris* 5, n.º 2 (2020): 121-146. doi: [10.20318/femeris.2020.5387](https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5387).
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. “Feminismos, feminismos jurídicos, constitucionalismo feminista”. *E-Prints Complutense* (2019): 1-36.
- BEGNÉ, Patricia. “Acción afirmativa: una vía para reducir la desigualdad”. *Ciencia Jurídica* 1, n.º 1 (2011): 11-16.
- BORJA, María. “Gabriela Rivadeneira: nunca tuvimos poder”. *GK*, 17 de diciembre de 2018. <https://gk.city/2018/12/17/asambleista-gabriela-rivadeneira-ecuador-poder/>.
- BUTLER, Judith. *El género en disputa*. Bogotá: Paidós, 2020.
- CARTER CENTER. *Informe sobre la Asamblea Constituyente del Ecuador*. Quito: Centro Carter, 2008.
- CAJAS CÓRDOVA, Andrea. “Igualdad de género en la Constitución de 2008”. *Foro. Revista de Derecho*, n.º 16 (2011): 139-152.
- CHAMALLAS, Martha. *Introduction to Feminist Legal Theory*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013.
- DE BEAUVOIR, Simone. *El segundo sexo*. Bogotá: Editorial Nomos, 2014.
- DEMETRIO, André. “Cuando el género dialoga con la jurisprudencia: caminos para un constitucionalismo feminista en el Tribunal Constitucional español y en la Suprema brasilera”. Comunicación presentada en IV Congreso de Jóvenes

⁹⁰ Heymann, Sprague y Raub, *Advancing Equality...*, 69.

- Investigadorxs con perspectiva de género, Getafe, 24-26 de junio de 2019. https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/investigacion/Documentacion/IV_Seminario/20200207_demetrio_a_es_o.pdf.
- EBRAHIM, Hassen y Laurel E. MILLER, "Creating the Birth Certificate of a New South Africa". En *Constitution Making*, editado por Sujit CHOUDHRY y Tom GINSBURG, 111-157. Cheltenham: Elgar, 2016.
- ESPINOZA, Marjorie Gabriela. "El espejismo laico del Ecuador. Los debates constituyentes sobre el aborto, la adopción homosexual y el nombre de Dios en el preámbulo". *Foro. Revista de Derecho*, n.º 29 (2018): 135-168.
- GARAY MONTAÑEZ, Nilda. "Constitucionalismo feminista: evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo oficial". En *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*, editado por Corts Valencianes, 265-279. Madrid: Corts Valencianes, 2014.
- HEYMANN, Jody, Aleta SPRAGUE y Amy RAUB. *Advancing Equality: How Constitutional Rights Can Make a Difference Worldwide*. California: University of California Press, 2020.
- LAVINAS PICQ, Manuela. *Vernacular Sovereignties: Indigenous Women Challenging World Politics*. Tucson: University of Arizona Press, 2018.
- MACHADO PUERTAS, Juan Carlos. "Ecuador: ... hasta que se fueron todos". *Revista de Ciencia Política* 28, n.º 1 (2008): 189-215. doi: [0.4067/S0718-090X2008000100010](https://doi.org/10.4067/S0718-090X2008000100010).
- MENA ERAZO, Paúl. "Ecuador: luz verde para referendo de Correa". *BBC News*, 11 de febrero de 2011. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2011/02/110216_ecuador_referendo_ao.
- OYARTE, Rafael. *Derecho constitucional*. Quito: Corporación de Estudios Publicaciones, 2019.
- PALACIOS JARAMILLO, Patricia. *Los derechos de las mujeres en la nueva Constitución*. Institut de recherche et de débat sur la gouvernance - IRG. <http://www.institut-gouvernance.org/en/analyse/fiche-analyse-452.html#h3>.
- PÉREZ-LOOSE, Hernán. "Ecuador y su metamorfosis constituyente". En *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, coordinado por José María SERNA DE LA GARZA, 79-98. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009.
- QUINTANA, Ismael. *Limitaciones y control de la reforma constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019.
- SALAZAR, Daniela. "Mi poder en la Constitución: la perversión en el Estado de derecho en el Ecuador". En *La desigualdad*, editado por SELA, 233-261. Buenos Aires: Librería Ediciones, 2016.
- SALGADO PESANTES, Hernán. "El proceso constituyente de Ecuador. Algunas reflexiones". En *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, coordinado por José María SERNA DE LA GARZA, 263-284. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009.

VACA, Gisela. “Delitos sexuales contra niños y adolescentes: la imprescriptibilidad no siempre es la mejor solución”. *GK*, 4 de febrero de 2018. <https://gk.city/2018/02/04/resultados-consulta-popular-delitos-sexuales-pregunta-4/>.

VALLEJO CÁRDENAS, Paola y Ana Fabiola ZAMORA VÁZQUEZ. “El reconocimiento de los derechos de las mujeres y la inserción del enfoque de género en el desarrollo constitucional ecuatoriano frente al principio de igualdad y no discriminación”. *Revista Científica FIPCAEC* 6, n.º 1 (2021): 98-127. doi: 10.23857/fipcaec.v6i1.333.

WILLIAMS, Susan. “Liberia: Constitution must consider women participation”. *Peace Women: Women’s International League for Peace and Freedom - Liberia: Constitution must consider women participation* (blog). <http://www.peacewomen.org/content/blog-liberia-constitution-must-consider-women-participation>.

WORLD JUSTICE PROJECT. *Índice de Estado de derecho*. Vermont: WJP, 2020.

Legislación y jurisprudencia

CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL DE 10 DE FEBRERO DE 2014. Registro Oficial Suplemento 180.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 20 DE OCTUBRE DE 2008. Registro Oficial 449.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Caso 34-19-IN y acumulados de 28 de abril de 2021.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Sentencia 108-14-EP/20 de 09 de junio de 2020.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Sentencia 3-19-JP/20 de 5 de agosto de 2020.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Sentencia 751-EP-15/21 de 17 de marzo de 2021.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Sentencia 1894-10-JP/20 de 04 de marzo de 2020.

LEY ORGÁNICA ELECTORAL DE 3 DE FEBRERO DE 2020. Registro Oficial Suplemento 578, Artículo 99, Disposición Transitoria Tercera.

Máriam Joaquim* (Brasil)

Os discursos feministas à luz da teoria do poder-saber e da sua importância para uma leitura plural do Estado Democrático do Brasil

RESUMO

O presente artigo apresenta um estudo sobre a importância de dar voz aos discursos feministas a fim de materializar uma verdadeira pluralidade de interpretações possíveis do texto da Constituição brasileira de 1988. A partir das teorizações de Judith Butler e Michel Foucault, utilizando-se de uma metodologia dedutivo-analítica, baseada em pesquisas bibliográficas, divide-se a presente pesquisa em três partes. Inicialmente, expõe-se como a linguagem e o discurso são verdadeiras fontes de poder que acabam por conformar a estrutura social. Ademais, demonstra-se como esses instrumentos sempre foram utilizados como forma de subjugar e oprimir as mulheres, em uma clara dominância masculina. Em seguida, analisa-se a força política das tentativas de determinação conceitual ou categórica dos saberes feministas no âmbito da construção e normatização do texto constitucional. Dado esse panorama, conclui-se que os discursos feministas são imprescindíveis para a concretização do princípio da igualdade e legitimação das reivindicações abarcadas pelas minorias e coletividades de resistência da sociedade brasileira, dentro de um verdadeiro Estado Democrático.

Palavras-chaves: Constitucionalismo feminista; Estado Democrático; Análise de discurso.

* Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora-visitante na Università degli Studi di Firenze. Membro do Núcleo de Estudos de Processo Civil Comparado. mariam_joaquim@hotmail.com / código orcid: 0000-0002-2105-795X.

Feminist discourses in the light of the theory of power-knowledge and its importance for a plural interpretation of Brazil's Democratic State

ABSTRACT

This article presents a study on the importance of giving voice to feminist discourses in order to materialize a true plurality of possible interpretations of the Brazilian Constitution of 1988. Starting from the theorizations of Judith Butler and Michel Foucault, using a deductive-analytic methodology based on bibliographical research, the study is divided into three parts. Initially, it exposes how language and discourse are true sources of power that end up shaping the social structure. Furthermore, it demonstrates how these instruments have always been used as a way to subjugate and oppress women, in clear male dominance. Then, the political force of the attempts at a conceptual or categorical determination of feminist knowledge are analyzed in the context of the construction and standardization of the constitutional text. In this scenario, it can be concluded that feminist discourses are essential for the implementation of the principle of equality and legitimization of the claims embraced by minorities and resistance collectivities of Brazilian society, within a true Democratic State.

Keywords: Feminist Constitutionalism; Democratic State; speech analysis.

Die feministischen Diskurse im Lichte der Theorie von Wissen und Macht und ihre Bedeutung für ein plurales Verständnis des demokratischen Staats in Brasilien

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag stellt eine Untersuchung zur Bedeutung der feministischen Diskurse vor, um die tatsächliche Vielfalt möglicher Interpretationen des Textes der brasilianischen Verfassung von 1988 Realität werden zu lassen. Ausgehend von den theoretischen Arbeiten Judith Butlers und Michel Foucaults wählt die vorliegende Studie einen deduktiv-analytischen Forschungsansatz, der sich auf die Auswertung der Fachliteratur stützt. Die Untersuchung gliedert sich in drei Teile. Zunächst wird dargelegt, wie Sprache und Diskurs zu effektiven Machtquellen werden, die letzten Endes die Sozialstruktur gestalten. Sodann wird der Frage nachgegangen, wie diese Instrumente im Kontext einer klaren männlichen Vorherrschaft durchgehend zur Unterwerfung von Frauen eingesetzt wurden. Daran anschließend wird das politische Potenzial der Bestrebungen nach einer konzeptionellen oder Kategorie-gestützten Definition des feministischen Wissens auf dem Gebiet der Konstruktion und Normierung des Verfassungstextes dargelegt. Daraus ergibt sich die Schlussfolgerung, dass feministische Diskurse für die Konkretisierung des Gleichheitsgrundsatzes und zur Legitimierung von Forderungen im Rahmen eines wirklich demokratischen Staates unverzichtbar sind, die von Minderheiten und Widerstand leistenden Gemeinschaften der brasilianischen Gesellschaft erhoben werden.

Schlagwörter: Feministischer Konstitutionalismus; demokratischer Staat; Diskursanalyse.

Introdução

*A mulher não é uma realidade imóvel, e sim um vir a ser;
é no seu vir a ser que se deveria confrontá-la com o homem,
isto é, que se deveria definir suas possibilidades.*

SIMONE BEAUVOIR

Pensar é sempre pensar a partir de algum lugar: de algum canto do mundo, através de experiências acessíveis por circunstâncias peculiares e singulares, onde a cultura, a imaginação e as normas contornam de maneira irrepetível as diversas maneiras do existir humano. E para tanto, imprescindível é a linguagem, à qual recorremos para exprimir o que percebemos e delineamos dos cotidianos em sociedade.

Através da fala verbal, e mesmo não verbal, irradiam-se inúmeras possibilidades significativas que são concretizadas conotativa e coletivamente, nas quais se situa todo um contexto histórico e simbólico. Torna-se impossível, dessa maneira, insistir na neutralidade de nossos humanos enunciados linguísticos, pois eles próprios são resultados de debates conceituais inerentemente políticos, em que o uso de uma palavra pode representar centenas de anos de uma luta específica que exigiu o seu forjar e sua aplicação.

Com o Direito não haveria que ser diferente, pois quando falamos na existência de uma linguagem jurídica estamos principalmente reconhecendo a opacidade dos ditos, construídos pelos juristas e outros interlocutores interessados, que, por sua vez, exigem ser compreendidos dentro de seu contexto social.

Portanto, ao elevar-nos ao debate em nível constitucional temos sempre que estar alertas a que o texto impresso em papel não implica que esse “transpareça” necessariamente uma realidade ou mesmo um fato que se encaixa perfeitamente nos moldes colocados por essa Constituição “vidente”. Pelo contrário: as hipóteses legais só completam seu sentido – e, conseqüentemente, sua obrigatoriedade – porque há uma coerção política que não se restringe a Brasília, mas que se concretiza pela materialidade do discurso.

Ao invocarmos uma determinada configuração estatal estamos também anunciando a produção dos efeitos discursivos (e depois práticos) que esse próprio anúncio deve desencadear. É investigando-o em sua realidade concreta que se consegue extrair uma significação.

Assim, a Constituição não consegue fazer funcionar a sociedade por si,¹ sozinha, como se dotasse de poderes mágicos que mudassem imediatamente após sua promulgação a mentalidade de tudo aquilo que ela define como povo brasileiro.

Necessita, por outro lado, que os enunciados sejam colocados na concretude: seja pela construção da norma pelos aplicadores do direito ou, sobretudo, pelos

¹ Alan Hyde, *Bodies of Law* (Princeton: Princeton University Press, 1997), 54.

discursos que circunscrevem as preocupações e necessidades de tutela jurídica pelo Estado Democrático.

Isso porque o uso da palavra pode significar, em muitos casos, todo um aparato jurídico que reconhece a vulnerabilidade de determinados corpos a uma força opressiva porque essa seleção de vocábulos muitas vezes pode representar a possibilidade de sobrevivência de uma minoria ante um cenário opressor que insiste anti-científica e desumanamente na sua abjeção social.

É diante desse panorama que insurge um problema grave e urgente da sociedade brasileira: o palco de debates dos termos adotados no texto e na aplicação legal ainda sofre com a marcante ausência das mulheres na sua própria cautela jurídica – ou, quiçá, até da falta dela. E é sob tais condições que se insurgem as problematizações indicadas pelos diversos feminismos sobre a realização da justiça constitucional no tocante à violência cometida contra os corpos marcados² como pertencentes à dura realidade de ser mulher.

Ao que parece, tal fenômeno de déficit de representatividade e de legitimidade de fala nos indica que a misoginia está capilarizada não só no campo privado, mas também no espaço público, em que a política institucionalizada está sujeita e muito acostumada ao discurso de inferiorização do existir mulher.

Sendo assim, objetiva-se com esse trabalho investigar, em primeiro lugar, a importância de dar voz aos discursos feministas a fim de materializar uma verdadeira pluralidade de interpretações possíveis do ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, procura-se formas de fortalecer os meios de informação e educação conscientizada para absorção respeitosa dos discursos feministas, para se definir, finalmente, quais as consequências práticas dessa política inclusiva.

Tal análise será feita utilizando-se de uma metodologia dedutivo-analítica, baseada em pesquisas bibliográficas, tendo como principais marcos teóricos Judith Butler e Michel Foucault.

1. Dizer-se é politizar-se

O princípio de nossas investigações será a constatação da não transparência da linguagem. A produção de interpretações do dizer (tanto verbal como não verbal) é muito mais abrangente do que as definições categorizadas literalmente. Inversamente à atitude científica positivista, que visa dissecar um fenômeno social por categorias que pretendem a exaustão de significações através de teorias autopoieticas, que se fecham em si mesmas,³ partimos do reconhecimento de uma produção de efeitos do poder no próprio saber (e vice-versa).

² Roberto Espósito, *Bíos: biopolítica e filosofia* (Torino: Einaudi, 2004), 36.

³ Ulises C. Moulines, “La génesis del positivismo en su contexto científico”, *Revista de Filosofía Diánoia* 21, n.º 21 (1975): 31-49. <http://dianoia.filosoficas.unam.mx/index.php/dianoia/article/view/971.113>.

Compreendemos que “a linguagem vai além do texto, trazendo sentidos pré-construídos que são ecos da memória do dizer.”⁴ O discurso não é unívoco. É, por outro lado, um elemento simbólico possível por condições próprias de produção. Essa produção de um sentido “comum” resulta de um processo de assujeitamento, no qual o dizer exteriorizado é fruto de uma experiência social, como reconhecem Berns e Rouvroy:

... a existência deste “comum” assenta portanto não na homogeneização, na retirada do real em si mesmo, mas pelo contrário, na heterogeneidade das ordens de valor, numa multiplicidade de regimes de existência, em suma, em escalas díspares de realidade. Por outras palavras, o comum exige e pressupõe uma não coincidência, porque é a partir daí que os processos de individuação ocorrem quando é isso que nos obriga a dirigir-nos uns aos outros. Pelo contrário, o governo das relações, baseado como está na eliminação de qualquer forma de disparidade, “monadologiza” as relações, na medida em que estas últimas já não relacionam nada nem exprimem nada de comum.⁵ (Tradução própria)

O caráter político do discurso, por seu turno, respalda-se no que Foucault definiu como saber-poder, nessa retroalimentação necessária entre a linguagem e a sociedade que ela exterioriza:

... aquilo de que podemos falar em uma prática discursiva que se encontra assim especificada: o domínio constituído pelos diferentes objetos que irão adquirir ou não um status científico; [...] um saber é, também, o espaço em que o sujeito pode tomar posição para falar dos objetos de que se ocupa em seu discurso; [...] um saber é também o campo de coordenação e de subordinação dos enunciados em que os conceitos aparecem, se definem, se aplicam e se transformam; [...] finalmente, um saber se define por possibilidades de utilização e de apropriação oferecidas pelo discurso.⁶

O discurso, na medida em que expressa o saber, conformaria um aglomerado de enunciados nos quais as relações de poder são legitimadas e justificadas a partir do que podemos chamar de “concepções” do indivíduo que as promove, pois manifesta

⁴ Rita C. Aquino e Regina Mutti, “Pesquisa qualitativa: análise de discurso versus análise de conteúdo”, *Revista Texto Contexto Enferm* 15, n.º 4 (2006): 679-684, 681. https://www.researchgate.net/publication/26476055_Pesquisa_qualitativa_analise_de_discurso_versus_analise_de_conteudo.

⁵ Thomas Berns e Antoinette Rouvroy, “Algorithmic governmentality and prospects of emancipation: Disparateness as a precondition for individuation through relationships?”, *Reseaux* 177, n.º 1 (2013): 163-196. https://www.cairn-int.info/article-E_RES_177_0163--algorithmic-governmentality-and-prospect.htm.

⁶ Michel Foucault, *Segurança, território, população* (São Paulo: Martins Fontes, 2008), 22.

“verdades” do seu próprio tempo e espaço, carregadas daquele efeito naturalizante próprio das sedimentações e explicações que se consolidaram com um esforço contínuo e histórico oriundo do poder atuado sobre elas. Tal poder, logo, produz saber, não havendo que se falar em “*relação de poder sem constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha e constitua ao mesmo tempo relações de poder*”.⁷

O discurso contém em sua produção a pretensão de dizer a verdade por meio de enunciados que pronuncia. Portanto, estamos concomitantemente reconhecendo que há um quê de atitude política por trás dessa própria enunciação. Consequentemente, o saber-poder manifesta uma historicidade, que, por sua vez, reflete toda a complexidade de determinado momento da sociedade que carrega consigo um leque de comportamentos, valores, expectativas, normas e subjetivações.

Assim, a nós é permitido pensar a divergência teórica ou conceitual como locus de disputas de poder, no qual os interlocutores não deixam de ser indivíduos em relações intersubjetivas regadas pelos poderes exercidos dispersamente em níveis sociais variados, não estando somente nas mãos de determinado soberano ou ente institucional. Existe, portanto, um poder normativo – para além do estatal – quando observado o esforço para homogeneização daquelas concepções discursivas. Essa coerção é fluida porque está imersa em uma natureza relacional, constante e perpétua.⁸

As notas teóricas de Judith Butler também nos são úteis, conquanto acentuam para o efeito produtivo do discurso na diferenciação “sexual” por conta do que delimitou como performatividade, entendida como: “*prática reiterativa e citacional pela qual o discurso produz os efeitos que ele nomeia*”.⁹

Pode-se indicar que tais efeitos se transparecem na materialidade¹⁰ dos corpos, nos contornos e na sua atribuição de características e classificações, por intermédio do discurso, no sentido de direcionar-se, politicamente, “*para materializar o sexo do corpo, para materializar a diferença sexual a serviço da consolidação do imperativo heterossexual*”.¹¹ A diferenciação sexual manifesta uma das facetas dessa performatividade.

Essa diferenciação sexual, como há tempo vêm reivindicando os feminismos, produz o efeito do discurso quando exclui da disputa política a noção ética de alteridade de que as realidades das mulheres não correspondem às imagens construídas sobre elas, durante milénios, às mais diversas contrariedades contidas em livros, lendas, leis, opiniões, enfim, em idealizações que se afastam cada vez mais de suas

⁷ Michel Foucault, *A ordem do discurso* (São Paulo: Editora Loyola, 1996), 30.

⁸ Nesse sentido, Foucault ensina que “*a liberdade precisa existir para ‘o poder’ ser exercido*”. Michel Foucault, *Microfísica do poder* (Rio de Janeiro: Graal, 2000), 228.

⁹ Judith Butler, “Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do ‘sexo’”. Em *O corpo educado*, ed. por Guacira Lopes Louro (Belo Horizonte: Autêntica, 2011). 151- 167, 111.

¹⁰ Ressalta-se que a materialidade de um corpo é diferente da matéria de um corpo. O primeiro define os traços discursivos que constituem algo pela linguagem, o segundo, por outro lado, aproximar-se-ia ao que entendemos pelo aspecto físico do corpo.

¹¹ Butler, *Corpos que pesam*, 111.

vidas. Esse efeito excludente, para Butler, significa a abjeção de possibilidades para uma zona “inóspita” e “inabitável” da vida social, descrita nos seguintes termos:

... limite definidor do domínio do sujeito; ela constitui aquele local de temida identificação contra o qual – e em virtude do qual – o domínio do sujeito circunscreverá sua própria reivindicação de direito à autonomia e à vida. Neste sentido, pois, o sujeito é constituído através da força da exclusão e da abjeção, uma força que produz um exterior constitutivo relativamente ao sujeito, um exterior abjeto que está, afinal, “dentro” do sujeito, como seu próprio e fundante repúdio.¹²

A existência das divergências teóricas e também práticas sobre o fenômeno constitucionalista a partir dos feminismos pode nos ajudar a identificar traços discursivos de misoginia na narrativa sobre o papel abjeto (e, portanto, necessário à norma sexual vigente) da mulher, em que a sua identificação social é impossibilitada pela falta de autonomia – que não foi lhe conferida – e pela performatividade que a educou e a produziu para ser assim.

A capacidade de um corpo feminino dotar de uma agência individual, como a autonomia da vontade, e reivindicar seus direitos lhe foi negada, porque, como as demais criaturas, estavam à mercê da natureza, dos seus hormônios “vaidosos”, *“presa das forças cósmicas que regulam o destino das estrelas, das marés e cujas irradiações inquietantes o homem tem de suportar.”*¹³

A mulher, para eles, seria apenas um repositório no qual influem coerções políticas sem que a ela seja dada oportunidade de manifestar sua autonomia. A autonomia da mulher, a partir de um ponto de vista teórico discriminatório, muitas vezes é posta como uma anomalia ou como um desvio conceitual, tendo em vista que nosso ordenamento lógico-racional prioriza uma certa mecanização do indivíduo, ainda mais pela separação moderna entre corpo e mente, razão e desejo, homem e mulher.

Os feminismos, nutridos pelas mais diversas chaves interpretativas, recortes epistemológicos e empíricos, lugares de fala e experiências, são profícuos quanto ao constitucionalismo dos direitos das mulheres. Assim, não podemos falar de apenas um feminismo contra um discurso anti-feminista¹⁴ pelejando por definições.

Na mesma linha de raciocínio argumenta Rodríguez:

Não é muito preciso falar de feminismo no singular. Embora o sentimento geral tenda a referir-se ao feminismo como uma doutrina que considera justa a igualdade de direitos entre mulheres e homens, como um movimento que procura alcançar a igualdade, a história tem demonstrado algo é que estamos a

¹² Butler, *Corpos que pesam*, 112.

¹³ Simone Beauvoir, *O segundo sexo* (São Paulo: Nova Fronteira, 2016), 221.

¹⁴ Seyla Benhabib, Judith Butler, Drucilla Cornell e Nancy Fraser, *Debates feministas: um intercâmbio filosófico* (São Paulo: Unesp, 2018), 42.

abordar uma ideologia e um movimento político e social muito amplo e diversificado, com múltiplas ramificações e uma multiplicidade de interpretações, objectivos, desejos, metas e discussões.¹⁵ (Tradução própria)

Encontram-se inúmeras divergências abaixo das bandeiras feministas. Logo, engana-se aquele que pensa que o feminismo compreende um bloco uno de compreensões e, consequentemente, resistências. As interpretações acerca de um corpo submetido a determinada conjectura constitucional apresentam um gama de capacidades. Cada uma dessas enseja um conceito-chave, um filtro, ou mesmo um pontapé para que o tema seja estudado e discutido.

2. O exercício da democracia como proteção das lutas conceituais: o papel do constitucionalismo feminista

Se deseja que uma norma constitucional governe a maneira que os políticos se comportam, você precisa organizar-se politicamente para incentivar que esses prestem atenção e aceitem restrições a partir de um critério próprio que beneficie a todos.

STEPHENS HOLMES

As influências das vozes feministas em ascensão nos processos constituintes ao redor do mundo, principalmente no período pós-guerra, está longe de ser um tema recente e novo não só às Ciências Sociais, como também ao Direito. Os esforços empreendidos por movimentos feministas para concretização de suas pautas e necessidades em nível constitucional nos indicam que a magnitude dos problemas enfrentados deveria alçar incentivos e impedimentos também em nível institucional, de modo a elevar a proteção das mulheres ao âmbito dos direitos e garantias fundamentais.

Montañez, ao desviar seu olhar para a escalada dos feminismos na América Latina, assinalou que esses permitiram uma análise aprofundada sobre a estrutura colonizada e patriarcal de nosso continente, auxiliando na consolidação de um constitucionalismo para além de liberal, contornando-se também social:

O desenvolvimento do constitucionalismo liberal e social andou em paralelo com o feminismo, mas a sua anseio hegemônico levaria à marginalização da teoria política feminista, uma vez que descobriu as falhas da organização social, política e econômica moderna com resultados inquietantes porque, de facto, a crítica feminista implicava a desconstrução de sistemas pró-fundamen-

¹⁵ Ignacio Álvarez Rodríguez, “Feminismos, feminismos jurídicos, constitucionalismo feminista”, Documento de Trabalho, Universidad Complutense Madrid, 2019. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/57100/>.

talmente desiguais sustentados pelo sistema patriarcal. O caráter construtivo do feminismo não só favoreceu a reivindicação dos direitos da mulher, mas também a abolição da escravatura. Assim, o feminismo é considerado o “filho não desejado do Iluminismo”... A forma de compreender o mundo de maneira tendenciosa em termos de gênero se manifesta na produção científica e na transmissão do conhecimento. Bem no século XXI, a academia tradicional ainda as recia, limitando o desenvolvimento das ciências jurídicas e, sem dúvida, o conteúdo do direito constitucional, que, como já foi mencionado, tem um caminho relacionado com a igualdade que poderia conduzir a processos de mudança radical destinados a erradicar a desigualdade de mulheres e homens e, implicitamente, a novas formas de produção. (Tradução própria)¹⁶

O constitucionalismo feminista, nesses moldes, exigiu de antemão a adoção de uma ética de alteridade, pelo acolhimento dessa “Outra” como tão humana quanto os homens. Atacou-se frontalmente o egoísmo político das instituições dominadas pelo olhar masculino, já que esses se compreendiam como os únicos legitimados para dizer e determinar as políticas públicas.

O constitucionalismo feminista se coloca como uma forma de formular propostas concretas baseadas na subordinação de gênero. Para tanto, defendeu-se a criação de políticas públicas necessárias ao cumprimento dos objetivos constitucionais, com educação para todos e todas.

Dessa forma, não basta apenas o acesso a qualquer escola, mas a uma com inspiração de pensamento crítico e transmissão de valores de igualdade, através da discussão do machismo e outras formas de preconceito para semear um espaço de acolhimento e empatia. Esse poderia ser o primeiro passo para criação de oportunidades e acesso a outros direitos.¹⁷

A par dessa conjectura, o constitucionalismo feminista não teria razão senão de reconhecer os direitos e garantias decorrentes principalmente do princípio da igualdade, a partir de uma análise que compreende o porquê de as mulheres por muito tempo não terem sido abarcadas pela maior abstração do Estado Moderno Constitucional: a questão do sujeito de direito.

Reclusas na imagem de uma mãe natureza incontrolável e imprevisível, as mulheres sofrem também pela mecanização do sujeito impulsionado por Descartes,¹⁸ que, por seu turno, acabou as excluindo da possibilidade de dotarem de uma vontade racional como os homens também a têm.

¹⁶ Nilda Garay Montanez, *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico* (Valência: Corts Valencianes, 2014), 7.

¹⁷ Vitória Pereira Rosa, “Violência de Gênero e Constitucionalismo Feminista: uma análise sobre o empoderamento de mulheres e meninas através da educação”, monografia, Universidade Federal do Paraná, 2019, 42. <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/68071>.

¹⁸ Maria Michela Marzano-Parisoli, *Pensar o corpo* (Petrópolis: Vozes, 2000), 137.

Vale destacar que a essência deste constitucionalismo, que é marcadamente androcêntrico, está na construção do individualismo e da proclamada liberdade individual, construída sobre os fundamentos da omissão estatal e da proteção da propriedade privada. Neste período, a cidadania é conferida exclusiva e naturalmente ao homem, enquanto homem da espécie humana, que, pelas alas da época, já nasce livre e igual. No período acima mencionado, em todos os Estados Constitucionais, as mulheres não eram consideradas sujeitos políticos e, portanto, não participavam do processo de tomada de decisão e elaboração das normas estatais, não obtendo, portanto, sua proteção e seu reconhecimento enquanto sujeitos de direitos e seres autônomos e capazes.¹⁹

E não há que se duvidar de que muito de nosso ordenamento jurídico ocidental depende desse postulado filosófico – ou melhor, desse discurso. Sem enunciar a necessidade dessa vontade para que ocorram os efeitos jurídicos e políticos fundantes de nosso estatuto constitucional, não seria possível conceber esses mesmos efeitos. Dessa maneira, o princípio da igualdade assume, para os feminismos e sua incorporação na teoria crítica do constitucionalismo, um caráter de regularização desse assujeitamento jurídico. Ademais, essa preocupação não residiu apenas em um país, como mencionamos anteriormente: foi também resultado de um olhar meta e transnacional sobre o assunto.²⁰

A reivindicação pela criação de um sujeito de direito mulher conseguiu unir diferentes feminismos, em que pese esses possuírem divergências teóricas e práticas. Essa homogeneização discursiva foi imprescindível para que o poder constituinte refletisse sobre a questão da mulher na sociedade. Nesse sentido, cumpre recordar o que Ginsburg e Hug, bem como Tushnet, discorrem sobre a perenidade do processo de constitucionalização e sua dependência para com os consensos sociais e também transnacionais (devido à globalização) sobre algum problema:

Mesmo que o conhecimento popular da Constituição fosse melhor, a aplicação da Constituição exige o tipo de acordo intersubjectivo sobre violações que é difícil de obter, especialmente em condições políticas mutativas e precárias. Dada a disponibilidade de caminhos fragmentados e incrementalistas para estruturas democráticas debilitadas, faltarão ao público momentos ou pontos focais óbvios em torno dos quais se poderá mobilizar. Esta ausência de salvaguardas legais, associada à dificuldade de mobilização pró-democracia, sugere que uma preocupação aparentemente excessiva com o retrocesso

¹⁹ Maria Salete Silva e Sonia Jay Wright, “As mulheres e o novo constitucionalismo: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira”, *Revista Brasileira de História do Direito* 1, n.º 1 (2015): 170-190. <https://www.indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/666/pdf>.

²⁰ “Furthermore, legal developments at this meta-level likely will have transformative impacts within national constitutional systems. In which case, comparative constitutionalists also should be on the lookout for reforms precipitated by transnational legal exigencies”. David Schneiderman, “A new global constitutional order”, em *Research Handbook on Comparative Constitutional Law* (UK: Edward Elgar Publishing, 2011), 1-20. <https://ssrn.com/abstract=1973046>.

das práticas democráticas pode muito bem ser bastante sensível no momento actual. Para além disso, pode ser a única fricção eficaz numa agenda antide-mocrática.²¹

Refiro-me à convergência e (por vezes) harmonização, mas não à uniformidade. Os processos que descrevo podem induzir as nações a convergir para a afirmação de princípios constitucionais sobre níveis elevados ou intermédios de abstracção ou sobre alguns detalhes bastante específicos, e mesmo a convergência ao nível mais abstrato pode ser importante e consequential.²² (Tradução própria)

A criação desse debate “comum”²³ também imprescinde da possibilidade de aqueles que mais sofrem com determinada violência delinearem as suas raízes e sintomas, não sendo mero fruto de elucubrações teóricas distantes das realidades vividas e enunciadas somente por homens cis brancos.

Hoje, em um Estado Democrático de Direito, podemos compreender que as políticas governamentais devem ser o resultado da problematização discursiva de homens e mulheres, de forma que ações governamentais referentes a direitos de igualdade por questões de gênero não podem “supor” desigualdades fáticas, mas considerar discursivamente as condições sob as quais deve haver igualação e diferenciação: são os afetados pelas decisões que devem definir não apenas as políticas, mas, antes disso, inclusive definir a linha divisória que será parâmetro para aquelas.

Nesse sentido o movimento feminista percebeu, como nos mostra Nancy Fraser, que “[só] os próprios participantes podem decidir o que é uma preocupação comum para eles.”²⁴

Trata-se, portanto, de uma nova justiça constitucional, como ressalta Koerner. Passamos a compreender o poder constituinte como ator de polivalência tática de

²¹ Tom Ginsburg e Aziz Z. Huq, “How to lose a constitutional democracy”, *UCLA Law Review* (2018): 79-169. https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=13666&context=journ_al_articles.

²² Mark V. Tushnet, “The inevitable globalization of constitutional law”, Harvard Public Law Working Paper, 2008, 1-23, 3. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317766.

²³ “There are a range of important and challenging definitional issues, for any court or scholar, in seeking to define what is within, or outside, the scope of the ‘democratic minimum core.’ The idea, as Landau and I understand it, is not based on political theory, or transcendental understandings of democracy, but rather on the actual practices of existing constitutional democracies. Deciding what counts as ‘sufficient consensus’ among democracies in this context is also clearly a difficult evaluative exercise. Among other things, it requires deciding how best to characterize the appropriate level of abstraction in comparing different practices, and the global versus regional nature of relevant democratic commitments.” Rosalind Dixon, “Populist constitutionalism and the democratic minimum core”, *Verfassungsblog*, 26 Abril 2017. <https://verfassungsblog.de/populist-constitutionalism-and-the-democratic-minimum-core>.

²⁴ Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia e José Coelho Nunes Dierle, *O Potencial Transformador dos direitos “privados”*, *Revista dos Tribunais*, n.º 882 (2009), 45-60, 52.

doutrinas e conceitos jurídicos democráticos, num contexto em que esse está inserido e é conformado por investimentos políticos e principalmente conflitos interpretativos que permitem a constitucionalização de termos e conceitos que podem gerar estratégias de resistência e contramobilização de setores populacionais no tocante à reivindicação de seus direitos.²⁵

Marshfield, sobre o constitucionalismo contemporâneo, acentua que as concepções clássicas sobre o Estado Democrático e as acepções sobre o que seria republicano estão sendo, cada vez mais, relativizadas e incrementadas por noções que elevam a deliberação pública a um novo patamar (Civic Republicanism) em que o debate de certo setor populacional, como minorias, e seus questionamentos no tocante ao que consistiria bom ganham um novo caráter. Deixa-se de pensar no bem comum como uma união de interesses individuais, mas como um consenso de bem propriamente coletivo:

O republicanismo cívico vê a política e o papel do Estado a partir de uma perspectiva diferente. Afirma que a política é principalmente sobre a realização de algum “bem comum”. A política não é simplesmente a agregação de interesses próprios individuais, mas o que é melhor para a sociedade como um todo. A participação política individual envolve um sentido de gestão para a sociedade e não simplesmente o registo de interesses pessoais privados. A política, portanto, tem a ver com a localização e a concepção do que é coletivamente melhor para a sociedade através do processo de deliberação pública. Este processo é reflexivo no sentido em que refina a política governamental ao elucidar o bem comum e simultaneamente tutela os cidadãos nas virtudes cívicas necessárias. O republicanismo cívico é, no entanto, baseado na liberdade individual. O bem público é determinado através do recurso e da canalização de conhecimentos individuais, competências e preferências. Desta forma, os indivíduos realizam a sua liberdade porque alcançam a auto-governança deliberando sobre a sua concepção do bem público. Ao mesmo tempo, os melhores interesses da comunidade são também realizados através de um processo deliberativo rico e dinâmico. Esta base teórica dá origem a pelo menos três compromissos fundamentais que caracterizam a maioria das abordagens deliberativas da política: deliberação pública, participação dos cidadãos, e igualdade política.²⁶ (Tradução própria)

Para além, também ressalta que:

²⁵ Andrei Koerner, “Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88”, *Revista Novos Estudos*, n.º 96 (2013): 69-85. [10.1590/S0101-33002013000200006](https://doi.org/10.1590/S0101-33002013000200006). 11.

²⁶ Jonathan L. Marshfield, “Models of subnational constitutionalism”, *Penn State Law Review* (2011), 1151-1198. <http://www.pennstatelawreview.org/print-issues/articles/models-of-subnational-constitutionalism/>. 1175.

Os defensores da democracia deliberativa notaram que um grande desafio enfrentado pelas democracias constitucionais são as oportunidades limitadas que esses sistemas geralmente oferecem para a deliberação e participação pública em relação às questões constitucionais. Este não é apenas um problema empírico. Representa um conflito ideológico entre constitucionalismo e democracia deliberativa. O constitucionalismo é frequentemente descrito como estando “comprometido com a ideia de que os indivíduos têm certos direitos – liberdade de expressão e religião, igualdade perante a lei, direito à propriedade privada, e assim por diante – que estão além do escopo da ação legítima do governo”. No entanto, o núcleo do ideal deliberativo é que os conflitos políticos devem ser resolvidos por deliberação pública que resulte em consenso fundamentado. Isto inclui conflitos morais sobre quais direitos devem receber proteção constitucional e o escopo desses direitos.²⁷ (Tradução própria)

Deste modo, torna-se apropriado repensar o constitucionalismo feminista como uma possibilidade discursiva que permite que as mulheres se identifiquem entre si e que, a partir desse senso de coletividade, consigam alterar sobre aquele “comum”. Doravante, este nivelamento conceitual ganha mais força, na medida em que consegue articular pluralidades que, sozinhas, não conseguiriam enfrentar a misoginia institucionalizada.

3. O Caso Brasileiro

A Constituição de 1988 da República Federativa do Brasil significa um marco jurídico e uma vitória importante no que concerne aos direitos das mulheres e à ampliação de sua cidadania. Todavia, a racionalidade adotada pelo legislador constituinte não foi sem motivo, mas consequência das pressões realizadas pelos movimentos feministas²⁸ e resultado da atuação das 26 deputadas eleitas que compunham a Assembleia Nacional Constituinte. Entretanto, a historiografia constitucional brasileira tem escapado de tal fato, reforçando análises e interpretações jurídicas e políticas unidimensionais, androcêntricas, desconectadas da realidade social e misóginas.

Curiosamente, a homogeneização e articulação de diversos feminismos numa frente política na Assembleia Constituinte ficou compreendida pelos homens como o “Lobby do Batom”:

Teria essa expressão surgido nos corredores do Congresso a partir de opositores da atuação feminina, como crítica às mulheres que, reunidas, não

²⁷ Marshfield, *Models of Subnational Constitutionalism*, 1182.

²⁸ Sônia Weidner Maluf, Hildete Pereira de Melo, Adriana Pitscitelli e Vera Lucia Puga, *Olhares feministas* (Brasília: Ministério da Educação e Unesco, 2007).

poderiam falar de outros assuntos que não aqueles considerados futilidades, como maquiagem e batom. Eis que as deputadas acabavam tendo que lidar com tratamento desigual pela imprensa: nas entrevistas, enquanto os jornalistas questionavam aos parlamentares homens sobre os direitos a serem assegurados na nova Constituição, o futuro das relações trabalhistas e outros tópicos relacionados à Lei, às parlamentares mulheres indagavam sobre suas roupas e perfumes, elegiam também uma musa, em demonstração de total desrespeito à atuação feminina.²⁹

A peleja entre os conceitos que deveriam ser constitucionalizados envolveu toda uma cultura jurídica assentada em domínio masculino, em que os preconceitos e tabus em relação à realidade da mulher impediam que ela conseguisse denunciar por meio de sua própria voz as agressões enraizadas no seu cotidiano.

Em nível metalinguístico, o constitucionalismo feminista não ficou imune aos efeitos de um discurso antigo que já de antemão as colocava em abjeção elas como autoridades discursivas. Isto é: mesmo naquilo que dizia respeito às nuances e detalhes dos direitos das mulheres, as mulheres enfrentariam uma resistência por força da doutrina jurídica misógina em dizer quais nuances e detalhes dos seus direitos deveriam ser contornados pela Carta Constitucional.

Mesmo após lutarem ferrenhamente para que fosse possível pelo menos estar presente na Assembleia Constituinte, as tentativas de desmoralizar ou invisibilizar suas reivindicações reforçavam o mito de que o mundo das mulheres se resumia ao estético, que a ela nunca seria possível performatizar a “seriedade” que era exclusiva ao homem, porque “naturalmente” não conseguiria escapar dos seus impulsos e de seus interesses feminis. Não conseguiria, como já sugere o apelido Lobby do Batom, não lançar mão do cosmético.

O discurso, com todas as suas camadas contextuais, criava as próprias condições para que não fosse possível a ascensão do discurso da mulher: ao dizer que ela não pode palpar sobre a configuração estatal e as garantias fundamentais que esse deveria ter, reproduzia o pensamento de que somente ao homem caberia dizer o mundo, mesmo o mundo vivido pelas mulheres.

À citação dessa norma, no sentido butleriano que apresentamos, competia manter um *status quo* de desigualdade, pois essa era útil e vantajosa aos que a invocavam. Assim, cada vez mais, revelou-se o caráter político da exclusão da mulher do campo do saber, por conta de um saber mesmo que limitou a possibilidade da mulher de falar com o intuito de verdade.

A virada linguística era conhecida já no ambiente acadêmico no Brasil à época, mas não conseguia sair do papel para concretamente modificar a linguagem. A

²⁹ Larissa Ribeiro Tomazoni, Luana Aristimunho Vargas Paes Leme, Marcela Prata e Paula Abiko, “Mulheres e o Direito: um chamado à real visibilidade” (Curitiba: Sala de Aula Criminal, 2020), 88.

noção de que pudesse existir para além de um feminismo (e, consequentemente, várias facetas e efeitos de longevos machismos) já era rebelde demais. Aquela homogeneização honrosa das pautas feministas para constitucionalização dos seus direitos tinha conseguido adentrar o palco político conceitual para lutar por uma definição feminista construída por mulheres, indicando que a organização estratégica é imprescindível e fundamental para a canalização de esforços suficientes para convergir conceitos e mudar aos poucos o discurso em relação a algo.

A legitimidade e espaço de fala, portanto, devem ser um dos primeiros alvos de proteção democrática, porque sem eles não haveria nem que se cogitar o debate das mulheres ante homens – se é que podemos colocar estancamente assim as forças políticas em combate, porque sem auferir autoridade a elas, o debate feminista, paradoxalmente, seria discutido somente por homens.

E como acentua Schepelle,³⁰ a legitimidade de um governo, nos moldes transnacionais hoje em voga, conecta-se diretamente com a democracia exercida pelos cidadãos dessa sociedade constitucionalizada, que sempre vai se delinear e se fundamentar nas justificativas de mudança invocadas pelos líderes dos movimentos, pois nunca haverá só uma sede de transformação.

Considerações finais

*Não é enquanto corpo, é enquanto corpos submetidos a tabus,
a leis, que o sujeito toma consciência de si mesmo e se realiza:
é em nome de certos valores que ele se valoriza.*

SIMONE BEAUVOIR

A partir da análise realizada, conclui-se que apesar de o cenário brasileiro ainda ser marcadamente machista e opressor da presença das mulheres dentro dos aparatos de poder, impossibilitando uma verdadeira concretização dos direitos femininos e de suas reivindicações, o constitucionalismo feminista é um dos principais mecanismos capazes de alterar esse paradigma.

Dessa forma, torna-se apropriado repensar o constitucionalismo feminista como uma possibilidade discursiva que permite que as mulheres se identifiquem entre si e que, a partir desse senso de coletividade, consigam se posicionar como uma fonte

³⁰ “What accounts for the change? If there weren’t such a consensus about what counts as a legitimate government these days, we would not see so many leaders of questionable motives attempting to justify themselves in the name of constitutional democracy”. Kim Lane Schepelle, “Worst practices and the transnational legal order (or how to build a constitutional ‘democratorship’ in plain sight)”, em *Constitution-Making and Transnational Legal Order*, ed. por Tom Ginsburg, Terence C. Halliday, Gregory Shaffer, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, 11. https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/events/wright-schepelle2016.pdf.

legítima e poderosa na interpretação do ordenamento jurídico, alavancando reformas em prol do princípio da igualdade e de reforço às minorias oprimidas.

Por fim, é necessário ressaltar que o constitucionalismo feminista não pode ser compreendido como o absoluto ou suprasumo de opiniões, mas, antes de tudo, por ser uma tentativa de homogeneização conceitual estratégico-política possível para a concretização dos direitos discutidos pelos diversos feminismos, tendo em vista a resistência pragmática herdeira de uma misoginia que barra a autoridade discursiva das mulheres.

À luz das teorizações de Landau, recomendamos, como tática para convergir as diferentes concepções feministas sobre as garantias constitucionais, a realização de uma análise voltada não à idealização de uma sociedade perfeita que nunca comete erros, mas à construção de represas práticas e teóricas direcionadas a dissecar as raízes dos piores casos jurídicos.³¹

Para além, sublinhamos a importância, dada a capilaridade da política por conta do discurso, de não depositarmos nossas fichas de transformação social somente na figura do Estado, mas também em outros entes não estatais, pois a esses seria possível uma proximidade mais orgânica com os problemas e desigualdades enfrentados pelo constitucionalismo brasileiro (afinal, esse não se resume ao texto formal da constituição).³²

Assim, deixamos de entender a constitucionalização como algo estanque e imune às mudanças sociais, pois é ela uma atividade em constante movimento, nunca uma imobilidade ideal: “A elaboração da Constituição se caracteriza por ser uma grande promessa. A política constitucional tem o potencial de estabelecer a legitimidade de uma nova democracia no seio de um grande espectro de grupos sociais. Esse tipo de legitimidade é a fundação de qualquer democracia vibrante”.³³

É preciso então alocar e reposicionar o debate para trazer à tona os seus próprios pressupostos e suas premissas, de modo a inquirir os próprios fundamentos e questionar sobre as condições de enunciação de um determinado discurso.

Deve-se perquirir por aquele que fala e trazê-lo para dentro do debate mesmo: torná-lo um tema de dissenso para só assim poder criar as condições de possibilidade de um futuro consenso discursivo, através da exposição dos critérios de legitimidade de quem fala, bem como das lutas que dirigem e disciplinam a criação e o estabelecimento desses critérios de legitimação. Neste panorama, é o que argumenta Djamila Ribeiro:

O lugar social não determina uma consciência discursiva sobre esse lugar. Porém, o lugar que ocupamos socialmente nos faz ter experiências distintas

³¹ David Landau, “Populist Constitutions”, *University of Chicago Law Review*, n.º 521 (2018): 521-543. <https://ssrn.com/abstract=3053513>. 980.

³² Landau, “Populist Constitutions”, 553.

³³ Landau, “Populist Constitutions”, 613.

e outras perspectivas. A teoria do ponto de vista feminista e lugar de fala nos faz refutar uma visão universal de mulher e de negritude, e outras identidades, assim como faz com que homens brancos, que se pensam universais, se racializem, entendam o que significa ser branco como metáfora do poder, como nos ensina Kilomba. Com isso, pretende-se também refutar uma pretensa universalidade. Ao promover uma multiplicidade de vozes o que se quer, acima de tudo, é quebrar com o discurso autorizado e único, que se pretende universal. Busca-se aqui, sobretudo, lutar para romper com o regime de autorização discursiva.³⁴

Neste enquadramento teórico, a historicidade e as condições políticas do discurso aparecem vivamente marcadas sobre a corporalidade. As múltiplas intersecções que a engendram surgem no horizonte discursivo com o grau de pressupostos, fundações, sustentáculos, que de outro modo não seriam perquiridos se se procedesse de outro modo. É preciso chamar o corpo à baila para em suas sombras ler as marcas de sua história.

São nesses termos que o lugar de fala aparece marcado no corpo, na trajetória do falante, capaz de expressar todo um contexto sócio-histórico que não deve permanecer invisibilizado, de modo a ensejar uma alta performance alternativa ao debate público democrático que jaz insuficiente dentro dos termos de um liberalismo fantasmagórico trancafiado em termos de sujeito e sujeição.

Deste modo, não ocorre diferentemente no âmbito do debate constitucional acerca dos discursos provenientes da literatura do constitucionalismo feminista, já que a corporalidade adentra, imperiosamente, o recinto do debate público democrático, para trazer luz e projetar a forma no contraste dos termos até então utilizados pela democracia constitucional em crise, com baixa performance e, sobretudo, em disputa.

Referências

- AQUINO, Rita C. e Regina MUTTI. “Pesquisa qualitativa: análise de discurso versus análise de conteúdo”. *Revista Texto Contexto Enferm* 15, n.º 4 (2006): 679-684. https://www.researchgate.net/publication/26476055_Pesquisa_qualitativa_analise_de_discurso_versus_analise_de_conteudo.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco e José COELHO NUNES DIERLE. “O Potencial Transformador dos direitos ‘privados’”. *Revista dos Tribunais*, n.º 882 (2009): 45-60.
- BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. São Paulo: Nova Fronteira, 2016.
- BENHABIB, Seyla, Judith BUTLER, Drucilla CORNELL e Nancy FRASER. *Debates feministas: um intercâmbio filosófico*. São Paulo: Unesp, 2018.

³⁴ Djamila Ribeiro, *Lugar de Fala* (São Paulo: Pólen Livros, 2019), 39.

- BERNS, Thomas e Antoinette ROUVROY. "Algorithmic Governmentality and Prospects of Emancipation: Disparateness as a Precondition for Individuation through Relationships?". *Resseaux* 177, n.º 1 (2013): 163-196. https://www.cairn-int.info/article-E_RES_177_0163--algorithmic-governmentality-and-prospect.htm.
- BUTLER, Judith. "Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do 'sexo'". Em *O corpo educado*, editado por Guacira LOPES LOURO, 151-167. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.
- DIXON, Rosalind. "Populist constitutionalism and the democratic minimum core". *Verfassungsblog*, 26 Abril 2017. <https://verfassungsblog.de/populist-constitutionalism-and-the-democratic-minimum-core>.
- ESPÓSITO, Roberto. *Bíos: biopolítica e filosofia*. Torino: Einaudi, 2004.
- FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 1996.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2000.
- FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GINSBURG, Tom e Aziz Z. HUQ. "How to lose a constitutional democracy". *UCLA Law Review* (2018): 79-169. https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=13666&context=journal_articles.
- HOLMES, Stephens. "Constitutions and Constitutionalism". Em *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* 199, editado por Michel ROSENFELD e András SAJÓ. Oxford: Oxford University Press, 2012, 189-216.
- HYDE, Alan. *Bodies of Law*. Princeton: Princeton University Press, 1997.
- KOERNER, Andrei. "Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88". *Novos Estudos Cebrap*, n.º 96 (2013): 69-85. [10.1590/S0101-33002013000200006](https://doi.org/10.1590/S0101-33002013000200006).
- LANDAU, David. "Constitution-Making Gone Wrong". *Alabama Law Review*, n.º 923 (2013): 924-980. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2011440>.
- LANDAU, David. "Populist Constitutions". *University of Chicago Law Review*, n.º 521 (2018): 521-543. <https://ssrn.com/abstract=3053513>.
- MALUF, Sônia Weidner, Hildete PEREIRA DE MELO, Adriana PITSCITELLI e Vera Lucia PUGA. *Olhares feministas*. Brasília: Ministério da Educação e Unesco, 2007.
- MARSHFIELD, Jonathan L. "Models of subnational constitutionalism". *Penn State Law Review* (2011): 1151-1198. <http://www.pennstatelawreview.org/print-issues/articles/models-of-subnational-constitutionalism/>.
- MARZANO-PARISOLI, Maria Michela. *Pensar o corpo*. Petrópolis: Vozes, 2000.
- MONTANEZ, Nilda Garay. *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico*. Valência: Corts Valencianes, 2014.
- MOULINES, Ulises C. "La génesis del positivismo en su contexto científico". *Revista de Filosofía Diánoia* 21, n.º 21 (1975): 31-49. <http://dianoia.filosoficas.unam.mx/index.php/dianoia/article/view/971>.
- RIBEIRO, Djamila. *Lugar de Fala*. São Paulo: Pólen Livros, 2019.
- RODRÍGUEZ, Ignacio Álvarez. "Feminismos, feminismos jurídicos, constitucionalismo feminista". [Documento de Trabalho] Madrid: Universidad Complutense Madrid, 2019. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/57100/>.

- ROSA, Vitória Pereira. “Violência de Gênero e Constitucionalismo Feminista: uma análise sobre o empoderamento de mulheres e meninas através da educação”. [Monografia] Universidade Federal do Paraná, 2019. <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/68071>.
- SCHEPPELE, Kim Lane. “Worst practices and the transnational legal order (or how to build a constitutional ‘democratorship’ in plain sight)”. Em *Constitution-Making and Transnational Legal Order*, editado por Tom GINSBURG, Terence C. HALLIDAY, Gregory SHAFFER. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/events/wright-scheppele2016.pdf.
- SCHNEIDERMAN, David. “A new global constitutional order”. Em *Research Handbook on Comparative Constitutional Law*, 1-20. UK: Edward Elgar Publishing, 2011. <https://ssrn.com/abstract=1973046>.
- SILVA, Maria Salete e Sonia JAY WRIGHT. “As mulheres e o novo constitucionalismo: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira”. *Revista Brasileira de História do Direito* 1, n.º 1 (2015): 170-190. <https://www.indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/666/pdf>.
- TOMAZONI, Larissa Ribeiro, Luana ARISTIMUNHO VARGAS PAES LEME, Marcela PRATA e Paula ABIKO. *Mulheres e o Direito: um chamado à real visibilidade*. Curitiba: Sala de Aula Criminal, 2020.
- TUSHNET, Mark. “The inevitable globalization of constitutional law”. [Harvard Public Law Working Paper] SSRN, 2008, 1-23. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317766.

Daniel Quintanilla Castro* (México)

De la igualdad formal al juicio con perspectiva de género: una breve historia sobre la evolución del concepto de igualdad a partir de la reforma del artículo 4º, primer párrafo, de la Constitución mexicana

RESUMEN

En 1974, el artículo 4º de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos fue reformado con el fin de reconocer la igualdad del hombre y la mujer ante la ley. Con esa reforma se inauguró un proceso de cambio constitucional mediante el cual la definición de igualdad formal o jurídica se transformó en el reconocimiento de la igualdad sustantiva de las mujeres. Este proceso también fue impulsado por cambios en el derecho internacional; en particular, en la transición del énfasis sobre la discriminación de las mujeres (reconocido en la Cedaw) a la necesidad de elaborar un instrumento jurídico internacional que abordara el fenómeno de la violencia contra estas (la Convención de Belém do Pará). Finalmente, ambas transformaciones, la nacional y la internacional, se conjugan y culminan en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Palabras clave: igualdad formal; igualdad sustantiva; Suprema Corte de Justicia de la Nación.

* Licenciado en Derecho y estudiante de la maestría en Derecho, Universidad de Yale. De 2017 a 2021 trabajó en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. daniel.quintanillacastro@yale.edu / código orcid: [0000-0003-4357-6256](https://orcid.org/0000-0003-4357-6256).

From formal equality to judgments with a gender perspective: a brief history of the evolution of the concept of equality, beginning with the amendment to the first paragraph of Article 4 of the Mexican Constitution

ABSTRACT

In 1974, Article 4 of the Mexican Constitution was amended in order to recognize the equality of men and women before the law. This amendment inaugurated a process of constitutional change through which the definition of formal or legal equality was transformed into the recognition of the substantive equality of women. This process was also driven by changes in international law, in particular in the transition from an emphasis on discrimination against women (recognized in the Cedaw) to the need to develop an international legal instrument that addressed the phenomenon of violence against women (the Belém do Pará Convention). Finally, both transformations, the national and the international, are combined and culminate in the jurisprudence of the Supreme Court of Justice of the Nation.

Keywords: formal equality; substantive equality; Supreme Court of Justice of the Nation.

Von der formellen Gleichheit zum Gerichtsverfahren mit Geschlechterperspektive: kurze Geschichte der Entwicklung des Gleichheitsbegriffs seit der Reform des Artikel 4 Absatz 1 der mexikanischen Verfassung

ZUSAMMENFASSUNG

Im Jahr 1974 wurde Artikel 4 der mexikanischen Verfassung mit dem Ziel der Anerkennung der Gleichheit von Mann und Frau geändert. Die Reform markiert den Beginn eines Verfassungsänderungsprozesses, durch den aus der Verankerung der formellen, rechtlichen Gleichheit die Anerkennung der materiellen Gleichheit der Frau wurde. Anstöße zu diesem Prozess gingen unter anderem von Veränderungen des Völkerrechts aus, insbesondere vom Übergang von der Betonung der Diskriminierung von Frauen (wie in der Cedaw) zur Notwendigkeit, ein Völkerrechtsinstrument zu erarbeiten, das sich mit der Gewalt gegen Frauen befasst (die Konvention von Belém do Pará). Die beiden Transformationen auf nationaler und internationaler Ebene verbanden sich letztlich und mündeten in die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs der Nation ein.

Schlagwörter: Formelle Gleichheit; materielle Gleichheit; Oberster Gerichtshof der Nation.

Introducción

Este artículo tiene como propósito hacer una breve exposición histórica sobre cómo el concepto de *igualdad* ha cambiado en México a partir de la reforma del primer

párrafo del artículo 4º de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, el cual reconoce que las mujeres y los hombres son iguales ante la ley. Con el paso del tiempo, dicho artículo ha tenido un alcance cada vez mayor, pues su interpretación ha cambiado conforme el orden jurídico mexicano ha incorporado conceptos como *igualdad sustantiva* o *juicio con perspectiva de género*.

Este ensayo se divide en dos apartados principales. En el primero se aborda la reforma del artículo 4º constitucional en 1974, en la que se reconoció la igualdad formal o jurídica entre hombres y mujeres. Además de analizar la exposición de motivos, también se hará énfasis en que esta reforma se relacionaba con un contexto internacional que abogaba por erradicar la discriminación de las mujeres y, por ende, que demandaba una igualdad sustantiva que fuera más allá de la igualdad formal.

Finalmente, este objetivo se materializó en la redacción de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw, por su sigla en inglés). Sin embargo, en algunas regiones del mundo no era suficiente que los Estados se comprometieran solo a acabar con la discriminación. Las situaciones de violencia local hacían necesario reconocer la violencia contra las mujeres como un fenómeno particular. A partir de este reconocimiento surgió la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

En el primer apartado también se abordan otras reformas constitucionales que impactaron de manera directa al artículo 4º: la inclusión explícita de la prohibición de discriminación por razón de género en la Constitución y la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) al derecho nacional.

En el segundo apartado se expone brevemente el desarrollo jurisprudencial sobre la interpretación de la igualdad formal entre hombres y mujeres, y su evolución de un mero reconocimiento jurídico a un imperativo del Estado para garantizar la igualdad sustantiva. Finalmente, en este apartado se muestra que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) reconoció el juicio con perspectiva de género como una metodología que permite garantizar la igualdad sustantiva de las mujeres.

1. De la igualdad formal a la igualdad sustantiva: la ruta constitucional

1.1. Los orígenes del artículo 4º, primer párrafo, de la Constitución Federal y su relación con la Cedaw y la Convención de Belém do Pará

El 24 de septiembre de 1974, el presidente de la República, Luis Echevarría Álvarez, mandó una iniciativa de reforma del artículo 4º de la Constitución mexicana. En su iniciativa, Echevarría mencionó que el reconocimiento de la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer era la conclusión de un proceso previo de cambio social:

el reconocimiento del derecho de las mujeres al voto. Sin embargo, la capacidad de votar, en sí misma, no era suficiente para solucionar la exclusión de las mujeres de distintos ámbitos sociales, particularmente del trabajo y la educación.¹

Además del ímpetu de continuar los cambios sociales iniciados con el derecho de la mujer al voto, este reconocimiento también tuvo como origen la apertura diplomática, mas no constitucional aún, del derecho nacional al derecho internacional. De acuerdo con el presidente Luis Echeverría, la iniciativa recogía “precisos planteamientos populares” pero, a la vez, coincidía “con un vasto movimiento internacional”.² Por ejemplo, en la iniciativa se menciona la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, promulgada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1967, así como la proclamación para nombrar a 1975 como el Año Internacional de la Mujer.³

Otro objetivo de la iniciativa era establecer la obligación del Estado de proteger la organización y el desarrollo familiar. Sobre este tema, el presidente propuso que la reforma reconociera el derecho a la procreación “como una garantía personal de raigambre solidaria”.⁴

Las demandas del feminismo de principios del siglo XX sobre la autonomía reproductiva, la aparición de los métodos anticonceptivos y las preocupaciones internacionales sobre la pobreza y la desigualdad entre países se conjugaron en las políticas sobre planeación familiar de los años sesenta.⁵ Estas políticas fueron reconocidas por el derecho internacional y elevadas a la categoría de un derecho humano en 1968 en la Proclamación de Teherán de las Naciones Unidas. En dicha declaración, la Conferencia de Derechos Humanos acordó:

... [tomando nota] con interés [...] de la relación entre la planeación familiar y el estado de la mujer [...]: [se] considera que las parejas tienen el derecho humano fundamental de decidir libre y responsablemente el número

¹ SCJN, comp., “Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1974”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 (compilación cronológica de sus modificaciones y procesos legislativos)* (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017), acceso el 11 de abril de 2021, https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/079%20-%2031%20DIC%201974.pdf.

² SCJN, “Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1974”.

³ SCJN, “Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1974”.

⁴ SCJN, “Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1974”.

⁵ Steven W. Sinding, “Overview and perspective”, en *The Global Family Planning Revolution: Three Decades of Population Policies and Programs*, ed. por Warren C. Robinson y John A. Ross (Washington, D. C.: The International Bank for Reconstruction and Development, The World Bank, 2007), 1-12.

y espaciamiento de los hijos, así como el derecho a una educación adecuada e información en este respecto.⁶ (Traducción propia)

El texto de la Proclamación de Teherán fue recogido por la iniciativa presidencial, en la que se estableció que “este derecho fundamental [a la planeación familiar] implica libertad, responsabilidad e información compartidas entre hombres y mujeres. La procreación libre apareja un derecho a la información y un compromiso de solidaridad”.⁷ Aunque la difusión sobre el uso de métodos anticonceptivos era uno de los ejes para garantizar la autonomía reproductiva de las mujeres y, de esa manera, llevar a cabo una política de control del crecimiento poblacional, es importante mencionar que el Estado mexicano no cambió su postura respecto a la prohibición del aborto.⁸

Es claro que la autonomía reproductiva de las mujeres no era un derecho como tal, sino una prerrogativa estatal que debía ser ejercida con una clara función social y nacionalista: que la planificación familiar sirviera –de acuerdo con las ideas sobre planeación social de la época– para mitigar la pobreza y encaminar a las naciones del llamado “tercer mundo” a la prosperidad. Esta visión de la autonomía reproductiva de las mujeres pone de manifiesto, desde un inicio, que la igualdad y los derechos de las mujeres tenían límites muy claros y guardaban un equilibrio precario con un supuesto bien social mayor.

1.2. La Cedaw y la Convención de Belém do Pará: su creación e incorporación al derecho mexicano

La iniciativa de reforma constitucional fue aprobada el 14 de noviembre de 1974 en la Cámara de Diputados por unanimidad de votos⁹ y el 28 de noviembre, también por unanimidad de votos, en el Senado.¹⁰ Finalmente, la reforma fue publicada el 31 de diciembre en el *Diario Oficial de la Federación*.

Pero el entramado jurídico sobre la igualdad de las mujeres aún no estaba completo y faltarían más de 30 años para que la garantía de igualdad trascendiera de un reconocimiento formal a un derecho sustantivo. Al año siguiente de que se aprobara

⁶ United Nations, *Final Act of the International Conference on Human Rights*, Teheran, 22 April to 13 May 1968 (New York: United Nations, 1968), https://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdf.

⁷ SCJN, “Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1974”.

⁸ Manuel Ordorica Mellado, “1974: momento crucial de la política de población”, *Papeles de Población*, n.º 81 (2014): 16.

⁹ SCJN, “Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1974”.

¹⁰ SCJN, “Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1974”.

la reforma constitucional, del 19 de junio al 2 de julio se celebró en México la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Año Internacional de la Mujer. En dicha conferencia se acordaron dos cuestiones relacionadas con la discriminación de las mujeres y la igualdad entre estas y los hombres.

En primer lugar, se solicitó a todos los gobiernos que cumplieran con los principios establecidos en la Declaración sobre la Eliminación de Discriminación Contra la Mujer.¹¹ En segundo lugar, se consideró necesario acelerar la elaboración y finalización, por parte de las Naciones Unidas, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.¹²

En 1979, la Organización de las Naciones Unidas adoptó la Cedaw. Una de las características distintivas de esta Convención es que sus creadores concluyeron que una aproximación neutral al género era insuficiente para reconocer la profunda discriminación que existía en contra de las mujeres por el hecho de serlo. Por lo tanto, era necesario crear una convención que no partiera de la simetría entre los géneros masculino y femenino y que reconociera las problemáticas de discriminación específicas a las que se enfrentaban las mujeres.¹³

A pesar de la diferencia en sus alcances, algo que tienen en común la reforma constitucional del artículo 4º de 1974 y la Cedaw es el silencio sobre la violencia de género. En el ámbito internacional, esta omisión de la Cedaw fue detectada por la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), un organismo especializado perteneciente a la Organización de los Estados Americanos (OEA) y creado en 1928 con la finalidad de lograr el reconocimiento de los derechos de las mujeres.¹⁴

La CIM advirtió que el texto de la Cedaw no contenía ninguna referencia explícita a la violencia contra las mujeres. Por lo tanto, en 1990, dicha organización comenzó un proceso de consulta a expertas en la región interamericana, así como de investigación y sistematización de propuestas, para remediar ese vacío y regular el fenómeno de la violencia contra las mujeres en la región “con miras a su erradicación”.¹⁵

En 1991, la CIM organizó una convención interamericana sobre la mujer y la violencia, de la cual surgió un anteproyecto de texto que circuló entre gobiernos y que fue consultado con “asociaciones profesionales, organizaciones de la sociedad

¹¹ La Declaración sobre la Eliminación de Discriminación Contra la Mujer es el documento precursor de la Cedaw. Fue adoptada por la Organización de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2263 (XXII) del 7 de noviembre de 1967 (United Nations, *Report of the World Conference of the International Women's Year*, Mexico City, 19 June – 2 July 1975 [New York: United Nations, 1976]), <https://digitallibrary.un.org/record/586225>.

¹² United Nations, *Report of the World Conference...*, 102.

¹³ Anne Hellum y Henriette Sinding Aasen, eds., “Introducción”, en *Women's Human Rights. CEDAW in International, Regional and National Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 2.

¹⁴ Lourdes María Bandería y Tânia Mara Campos de Almeida, “Vinte Anos da Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha”, *Revista Estudos Feministas* 23, n.º 2 (2015): 504.

¹⁵ Bandería y Campos de Almeida, “Vinte Anos da Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha”, 505.

civil y organizaciones de mujeres y derechos humanos en cada país de la región”.¹⁶ En junio de 1994, la CIM presentó el proyecto de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará, ante la Asamblea General de la OEA. El texto final fue promulgado el 9 de junio de 1994.¹⁷

El gran logro de la Convención de Belém do Pará fue conceptualizar la violencia contra la mujer como una violación de los derechos humanos y, sin dejar a un lado el énfasis sobre la discriminación inaugurado por la Cedaw, reconocer la discriminación de la mujer como una forma de violencia.¹⁸

El Estado mexicano ratificó la Cedaw en 1981 y la Convención de Belém do Pará en 1998. Conforme al artículo 133 de la Constitución mexicana, así como su interpretación antes de la reforma de 2011, los tratados internacionales eran “la Ley Suprema de toda la Unión”, por lo que dichos tratados, aunque se ubicaban jerárquicamente por debajo de la Constitución Federal, estaban por encima de las leyes generales y federales, así como de las constituciones y leyes locales.¹⁹ Fue hasta la reforma del artículo 1º constitucional de 10 de junio de 2011 cuando el Estado mexicano reconoció que los tratados internacionales de derechos humanos gozan, *prima facie*, de la misma jerarquía normativa que la propia Constitución.²⁰ Esta reforma implicó,

¹⁶ Bandería y Campos de Almeida, “Vinte Anos da Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha”, 505.

¹⁷ Bandería y Campos de Almeida, “Vinte Anos da Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha”, 506.

¹⁸ Jennifer Lynn Beckmeyer, “Los derechos de la mujer en el sistema interamericano: alcances y limitaciones”, *Revista de Derechos Humanos de la Idela*, n.º 18 (2008): 142.

¹⁹ Sirven de referencia los siguientes criterios jurisprudenciales: Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tesis Aislada P. IX/2007 emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, tomo XXV, abril de 2007, página 6, número de registro digital 172650: “Tratados internacionales. Son parte integrante de la ley suprema de la unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. Interpretación del artículo 133 constitucional”; SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tesis de Jurisprudencia 1ª./J. 80/2004, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, tomo XX, octubre de 2004, página 264, número de registro digital 180240: “[los] principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa, por los cuales la Constitución Federal y las leyes que de ella emanen, así como los tratados celebrados con potencias extranjeras, hechos por el presidente de la República con aprobación del Senado, constituyen la Ley Suprema de toda la Unión. [...] Interpretación del artículo 133 constitucional que los contiene”.

²⁰ La reforma de 10 de junio de 2011 del artículo 1º de la Constitución Federal estableció una igualdad jerárquica entre los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución. Sin embargo, dicha igualdad es *prima facie*. En la Contradicción de Tesis 293/2011, la SCJN estableció que si la Constitución Federal prevé explícitamente restricciones a los derechos humanos, entonces, en esos casos, la Constitución deberá estar por encima de los tratados. Sirve como referencia el siguiente criterio: SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis de Jurisprudencia P./J. 20/2014 emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, libro 5, tomo I, abril de 2014, página 202, número de registro digital 2006224: “[los] Derechos Humanos Contenidos en la constitución y en los

entonces, que la Convención de Belém do Pará adquiriera rango constitucional y, por ende, que la erradicación de la violencia contra la mujer fuera un mandato estatal. De igual forma, conforme el orden jurídico mexicano incorporaba los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) respecto al control de convencionalidad, este mandato estatal se convertiría en una obligación a cargo de todas las autoridades del Estado.

Sin embargo, antes de la reforma del año 2011 hubo otra modificación del texto constitucional que también cimentó el paso de la igualdad formal, reconocida por el artículo 4º, a la construcción de la garantía de igualdad sustantiva entre hombres y mujeres.

1.3. La prohibición de la discriminación en la Constitución Federal

En el año 2000, el presidente Vicente Fox envió a la Cámara de Senadores una iniciativa de reforma con el propósito de que los Acuerdos de San Andrés (una serie de compromisos a los que llegaron el Ejército Zapatista de Liberación Nacional [EZLN] y el Estado mexicano para intentar solucionar el conflicto armado en Chiapas que se originó con el levantamiento del EZLN en 1994) fueran incorporados a la Constitución.

En un principio, dicha iniciativa solamente tenía como fin que se reconociera el carácter plurinacional del país, así como la autonomía de los pueblos indígenas.²¹ Sin embargo, como parte del debate de los distintos partidos políticos en el Congreso, y como un intento de que las instituciones del Estado fueran fieles a lo pactado en los Acuerdos de San Andrés, se agregó el siguiente párrafo al artículo 1º constitucional:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.²²

tratados internacionales [...] constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquellos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional”.

²¹ SCJN, comp., “Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2001”.

²² Mediante reformas subsecuentes, dicho párrafo se modificó en aras de la precisión. Por ejemplo, en 2006 se substituyó el término *las capacidades diferentes* por *las discapacidades*. Después, en el año 2011, se agregó el término *sexuales* a la categoría de *preferencias*. Con esta última modificación, el párrafo tomó su forma actual. La redacción actual del párrafo fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011. SCJN, comp., “Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2001”.

Años después de la reforma constitucional del artículo 4º, la Constitución Federal ya no solo reconocía la garantía de igualdad ante la ley de hombres y mujeres, sino que, en sintonía con la Cedaw y la Convención de Belém do Pará, ahora prohibía explícitamente la discriminación por razones de género. Sin embargo, sería exagerado decir que la reforma cumplió con su propósito original. Hoy, la brecha entre el texto constitucional y los derechos de las comunidades indígenas –no se diga de las mujeres– se caracteriza por la distancia.

La ruta de la igualdad formal a la igualdad sustantiva llega a su destino actual con la reforma constitucional del artículo 1º del 10 de junio de 2011. Para los fines de este artículo es suficiente mencionar que, gracias a esta reforma, fue posible que los tratados internacionales de derechos humanos adquirieran, *prima facie*, la misma jerarquía normativa que la Constitución Federal.²³ Este cambio permitió que, hoy en día, salvo cuando la Constitución Federal prevea explícitamente restricciones a derechos, los tratados internacionales puedan ser directamente invocados por los ciudadanos y aplicados por los jueces como parte del bloque de constitucionalidad.

Esto significa que tanto la Cedaw como la Convención de Belém do Pará tienen la misma jerarquía que la Constitución Federal y, por ende, todas las autoridades del Estado mexicano están obligadas a cumplir con ellas. La forma en que las autoridades deben cumplir con dichas convenciones ha sido un tema ampliamente discutido por la SCJN. Este debate, como ahora veremos, va desde la distinción entre igualdad formal e igualdad sustantiva hasta el juicio con perspectiva de género.

2. De la igualdad formal al juicio con perspectiva de género: la ruta jurisprudencial

2.1. La transición de la igualdad jurídica o formal a la igualdad sustantiva

La jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación por razones de género permea casi todas las materias sobre las cuales se ha pronunciado la SCJN. Por esta razón, resulta muy complicado sistematizar de forma cronológica todos los criterios que la Corte ha emitido sobre este tema. Aun así, es claro que la producción de criterios sobre igualdad, no discriminación y violencia de género se aceleró en la novena y décima épocas; es decir, entre 1995 y el 7 de abril 2021.²⁴ Esto no significa que antes de ese periodo no hubiera pronunciamientos sobre la igualdad de las mujeres; sin embargo, estos solo se limitaron al reconocimiento de la igualdad formal o, incluso,

²³ Véase nota 20, en la que se explica con mayor detalle la reforma constitucional de 10 de junio de 2011 y los criterios de la SCJN que le dieron su sentido y alcance actual.

²⁴ El 8 de abril de 2021, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió un acuerdo general en el que determinó el fin de la 10ª época e inauguró el inicio de la 11ª.

utilizaban la igualdad entre hombres y mujeres para sostener conclusiones abiertamente discriminatorias, como se verá más adelante.

A partir de la reforma del año 1974 no hubo un giro importante respecto al alcance de la garantía de igualdad y no discriminación. Los casos que se pronunciaron en los años siguientes a la reforma son pocos y muy limitados en cuanto a su alcance. Dos ejemplos ilustran esta situación.

En 1979, al resolver el amparo directo 4300/78, la Tercera Sala de la Suprema Corte determinó que una mujer casada tenía a su favor la presunción de necesitar alimentos. En el texto de la tesis aislada que se derivó de la sentencia es muy clara la postura que la SCJN tenía en ese entonces respecto a la igualdad entre el hombre y la mujer:

En efecto, es de sobra conocido que (sic) en la familia mexicana, por regla general, el hombre aporta los medios económicos para sufragar los gastos del hogar, en tanto que la mujer contribuye con los trabajos y el cuidado de la casa, la atención de los hijos y la administración doméstica. Esta situación se originó por limitaciones que se han impuesto históricamente a la mujer para su desarrollo social, económico y cultural, *cuyas consecuencias no pueden erradicarse en toda la sociedad sino con el transcurso del tiempo, a pesar de haberse elevado a rango constitucional el principio de igualdad del hombre y la mujer, es decir, mientras esa igualdad establecida formalmente en la ley no se traduzca en una realidad generalizada.*²⁵ (Énfasis agregado)

El pasaje anterior es interesante pues se trata de un argumento para sostener que, como la desigualdad de la mujer es un hecho notorio y una realidad social que solo cambiará con el tiempo, es claro que las mujeres casadas gozan de la presunción de necesitar alimentos, aunque el Código Civil no lo contemple expresamente. En esa tesis, la Corte reconoce que la igualdad formal es insuficiente para transformar la realidad social, pero no considera que el derecho –o una interpretación distinta de este– pueda contribuir, incidir o acelerar esa transformación.

Otro ejemplo interesante sobre la interpretación de la garantía de igualdad posterior a la reforma del 74 es la sentencia dictada en el amparo directo 5585/74 el 29 de abril de 1976. La tesis derivada de esa sentencia establece lo siguiente:

Cuando a consecuencia de un divorcio voluntario o necesario, haya quedado a cargo la madre [de] la custodia de hijos menores, solo es factible demandarle la privación de ese derecho por la existencia de un aborto, debido a las relaciones sexuales que hubiera tenido con un tercero, *cuando el mismo sea*

²⁵ SCJN, *Semanario Judicial de la Federación*, Tesis Aislada emitida por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Séptima Época, volumen 127-132, cuarta parte, página 28, número de registro digital 240863: “Alimentos. La mujer casada tiene a su favor la presunción de necesitarlos”.

*provocado ilegalmente, que es lo que sí puede poner en peligro la educación y moralidad de los hijos, pues las relaciones sexuales en sí, después del divorcio, no son ilegales; tanto más, en cuanto que la mujer y el hombre tienen igualdad de derechos.*²⁶ (Énfasis agregado)

Este último criterio refleja las condiciones sociales en las que se llevó a cabo la reforma de 1974 y las cuales impactaron de forma clara el alcance de la interpretación que se le dio al primer párrafo del artículo 4º constitucional. Existía un interés en reconocer la igualdad jurídica o formal entre hombres y mujeres, pero dicho interés no se traduciría en un cambio de las condiciones sociales y las estructuras de discriminación y exclusión. A pesar de las intenciones de la iniciativa de 1974, la discusión en el seno de la SCJN nunca trascendió a una reflexión sobre la igualdad sustantiva, la discriminación estructural y la violencia de género.

La discusión sobre la igualdad sustantiva no llegó a la SCJN sino hasta el año 2002. Al resolver la acción de inconstitucionalidad 2/2002, la Corte estableció que las normas que establecen cuotas de género para cargos electivos no son contrarias al derecho de igualdad y no discriminación. Respecto al principio de igualdad, la Corte determinó que este se “configura como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico de la producción normativa y su posterior aplicación”.²⁷

Aunque se trata de un abordaje abstracto del principio de igualdad, es notable que después de más de 20 años la Corte haya cambiado su perspectiva de forma radical. Ya no se trata únicamente de verificar una igualdad formal ante la ley, sino de analizar los efectos que tienen las leyes. Es un cambio de lenguaje y de enfoque, además de que la Corte le otorga al principio de igualdad un alcance que no tenía antes. A partir de este momento, la interpretación sobre el principio de igualdad y no discriminación comenzará a volverse más robusta.

En 2007, al resolver el amparo directo en revisión 949/2006, la Primera Sala de la SCJN estableció de forma explícita el alcance del artículo 4º, primer párrafo, constitucional. La interpretación de este artículo estuvo enfocada en la discriminación normativa y, en particular, la discriminación directa. En la tesis que se derivó de esa sentencia, la Corte consideró que “la referida igualdad implica una prohibición para el legislador de discriminar por razón de género, ya que, *frente a la ley*, el hombre y la mujer deben ser tratados por igual; de ahí que el artículo 4º constitucional, más que

²⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, Tesis Aislada 241266 emitida por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Séptima Época, volumen 88, cuarta parte, página 13, número de registro digital 241266: “Aborto. Cuando puede ser causa para quitar a la madre la custodia de menores”.

²⁷ Ana María Ibarra Olguín, Ricardo Latapie Aldana y Elena González-Dávila Boy, *Igualdad y no discriminación. Género*. Cuadernos de Jurisprudencia núm. 7. (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2020), 97.

prever un concepto de identidad, ordena al legislador que se abstenga de introducir distinciones injustificadas o discriminatorias”²⁸ (énfasis agregado).

Aunque aquí la Corte ya habla directamente sobre la prohibición de la discriminación y, por ende, del mandato del legislador de no discriminar o introducir diferenciaciones injustificadas en los textos normativos, la perspectiva continuó siendo de igualdad *ante* la ley y no sobre igualdad *en* la ley. La preocupación de la Corte era que el legislador no emitiera normas que, implícita o explícitamente, trataran de forma diferenciada e injustificada a las mujeres y los hombres. Sin embargo, aún faltaban algunos años para que ese tribunal constitucional elaborara fallos en los que se refiriera a la discriminación de las mujeres como una cuestión estructural.

No fue sino hasta el año 2013, al resolver el amparo directo en revisión 1464/2013, que la Primera Sala introdujo la dimensión sustantiva del principio de igualdad. El criterio establecido en esa sentencia fue reiterado en otras cuatro y, en consecuencia, configuró un criterio obligatorio en el que se distinguió entre el término de *igualdad ante la ley* e *igualdad en la ley*. Mientras que el primero se refiere a una aplicación uniforme de las normas, el segundo se refiere al “control del contenido de la norma jurídica a fin de evitar diferenciaciones legislativas sin justificación constitucional o violatorias del principio de proporcionalidad en sentido amplio”.²⁹

La Corte también estableció que, cuando una norma prevea en su texto alguna distinción, exclusión, restricción o preferencia arbitraria que no esté justificada constitucionalmente, se está ante una discriminación directa o por objeto. En cambio, cuando las normas son aparentemente neutras, pero la consecuencia de su aplicación es un impacto desproporcionado a personas o grupos en situación de desventaja –es decir, en una situación de discriminación estructural–, sin que dicho impacto esté justificado constitucionalmente, entonces se está ante una discriminación indirecta o por resultado.³⁰

Es respecto a esta última forma de discriminación como la Corte ha entrado de lleno a una definición amplia de la igualdad sustantiva que considera las condiciones estructurales que afectan a grupos vulnerables. Fue también en el amparo directo

²⁸ SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tesis Aislada 1ª. CLII/2007 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, tomo XXVI, julio de 2007, página 262, número de registro digital 172019: “Igualdad jurídica del hombre y la mujer prevista en el artículo 4º, primer párrafo de la Constitución Federal. [...] Sus alcances”.

²⁹ SCJN, *Semanario Judicial de la Federación*, tesis de jurisprudencia 1ª./J. 125/2017 (10ª.) emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, libro 49, tomo I, diciembre de 2017, página 121, número de registro digital 2015679: “Derecho humano a la igualdad jurídica. Reconocimiento de su dimensión sustantiva o de hecho en el ordenamiento jurídico mexicano”.

³⁰ SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis Aislada P. VII/2016 (10ª.) emitida por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, libro 34, tomo I, septiembre de 2016, página 255, número de registro digital 2012597: “Discriminación por objeto y por resultado. su diferencia”.

en revisión 1464/2013 que la Primera Sala de la Suprema Corte determinó que la igualdad sustantiva

... radica en alcanzar una paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de los derechos humanos de todas las personas, lo que conlleva que en algunos casos sea necesario remover y/o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impidan a los integrantes de ciertos grupos sociales vulnerables gozar y ejercer ciertos derechos.³¹

En esa misma sentencia, la Corte reconoció que la igualdad sustantiva en relación con las mujeres como grupo social sujeto a vulnerabilidad tiene como fundamento la Cedaw y la Convención de Belém do Pará. De acuerdo con la Corte, “en ambos tratados se prohíbe la discriminación contra la mujer y se mandata expresamente que los Estados *deberán tomar todas las acciones apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno y libre ejercicio de los derechos de la mujer*”³² (énfasis agregado).

Aunque se requeriría un estudio más largo para encontrar los matices y el hilado fino de la evolución de los argumentos para llegar a la igualdad sustantiva o estructural, los casos reseñados aquí dan cuenta de la profundización de los criterios de igualdad sustantiva a partir de los años 2001 a 2011. De 2011 en adelante, la SCJN estableció una definición sobre el término *igualdad sustantiva* y, sobre todo, comenzó a pronunciarse sobre los métodos necesarios para garantizarla. Uno de esos métodos es la perspectiva de género.

2.2. El juicio con perspectiva de género

Uno de los métodos para disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales y económicos y, de esa manera, cumplir con las obligaciones que la Cedaw y la Convención de Belém do Pará imponen al Estado mexicano, es el juicio con perspectiva de género. Este método fue definido por la SCJN en 2012 al resolver el amparo directo 12/2012. De acuerdo con esta sentencia: “la perspectiva de género en la administración de justicia obliga a leer e interpretar una norma tomando en cuenta los

³¹ SCJN, *Seminario Judicial de la Federación*, Tesis de Jurisprudencia 1ª./J. 126/2017(10ª.) emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, libro 49, tomo I, diciembre de 2017, página 119, número de registro digital 2015678: “Derecho humano a la igualdad jurídica. diferencias entre sus modalidades conceptuales”.

³² SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis Aislada 1ª. XLII/2014 (10ª.) emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, libro 3, tomo I, febrero de 2014, página 662, número de registro digital 2005533: “Igualdad jurídica sustantiva o de hecho. Fundamento normativo de las medidas tendentes a lograrla”.

principios ideológicos que la sustentan, así como la forma en que afectan, de manera diferenciada, a quienes acuden a demandar justicia”.³³

De acuerdo con la Corte, la perspectiva de género es una metodología que se refiere tanto a una interpretación de las normas como del contexto del caso, con el fin de determinar si existen relaciones de poder que pongan a una mujer en una posición de vulnerabilidad o desventaja:

Del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, deriva que todo órgano jurisdiccional debe impartir justicia con base en una perspectiva de género, para lo cual, debe implementarse un método en toda controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten, a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria.³⁴

Esta metodología es transversal al orden jurídico y, por ende, debe aplicarse en todos aquellos casos en los que pueda existir una situación de violencia, vulnerabilidad o desventaja por razón de género. En este panorama hay un tipo de casos donde el juicio con perspectiva de género cobra una relevancia particular: los feminicidios. En la sentencia del amparo en revisión 554/2013 (también conocida como el Caso Mariana Lima), la SCJN determinó que “cuando se investigue la muerte violenta de una mujer, los órganos investigadores deben realizar su investigación con base en una perspectiva de género”.³⁵

A su vez, en esa misma sentencia, la Corte estableció que “el derecho de la mujer a una vida libre de discriminación y de violencia se traduce en la obligación de toda autoridad de actuar con perspectiva de género, lo cual pretende combatir argumentos estereotipados e indiferentes para el pleno y efectivo ejercicio de la igualdad”.³⁶ Es decir, no solo los jueces están obligados a emplear una metodología

³³ SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis Aislada 1ª. XXIII/2014 (10ª.) emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, libro 3, tomo I, febrero de 2014, página 677, número de registro digital 2005458: “Perspectiva de género en la administración de justicia. Su significado y alcances”.

³⁴ SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis de Jurisprudencia 1ª. /J. 22/2016 (10ª) emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, libro 29, tomo II, abril de 2016, página 836, número de registro digital 2011430: “Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género”.

³⁵ SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis Aislada 1ª. CLXI/2015 (10ª) emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, libro 18, tomo I, mayo de 2015, página 439, número de registro digital 2009087: “Feminicidio. Las autoridades encargadas de la investigación de muertes violentas tienen la obligación de realizar las diligencias correspondientes con base en una perspectiva de género”.

³⁶ SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis Aislada 1ª. CLX/2015 (10ª) emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, libro 18, tomo I, mayo de 2015, página 431, número de registro digital 2009084: “Derecho de la mujer

con perspectiva de género para la resolución de casos. Ahora, la Corte extiende esa obligación a todas las autoridades. Esta conclusión de la SCJN se trata de una reinterpretación, pero ahora enfocada en un caso específico, de la doctrina elaborada por la Corte IDH sobre los alcances del control de convencionalidad y la obligación, a cargo de *todas* las autoridades del Estado, de llevar a cabo ese tipo de control en el momento de tomar decisiones en las que se afecten derechos humanos.

La sentencia del Caso Mariana Lima sintetiza todo el desarrollo jurisprudencial que se ha expuesto en este apartado. Pero, no solo se trata de un resumen, sino de la construcción original de un criterio jurisprudencial operativo y aplicable a casos concretos en los que se deba investigar y juzgar utilizando la perspectiva de género.

De igual forma, la sentencia toma la igualdad sustantiva como un parámetro de evaluación, pero también como un objetivo que debe materializarse. Esto se ve reflejado cuando la sentencia establece que “las autoridades estatales no solo deben condenar toda forma de discriminación basada en el género, sino también están obligadas a tomar medidas concretas para lograrlo”.³⁷ Así, la perspectiva de género se convierte, a su vez, en un parámetro de evaluación y en un mecanismo que permite la garantía de la igualdad sustantiva.

Otro aspecto fundamental de la sentencia del Caso Mariana Lima es la incorporación de la jurisprudencia de la Corte IDH como derecho obligatorio para el Estado mexicano. La obligatoriedad de la jurisprudencia de este alto tribunal también fue una consecuencia de la reforma constitucional del artículo 1º de la Constitución Federal en el año 2011.

Como lo resume Karla Quintana (secretaria proyectista de la sentencia), en la resolución del amparo en revisión 554/2013, la Primera Sala de la Suprema Corte

... implementó un parámetro de control de regularidad constitucional que incluyó la Constitución Federal, la Convención Belém do Pará, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los precedentes sobre juzgamientos con perspectiva de género de la Primera Sala y los precedentes interamericanos referentes a los estándares sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación.³⁸

La sentencia del Caso Mariana Lima también muestra el gran trecho recorrido en términos de los textos normativos disponibles que sirven de fundamento a la

a una vida libre de violencia. [...] las autoridades se encuentran obligadas a adoptar medidas integrales con perspectiva de género para cumplir con la debida diligencia en su actuación”.

³⁷ SCJN, Primera Sala, amparo en revisión 554/2013, Sentencia de 25 de marzo de 2015, M. P. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, S. Karla I. Quintana Osuna, <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/AR%20554-2013.pdf>.

³⁸ Karla Quintana Osuna, “El caso de Mariana Lima Buendía: una radiografía sobre la violencia y la discriminación contra la mujer”, *Cuestiones Constitucionales. Revista de Derecho Constitucional*, n.º 38 (2018): 153.

igualdad sustantiva de 1974 a 2013. El derecho a la igualdad ya no solo depende del artículo 4º, párrafo primero, de la Constitución Federal. Ahora, el alcance de dicho artículo puede prolongarse en conjunción con los tratados internacionales de derechos humanos y con la jurisprudencia de la Corte IDH para transitar de la igualdad jurídica o formal a la igualdad sustantiva.

Conclusiones

Los procesos de cambio respecto a la definición de igualdad en el derecho mexicano se han dado en tres niveles. El primer nivel es el del texto constitucional, donde la definición de igualdad jurídica o formal entre hombres y mujeres se estableció en 1974. El segundo nivel es el del derecho internacional, el cual puede dividirse, a su vez, en dos fases o momentos. La primera fase es cuando el derecho internacional es utilizado como fundamento político del texto constitucional. Esto es visible, por ejemplo, en la iniciativa del presidente Luis Echeverría, en la cual es difícil distinguir la convicción sobre el avance de los derechos de la necesidad política de mostrar que el Estado mexicano estaba al tanto de los cambios y las corrientes internacionales. En ese texto, el derecho internacional no se invocó porque fuera obligatorio, sino como una manera de demostrar que los cambios constitucionales que se pretendían emprender estaban en sintonía con los cambios sociales, jurídicos y políticos de otras partes del mundo. La segunda fase es cuando el derecho internacional no solamente es inspiración política sino argumento jurídico. Es decir, cuando, a partir de la reforma constitucional del año 2011, a los tratados internacionales en materia de derechos humanos se les otorga la misma jerarquía normativa que la Constitución, salvo que en esta última haya restricciones expresas a tales derechos.

Sin embargo, también hay una transición al nivel del derecho internacional en lo que se refiere a los derechos de las mujeres y a su igualdad frente a los hombres que no se puede dejar de lado. Esta transición se refiere a la profundización del derecho a la igualdad de las mujeres que se da con la escritura, aprobación y promulgación de la Convención de Belém do Pará. Como se explicó, esta Convención tuvo como propósito abordar un fenómeno que la Cedaw, únicamente enfocada en la discriminación, pasó por alto: la violencia contra las mujeres.

El reconocimiento de la violencia contra la mujer como un fenómeno que debe ser atendido específicamente por el derecho internacional implica que la definición de la igualdad ha trascendido de un ámbito meramente formal a un ámbito sustantivo que se propone desmontar las estructuras de opresión y discriminación que afectan a las mujeres. Este reconocimiento, a su vez, es una muestra de que la lucha contra la discriminación no puede darse en abstracto; por el contrario, debe atender problemáticas cotidianas y concretas, algunas de las cuales pueden ser, más que insidiosas, letales. La erradicación de la violencia contra la mujer es, por definición, una lucha en contra de la discriminación y a favor de la vida de las mujeres.

El tercer nivel es el jurisprudencial. La apertura del orden jurídico nacional al DIDH tuvo tres consecuencias: la primera fue el reconocimiento de la igualdad sustantiva como parámetro de control constitucional y como horizonte normativo en la jurisprudencia de la SCJN. La segunda fue el reconocimiento y la construcción jurisprudencial de la perspectiva de género como un método específico para garantizar la igualdad sustantiva en casos de discriminación y violencia por razón de género. Por último, la tercera consecuencia fue el aumento de textos normativos, más allá del artículo 4º constitucional, que obligan a las autoridades del Estado mexicano a garantizar la igualdad sustantiva.

Bibliografía

- BANDERIA, Lourdes María y Tânia Mara CAMPOS DE ALMEIDA. “Vinte Anos da Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha”. *Revista Estudos Feministas* 23, n.º 2 (2015): 501-517.
- HELLUM, Anne y Henriette SINDING AASEN, eds. “Introduction”. En *Women’s Human Rights. CEDAW in International, Regional and National Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- IBARRA OLGUÍN, Ana María, Ricardo LATAPIE ALDANA y Elena GONZÁLEZ-DÁVILA BOY. *Igualdad y no discriminación. Género*. Cuadernos de Jurisprudencia núm. 7. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2020.
- LYNN BECKMEYER, Jennifer. “Los derechos de la mujer en el sistema interamericano: alcances y limitaciones”. *Revista de Derechos Humanos de la Idela*, n.º 18 (2008): 140-150.
- ORDORICA-MELLADO, Manuel. “1974: momento crucial de la política de población”. *Papeles de Población*, n.º 81 (2014): 9-23.
- QUINTANA OSUNA, Karla. “El caso de Mariana Lima Buendía: una radiografía sobre la violencia y la discriminación contra la mujer”. *Cuestiones Constitucionales. Revista de Derecho Constitucional*, n.º 38 (2018): 143-168.
- SINDING, Steven W. “Overview and perspective”. En *The Global Family Planning Revolution: Three Decades of Population Policies and Programs*, editado por Warren C. ROBINSON y John A. ROSS, 1-12. Washington, D. C.: The International Bank for Reconstruction and Development, The World Bank, 2007.
- UNITED NATIONS. *Final Act of the International Conference on Human Rights*. Teheran, 22 April to 13 May 1968. New York: United Nations, 1968. https://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdf.
- UNITED NATIONS. *Report of the World Conference of the International Women’s Year*. Mexico City, 19 June-2 July 1975. New York: United Nations, 1976. <https://digitallibrary.un.org/record/586225>.

Normatividad y jurisprudencia

SCJN. *Semanario Judicial de la Federación*, Tesis Aislada 241266 emitida por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Séptima Época, volumen 88, cuarta parte, página 13, número de registro digital 241266: “Aborto. [...] cuando puede ser causa para quitar a la madre la custodia de menores”.

SCJN. *Semanario Judicial de la Federación*, Tesis Aislada emitida por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Séptima Época, volúmenes 127-132, cuarta parte, página 28, número de registro digital 240863: “Alimentos. [...] la mujer casada tiene a su favor la presunción de necesitarlos”.

SCJN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tesis de Jurisprudencia 1ª./J. 80/2004, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, tomo XX, octubre de 2004, página 264, número de registro digital 180240: “[los] principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa, por los cuales la Constitución Federal y las leyes que de ella emanen, así como los tratados celebrados con potencias extranjeras, hechos por el presidente de la República con aprobación del Senado, constituyen la Ley Suprema de toda la Unión. [...] Interpretación del artículo 133 constitucional que los contiene”.

SCJN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tesis Aislada P. IX/2007 emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, tomo XXV, abril de 2007, página 6, número de registro digital 172650: “Tratados internacionales [...] son parte integrante de la ley suprema de la unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. [...] Interpretación del artículo 133 constitucional”.

SCJN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tesis Aislada 1ª. CLII/2007 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, tomo XXVI, julio de 2007, página 262, número de registro digital 172019: “Igualdad jurídica del hombre y la mujer prevista en el artículo 4º, primer párrafo de la Constitución federal. [...] sus alcances”.

SCJN. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis Aislada 1ª. XXIII/2014 (10ª.) emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, libro 3, tomo I, febrero de 2014, página 677, número de registro digital 2005458: “Perspectiva de género en la administración de justicia [...] su significado y alcances”.

SCJN. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis Aislada 1ª. XLII/2014 (10ª.) emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, libro 3, tomo I, febrero de 2014, página 662, número de registro digital 2005533: “Igualdad jurídica sustantiva o de hecho [...] fundamento normativo de las medidas tendentes a lograrla”.

SCJN. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis de Jurisprudencia P./J. 20/2014 emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, libro 5, tomo I, abril de 2014, página 202, número de registro digital

2006224: “Derechos Humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales [...] constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional”.

SCJN. Primera Sala. Amparo en revisión 554/2013, Sentencia de 25 de marzo de 2015. M. P. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. S. Karla I. Quintana Osuna. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/AR%20554-2013.pdf>.

SCJN. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis Aislada 1ª. CLX/2015 (10ª) emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, libro 18, tomo I, mayo de 2015, página 431, número de registro digital 2009084: “Derecho de la mujer a una vida libre de violencia. [...] las autoridades se encuentran obligadas a adoptar medidas integrales con perspectiva de género para cumplir con la debida diligencia en su actuación”.

SCJN. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis Aislada 1ª. CLXI/2015 (10ª) emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, libro 18, tomo I, mayo de 2015, página 439, número de registro digital 2009087: “Feminicidio [...] las autoridades encargadas de la investigación de muertes violentas tienen la obligación de realizar las diligencias correspondientes con base en una perspectiva de género”.

SCJN. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis de Jurisprudencia a 1ª. /J. 22/2016 (10ª) emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, libro 29, tomo II, abril de 2016, página 836, número de registro digital 2011430: “Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. [...] elementos para juzgar con perspectiva de género”.

SCJN. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis Aislada P. VII/2016 (10ª.) emitida por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, libro 34, tomo I, septiembre de 2016, página 255, número de registro digital 2012597: “discriminación por objeto y por resultado [...] su diferencia”.

SCJN. *Semanario Judicial de la Federación*, Tesis de Jurisprudencia 1ª./J. 126/2017(10ª.) emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, libro 49, diciembre de 2017, tomo I, página 119, número de registro digital 2015678: “Derecho humano a la igualdad jurídica. [...] diferencias entre sus modalidades conceptuales”.

SCJN. *Semanario Judicial de la Federación*, Tesis de Jurisprudencia 1ª./J. 125/2017 (10ª.) emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, libro 49, tomo I, diciembre de 2017, página 121, número de registro digital 2015679: “Derecho humano a la igualdad jurídica. [...] reconocimiento de su dimensión sustantiva o de hecho en el ordenamiento jurídico mexicano”.

SCJN. comp., “Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2001”. En *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 (compilación cronológica de sus modificaciones y procesos legislativos)*,

México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017. https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/079%20-%2031%20DIC%201974.pdf.

SCJN. comp., “Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1974”. En *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 (compilación cronológica de sus modificaciones y procesos legislativos)*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017. https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/151%20-%2014%20AGO%202001.pdf.

Manuellita Hermes* (Brasil)

Tahiana Vieira** (Brasil)

Representación femenina en el Poder Judicial y en la Abogacía General del Estado de Brasil: tiempo, dinámica, constitución y transformación

RESUMEN

La hermenéutica constitucional feminista orienta la comprensión y la promoción del aporte de las mujeres en cada uno de los espacios sociales, políticos, institucionales y jurídicos. El artículo analiza la representatividad del género en el Poder Judicial y en la Advocacia-Geral da União (Abogacía General del Estado) en Brasil. Ante la situación identificada, especialmente la necesidad de realización efectiva de la igualdad material, se sientan las bases para la construcción de soluciones a la luz de la solidaridad como premisa del derecho constitucional altruista y feminista.

Palabras clave: representación femenina; Poder Judicial; Abogacía General del Estado.

* Candidata a doctora en Derecho y magíster en Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Università di Roma Tor Vergata. Abogada del Estado (AGU), asesora jurídica del Supremo Tribunal Federal (STF), docente de Derecho Constitucional del Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Miembro de la International Association of Constitutional Law (IACL). manuelitahermes@gmail.com. / código orcid: [0000-0003-4140-0820](https://orcid.org/0000-0003-4140-0820).

** Estudiante de maestría en Derecho y Economía, Universidade de Lisboa. Abogada del Estado (AGU), procuradora jefa adjunta de la Superintendência de Seguros Privados (Agencia Federal de Seguros). tahianav@gmail.com / código orcid: [0000-0002-3799-3793](https://orcid.org/0000-0002-3799-3793).

Female representation in the judicial branch and the Office of the Attorney General of the Brazilian State: time, dynamics, constitution and transformation

ABSTRACT

Feminist constitutional hermeneutics guides the understanding and promotion of women's contributions in every social, political, institutional and legal sphere. This article analyzes gender representation in the judiciary and the Office of the Attorney General of the State (Advocacia-Geral da União – AGU) in Brazil. Given the situation identified, especially the need for the effective realization of material equality, it lays the foundation for the construction of solutions in light of solidarity as a premise of altruistic and feminist constitutional law.

Keywords: female representation; Judicial Branch; Office of the Attorney General of the State.

Die Präsenz von Frauen in der Justiz und in der Generalbundesanwaltschaft Brasiliens: Entwicklung, Dynamik, Verfassung und Transformation

ZUSAMMENFASSUNG

Die feministische Verfassungshermeneutik orientiert das Verständnis und die Förderung des Beitrags, den Frauen in Gesellschaft und Politik sowie auf institutionellem und juristischem Gebiet leisten. Der Artikel beabsichtigt eine Analyse der Präsenz von Frauen in der Justiz und in der Generalbundesanwaltschaft (Advocacia-Geral da União – AGU) Brasiliens. Vor dem Hintergrund der festgestellten Situation, insbesondere der Notwendigkeit einer effektiven Umsetzung der materiellen Gleichheit, werden die Grundlagen für die Entwicklung von Lösungen gelegt, die auf der Solidarität als Prämisse eines altruistischen, feministischen Verfassungsrechts beruhen.

Schlagwörter: Präsenz von Frauen; Rechtsprechende Gewalt; Generalbundesanwaltschaft.

Introducción

La presencia femenina es minoritaria en las carreras jurídicas en Brasil, pero esta realidad no es exclusivamente brasilera.¹ Es importante recuperar la interpretación jurídica bajo el método histórico, a fin de afrontar con verticalidad temas adecuados para la consolidación de una democracia real, según el perfil de la formación de nuestro Estado nacional. El derecho es un reflejo de la estructura de la sociedad, de las representaciones ideológicas, de las prácticas discursivas hegemónicas, de las

¹ Rawyn Connel y Rebecca Pearse, *Gênero: uma perspectiva global* (São Paulo: InVerso, 2015), 33.

manifestaciones de poder, de los conflictos entre actores sociales. En este contexto, las instituciones jurídicas reproducen un discurso con funciones de control social por parte de sus actores: operadores profesionales y órganos de decisión.

El análisis de algunos momentos del proceso histórico-evolutivo del país es de suma importancia para evaluar el presente. Conocer las crisis, los retrocesos, los avances, las contradicciones, los conflictos, las desigualdades, el equilibrio entre centro y periferia, y tratar de problematizar el derecho como fenómeno sociocultural es fundamental para comprender la conformación actual de las carreras jurídicas que integran el Poder Judicial y la Advocacia-Geral da União (AGU) (Abogacía General del Estado de Brasil).

Las preguntas que orientan esta contribución se establecen como parte de la metodología de la hermenéutica constitucional feminista de crear el “hábito de preguntarse dónde están, qué están haciendo y cuál es el aporte de las mujeres en cada uno de los espacios sociales y políticos”.²

El objetivo principal del trabajo es evaluar la representatividad del género en el Poder Judicial y en la Abogacía General del Estado. Para ello, se recurre a la metodología histórico-dialéctica y al uso de la investigación bibliográfica y de datos, con análisis cuantitativo y cualitativo para apoyar las conclusiones.

El texto se divide en tres partes: la primera muestra una mirada al pasado, para entender la construcción del escenario jurídico brasileño. Luego, se observa el contexto reciente de las instituciones analizadas. Finalmente, ante los desafíos identificados, especialmente la realización de la igualdad material, se sientan las bases para la construcción de soluciones a la luz de la solidaridad como premisa del derecho constitucional altruista y feminista.

1. Un rescate histórico necesario, aunque breve

La reflexión sobre la cuestión de género implica la necesidad de un rescate histórico. Como dice Paolo Grossi,³ la construcción de la dogmática jurídica se hizo con base en el carácter indiscutible de ciertas categorías, a través de una metodología y un proceso históricos.

La formación histórico-social brasileña es marcadamente patriarcal y eurocéntrica, estructuras que aún se reflejan en la sociedad y las instituciones.⁴ La

² Christine Oliveira Peter da Silva y Carolina Freitas Gomide, “Constitutionalistas Constituintes: uma agenda para o Brasil”, en *Constitucionalismo feminista: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero*, ed. por Christine Oliveira Peter da Silva, Estefânia Maria de Queiroz Barboza y Melina Girardi Fachin (Salvador: Editora JusPodivum, 2020), 21.

³ Paolo Grossi, “La formazione del giurista e l’esigenza di un odierno ripensamento metodologico”, *Quaderni Fiorentini*, n.º 32 (2003): 28.

⁴ Para un enfoque sobre el comienzo de la modernidad y la difusión del pensamiento eurocéntrico del constitucionalismo con los vicios fundamentales del racismo, del capitalismo

administración de justicia en el periodo colonial estaba basada en una organización judicial con una gran concentración de poder en la figura del *ombudsman* general, y, desde su ampliación para resolver los crecientes conflictos, se produjo una reproducción de la estructura portuguesa. Como indica Stuart Schwartz, “la política portuguesa era discriminatoria. Se reservaba la admisión a las órdenes militares, la concesión de fidalguía y la mayoría de los puestos gubernamentales para los cristianos viejos”.⁵ En Brasil se crearon Tribunales de Apelación (el primero instituido en Salvador, Bahía, en 1609,⁶ seguido de los instalados en Río de Janeiro, Maranhão y Pernambuco) y Juntas de Justicia, que consistían en pequeños juzgados presentes donde existían los defensores del pueblo.⁷

En Brasil, en el momento de su génesis, el sistema de justicia era predominantemente masculino, con presencia portuguesa y, posteriormente, brasileña, en ambos casos de origen social elitista y de formación europea en la Universidad de Coimbra. Como señala Antônio Carlos Wolkmer:

Al ser la “columna vertebral” del gobierno real, el acceso a la magistratura, como función privilegiada, imponía ciertos procedimientos de clasificación, con criterios de selección basados en el origen social. Aunque no se descartan el patronazgo y las ventas clandestinas, es necesario un proceso de contratación que garantice un nivel mínimo de eficacia, organización y profesionalidad.⁸ (Traducción propia)

Según Wolkmer, la élite del funcionalismo ejerció una dominación estratégica de carácter económico, político e institucional, es decir, fue un brazo de dominación colonial, bajo el binomio patrimonialismo-burocracia. Y aquí se puede agregar un aspecto más –el patriarcado– para formar el trinomio de una estructura patriarcal, patrimonial y burocrática.

La Independencia que se produjo el 7 de septiembre de 1822 fue otra conformación o ajuste no revolucionario y de mantenimiento de la subordinación a la

y del patriarcado, véase Nilda Garay Montañez, “Las concepciones no occidentales en el constitucionalismo latinoamericano: acerca de la categoría de poder”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 27 (2020): 1-4.

⁵ Stuart B. Schwartz, *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751* (São Paulo: Companhia das Letras, 2011), 102.

⁶ Para una descripción detallada de la creación y el funcionamiento del *Tribunal de Relação da Bahia*, véase Schwartz, *Burocracia e sociedade...*, 94.

⁷ Antônio Carlos Wolkmer, *História do direito no Brasil* (Rio de Janeiro: Forense, 2002), 58-62. Sobre el desarrollo del Poder Judicial, incluyendo los problemas enfrentados, como el volumen de procesos, con foco en la Corte Superior de Bahía, véase Schwartz, *Burocracia e sociedade...*, 197-226.

⁸ Wolkmer, *História*, 64.

metrópoli europea.⁹ Fue la articulación de la nobleza brasileña, compuesta por una aristocracia intelectual de raíz académica mayoritariamente europea, lo que llevó a la creación de un movimiento constitucional que culminó en la Constitución Política del Imperio de Brasil, del 25 de marzo de 1824.¹⁰ La Carta Constitucional previó las libertades públicas y fue influenciada por el liberalismo individualista clásico, en particular el liberalismo portugués de matriz constitucional francesa.¹¹ En cuanto a las consecuencias de la Revolución de 1789 en Francia, Hannah Arendt enfatiza que “fue, por primera vez en la historia, sacar a *le peuple* a la calle y hacerlo visible. Cuando eso ocurrió, se demostró que no solo la libertad, sino la libertad de ser libre, había sido siempre el privilegio de unos pocos”.¹²

En cuanto a la distinción entre liberalismo europeo y liberalismo brasileño, Antônio Carlos Wolkmer destaca la “clara distinción entre el liberalismo europeo, como ideología revolucionaria articulada por nuevos sectores emergentes forjados en la lucha contra los privilegios de la nobleza, y el liberalismo brasileño canalizado y adecuado para servir de respaldo a los intereses de las oligarquías, los grandes terratenientes y el clientelismo vinculado al monarquismo imperial”.¹³ Emilia Viotti da Costa, al analizar en profundidad la relación entre liberalismo y democracia en Brasil, concluye que “el liberalismo y la democracia se desasociaron así en el primer instante en que se procedió a la organización del país independiente”.¹⁴

En medio de este escenario de ausencia revolucionaria transformadora en el país, donde hubo una reconciliación entre el liberalismo y la esclavitud, así como entre el

⁹ En cambio, en Mozambique, otra colonia portuguesa, que se independizó más de un siglo después (el 25 de junio de 1975), hubo la participación activa de las mujeres en el proceso de liberación. En ese momento, los miembros del Poder Judicial regresaron a Portugal y dejaron un vacío por llenar. Para un enfoque comparativo entre la participación femenina en el Poder Judicial en Brasil y en Mozambique, véase Caetano Levi Lopes *et al.*, “A questão de gênero no Poder Judiciário moçambicano” (conferencia, Escola Nacional da Magistratura, 19 de noviembre de 2020).

¹⁰ Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de Março de 1824, Coleção de Leis do Império do Brasil, 1824, vol. 1, 7. Sobre las influencias francesas e inglesas en la Carta, véase Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional* (São Paulo: Malheiros, 2006), 363.

¹¹ Emilia Viotti da Costa, *Brasil: história, textos e contextos* (São Paulo: Editora Unesp, 2015), 26-45.

¹² Hannah Arendt, *Liberdade para ser livre* (Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018), 33-34.

¹³ Wolkmer, *História do direito...*, 75. Una visión del elitismo social que sirvió como supuesto antropológico del primer liberalismo en Europa viene dada por Antônio Hespanha: “Había diferencia, de inteligencia, de virtud, de iniciativa, de riqueza; no todos tenían lo mismo que dar y no todos tenían lo mismo que perder. En otras palabras, la sociedad política no debe corregir, sino ratificar, las desigualdades de la sociedad civil. Por lo tanto, el gobierno debe ser responsabilidad de una élite” (Antônio Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio* [Coimbra: Edições Almedina, 2019], 387).

¹⁴ Costa, *Brasil: história...*, 126.

liberalismo y el patrimonialismo,¹⁵ se introdujo una “cultura jurídico-institucional notablemente formalista, retórica y ornamental”.¹⁶

También se destacan los aspectos conservadores, individuales, antipopulares y antidemocráticos que culminaron en la formación del rasgo jurisdiccional del liberalismo en Brasil. La Constitución de 1824 preveía, en su artículo 179, algunos derechos sociales, como la docencia y las ayudas públicas.¹⁷ Al mismo tiempo, el texto establecía el voto censal exclusivamente masculino, que excluía a las mujeres y a quienes no tenían ingresos suficientes para componer la nobleza electoral.¹⁸ Se trata, por tanto, de una Constitución nominativa, que no hizo corresponder el contexto con el texto. El sistema se mantuvo basado en un monocultivo terrateniente y esclavista. La Constitución representó el interés de los grandes terratenientes y de los hacendados, quienes recibieron la ley sin ningún sacrificio de su parte para conquistarla.

El derecho a la educación se reflejó en el ámbito jurídico. Se formó un exclusivismo intelectual, basado en principios y valores ajenos, para una élite privilegiada y distante de la población. Los profesionales recibieron una formación basada en la erudición y el tradicionalismo de la Universidad de Coimbra, preparados y formados para servir a los intereses de la administración colonial. Los primeros cursos de Derecho, instalados en 1827 en Olinda (trasladados a Recife en 1854) y en São Paulo, se caracterizaban por un individualismo político y un formalismo legalista como requisitos de una élite intelectual para suceder al colonizador y lograr la

¹⁵ Sobre los derechos de propiedad y su titularidad en la época de la colonización latinoamericana, Garay Montañez y Fernández Arrillaga afirman: “Acerca de quiénes son titulares del derecho a la propiedad, la respuesta es clara: los hombres europeos, el sujeto blanco, en especial, los colonos europeos. Es la propiedad que los hace sujeto de los derechos y es mediante el derecho de propiedad que se deshumaniza a los otros y otras considerándolos bienes o mercancías. Derecho privado y público interactúan para legitimar el sistema que cuestiona la humanidad de los y las otras, y es esta interacción que le da sentido al constitucionalismo liberal, el que triunfó en el siglo XVIII” (Nilda Garay Montañez e Inmaculada Fernández Arrillaga, “Los desafíos en la enseñanza del constitucionalismo y su historia: la interseccionalidad de raza y género”, *Revista de Educación y Derecho*, n.º 18 [2018]: 14, doi: [10.1344/REYD2018.18.24118](https://doi.org/10.1344/REYD2018.18.24118)).

¹⁶ Wolkmer, *História do direito...*, 79.

¹⁷ “Art. 179. La inviolabilidad de los Derechos Civiles y Políticos de los ciudadanos brasileños, que se basa en la libertad, la seguridad individual y la propiedad, está garantizada por la Constitución del Imperio, de la siguiente manera.

[...]

XXXI. La Constitución también garantiza la asistencia pública.

XXXII. La educación primaria será gratuita para todos los ciudadanos.

XXXIII. Colegios y Universidades, donde se impartirán los elementos de Ciencias, Bellas Artes y Letras” (Constituição Política do Império do Brasil, 25 de Março de 1824. Coleção de Leis do Império do Brasil, 1824, vol. 1, 7).

¹⁸ Como resultado claro de las Declaraciones americana de 1776 y francesa de 1779 en las que la igualdad formalmente declarada no incluía a las mujeres, excluidas del proceso político, donde el sufragio censal era imperativo (Nilda Garay Montañez, “Igualdad y perspectiva de género: a propósito del bicentenario de la Constitución de 1812”, *Pensamiento Constitucional*, n.º 17 [2012]: 209).

independencia política y cultural.¹⁹ Más enfocados en el interés del Estado que de la sociedad, los cursos promovieron la difusión de ideologías que configuraron un marco administrativo-profesional para componer la élite burocrática del país, especialmente el Poder Judicial.²⁰

El Poder Judicial, en los términos de los artículos 151 a 164, era independiente y estaba formado por tribunales, que se pronunciaban sobre los hechos, y jueces, que aplicaban la ley. Como tribunales se crearon las Relaciones, que debían existir en la Capital del Imperio (ciudad de Río de Janeiro) y en las demás provincias (que componían el entonces Estado monárquico unitario), así como la Corte Suprema de Justicia, la más alta Corte de la época.

De esta manera, el nuevo grupo de hombres intelectuales en Brasil ha formado los miembros del Poder Judicial desde entonces, en una composición estructuralmente arraigada, todavía difícil de cambiar en la actualidad.

Fue a partir de la Constitución de 1988 cuando el principio de igualdad, previsto como igualdad formal desde la Constitución del Imperio, comenzó a tener una aplicación específicamente relacionada con la igualdad material. Tras el paso del tiempo y la sucesión de constituciones, la Carta de 1988, actualmente vigente, fue el resultado de una Asamblea Nacional Constituyente (1987-1998) marcada por la búsqueda de la reconciliación con el pasado, la pluralidad de fuerzas e intereses políticos, así como, cabe señalar, por el papel activo de las 26 mujeres constituyentes brasileñas en la (re)construcción de la democracia y la ciudadanía con la inclusión de las mujeres.²¹

¹⁹ Lilia Schwarz explica que “São Paulo fue más influenciada por el modelo político liberal, mientras que la facultad de Recife, más atenta al problema racial, tenía en las escuelas darwinistas y evolucionistas modelos de gran análisis” (Lilia Moritz Schwarz, *O Espetáculo das Raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil - 1870-1930* [São Paulo: Companhia das Letras, 1993], 187). Para conocer los primeros cursos y el contenido del plan de estudios de las escuelas, véase Flávia Lages de Castro, *História do Direito Geral e do Brasil* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020), 383-384.

²⁰ Wolkmer, *História do direito...*, 80-90.

²¹ Sobre la conquista femenina en la Constituyente, véase Daniela Urtado y Danielle Anne Pamplona, “A última Constituinte Brasileira, as bravas mulheres e suas conquistas”, en *Constitucionalismo feminista*, ed. por Christine Oliveira Peter da Silva, Estefânia Maria de Queiroz Barboza y Melina Girardi Fachin (Salvador: Editora JusPodivm, 2019), 53-67, y Silva y Gomide, “Constitucionalistas Constituintes: uma agenda para o Brasil”, 24-44.

Para una visión sobre la participación de las mujeres en los procesos constituyentes en Colombia, Venezuela, Ecuador, Bolivia, con el análisis del producto final a la luz de las innovaciones en la provisión de derechos de las mujeres, véase Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, “Mujeres y constitucionalismo transformador en América Latina”, en *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la Profesora Julia Sevilla Merino* (Valencia: Corts Valencianes, 2014), 434-439, y Nilda Garay Montañez, “Procesos constituyentes en América Latina y las mujeres. Otras subjetividades, otra Constitución”, *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 28 (2018): 14-34.

Un acercamiento al tema del constitucionalismo latinoamericano a la luz de la teoría del constitucionalismo feminista se puede ver en Nilda Garay Montañez, “Constitucionalismo

La igualdad fue reconocida por el artículo 5º I²² de la Constitución de 1988 –no es el único, cabe señalar– como una de las formas²³ de construir la paridad de género y eliminar el patriarcado.²⁴ Forma parte de un plexo de previsiones que deben ser interpretadas sistemáticamente como, por ejemplo, el valor en tanto fuente de la dignidad humana; la ciudadanía; la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria; el pluralismo; la prohibición de toda forma de discriminación y la prevalencia de los derechos humanos.²⁵

Se trata, por tanto, de la igualdad como pilar del constitucionalismo democrático, nacido como formal, un instrumento para la preservación de relaciones desiguales de poder. Poco a poco se busca la igualdad sustancial a través del constitucionalismo social que, en la búsqueda de corregir los efectos del liberalismo, requiere igual distribución de oportunidades e intervención estatal²⁶ para que sea eficaz, según explica Garay Montañez.²⁷

feminista: evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo oficial”, en *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino* (Valencia: Corts Valencianes, 2014), 268-269.

²² “Art. 5º Todos son iguales ante la ley, sin distinción de ninguna naturaleza, garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos: I - los hombres y las mujeres son iguales en derechos y obligaciones, en los términos de esta Constitución”. (Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, *Diário Oficial da União*, 5 de octubre de 1988).

²³ Sobre la crítica a la igualdad formal por falsa universalidad y exclusión de grupos, con énfasis en las similitudes entre discriminación racial y de género, véase Nilda Garay Montañez, “Alcances de la discriminación racial o étnica y su vinculación histórica con la discriminación por sexo”, *Feminismo/s*, n.º 12 (2008): 271-298.

²⁴ Según Nilda Garay, “El patriarcado es un sistema que, a partir de la discriminación de las mujeres, recrea otras formas de discriminación, como la racial, y que reacciona frente a las contestaciones que signifiquen la remoción de sus cimientos desigualitarios. Una de las formas de reacción es el ocultamiento de reivindicaciones igualitarias” (Garay Montañez, “Constitucionalismo Feminista: evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo oficial”, 276).

²⁵ Sobre la igualdad como pilar del Estado constitucional y producto social, véase Garay Montañez, “Igualdad y perspectiva de género: a propósito del bicentenario de la Constitución de 1812”, 203-204.

²⁶ En Brasil, el Instituto de Investigaciones Económicas Aplicadas ha publicado texto para discusión con una tipología de acción estatal: “una tipología de la acción estatal basada en cuatro visiones en relación con las mujeres, en función de la perspectiva desde la que se entiende la presencia femenina en el diseño e implementación de las políticas públicas: i) la visión reproductiva (las mujeres como madres/cuidadoras); ii) la visión productiva (las mujeres como mano de obra remunerada); y iii) las visiones reactiva (inclusión posterior de las mujeres en la planificación de las políticas) e inclusiva (las mujeres como grupo objetivo prioritario)” (Janine Mello y Danusa Marques, *Elementos para uma tipologia da atuação estatal: visões do Estado sobre as mulheres e políticas públicas nos Brasil. Texto para discussão* [Rio de Janeiro: Ipea, 2019], 12).

²⁷ Garay Montañez, “Igualdad y perspectiva de género: a propósito del bicentenario de la Constitución de 1812”, 207-213. Al caracterizar la ola de feminismo posterior a la Segunda

La nueva Carta brasileña allana el camino para la transformación, proporcionando a la sociedad una fuente legal de valioso potencial para implementar correcciones y asimilaciones. En lo que respecta a las carreras jurídicas, el texto constitucional, sin embargo, no se expresó en términos de igualdad de género (y raza)²⁸ dentro del ámbito del Poder Judicial y de las funciones esenciales de la justicia, a diferencia de, por ejemplo, la Constitución de Sudáfrica, cuyo artículo 174.2 establece que “la necesidad de que el Poder Judicial refleje ampliamente la composición racial y de género debe tenerse en cuenta en la nominación de los miembros del Poder Judicial”.²⁹

2. La participación de la mujer en el Poder Judicial

En lo que respecta al Poder Judicial, cabe mencionar el hito plasmado en la publicación de la Resolución 255 del Consejo Nacional de Justicia (CNJ),³⁰ que trata de la Política Nacional de Fomento de la Participación de la Mujer en el Poder Judicial, iniciativa relevante que es un paso indispensable para la mejora de la representación femenina.

Como uno de sus resultados, se realizó una encuesta por parte del CNJ, la cual recogió datos que revelaron el desempeño femenino en los últimos diez años. Con base en la información proporcionada por 68 de los 90 tribunales requeridos, el resultado del análisis indica que: “El poder judicial brasileño está compuesto mayoritariamente por magistrados del sexo

Guerra Mundial como una relación ambivalente con la socialdemocracia, Nancy Fraser señala: “Por un lado, gran parte de la segunda ola temprana rechazaba el estatismo y su tendencia a marginalizar las divisiones sociales distintas de la clase y las injusticias sociales distintas de la ‘mala distribución’. Por otro lado, muchas feministas presuponían elementos clave del imaginario socialista como base para diseños más radicales. Dando por sentado el ethos solidario del Estado de bienestar y su capacidad de dirigir y controlar la prosperidad, también se comprometieron a dominar los mercados y a promover la igualdad. Actuando desde una crítica que era a la vez radical e inmanente, las primeras feministas de la segunda ola no buscaban tanto dismantelar el Estado del bienestar como transformarlo en una fuerza que pudiera ayudar a superar la dominación masculina” (Nancy Fraser, “Feminism, capitalism, and the cunning of history: An introduction”, *New Left Review*, n.º 56 [2009]: 101).

²⁸ Nilda Garay Montañez aborda la adhesión de las élites latinoamericanas al modelo de sujeto político europeo, que racializa y excluye, para mantener privilegios (Garay Montañez, “Las concepciones no occidentales en el constitucionalismo latinoamericano: acerca de la categoría de poder”, 8-10).

²⁹ En el original: “174. Nombramiento de funcionarios judiciales [...]”.

2. La necesidad de que el poder judicial refleje ampliamente la composición racial y de género de Sudáfrica debe ser considerada cuando se nombren funcionarios judiciales” (Constitution of the Republic of South Africa, *Government Gazette*, 18 de diciembre de 1996).

³⁰ Conselho Nacional de Justiça, Resolução n.º 255, de 04 de setembro de 2018, institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário, *Diário da Justiça eletrônico*, n.º 167, 5 de septiembre de 2018.

masculino, con solo un 38,8% de magistradas activas. La participación femenina en la judicatura es aún más baja si se consideran los magistrados que han prestado servicio en los últimos 10 años, con un 37,6%.”³¹ Al examinar los cargos de presidentes de justicia, corregidoras, vicepresidentes y presidentes, si bien hubo un aumento en los diez años de la encuesta, se concluyó que el porcentaje de magistrados varía entre el 25 y el 30%.³²

Así, existe una mayor presencia femenina en el primer grado de jurisdicción, cuyo acceso se da a través de la provisión de un concurso de pruebas y títulos. Sin embargo, a medida que cambian los grados y, en consecuencia, el criterio de acceso (antigüedad y mérito), se reduce la presencia femenina, lo que se torna raro hasta la llegada al Supremo Tribunal Federal (STF), cuya nominación la hace el presidente de la República y la a prueba el Senado Federal.³³ En un estudio comparativo sobre los tribunales constitucionales en América Latina, Lucio Pegoraro y Justin Frosini elaboraron una tabla aclaratoria que demuestra el procedimiento de selección de los jueces, como se muestra en la tabla.³⁴

Brasil, como se ve, se ubica junto a Argentina y México, con nombramientos hechos por indicación del presidente y la aprobación del Senado, en un procedimiento que involucra al Ejecutivo y al Legislativo.

³¹ Conselho Nacional de Justiça, *Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário* (Brasília: CNJ, 2019), 7.

³² Conselho Nacional de Justiça, *Diagnóstico da participação...*, 9.

³³ Según lo dispuesto en la Constitución vigente: “Art. 101. El Tribunal Federal Supremo estará compuesto por once Magistrados elegidos entre ciudadanos mayores de treinta y cinco años y menores de sesenta y cinco, de notables conocimientos jurídicos y reputación intachable. Párrafo único. Los Magistrados del Supremo Tribunal Federal serán nombrados por el Presidente de la República, después de que la elección haya sido aprobada por la mayoría absoluta del Senado Federal” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *Diário Oficial da União*, 5 de octubre de 1988).

La norma, sin embargo, se remonta al Decreto 848 de 11 de octubre de 1890: “Art. 4º Corresponde al Presidente de la República el nombramiento de los jueces federales, dependiendo de la aprobación del Senado para el nombramiento de los miembros del Supremo Tribunal Federal” (Organiza a Justiça Federal. Coleção de Leis do Brasil de 1890). Posteriormente, la Carta de 1891, la primera de la República, otorgó rango constitucional a la forma de nombramiento: “Art. 48 - Es competencia exclusiva del Presidente de la República: [...] 12º) nombrar a los miembros del Tribunal Supremo y a los ministros diplomáticos, lo que hace que el nombramiento esté sujeto a la aprobación del Senado. En ausencia del Congreso, los nombrará en comisión hasta que el Senado se pronuncie” (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, *Diário Oficial da União*, 24 de febrero de 1891). En cuanto a la discusión sobre el tema entre los senadores en los primeros momentos, véase Lêda Boechat Rodrigues, *História do Supremo Tribunal Federal. Volume I: Defesa das Liberdades Cívicas (1891-1898)* (Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991), 7-14.

³⁴ Traducción libre. Véase Lucio Pegoraro y Justin O. Frosini, “Constitutional Courts in Latin America: A testing ground for new parameters of classification?”, *Journal of Comparative Law* 3, n.º 39 (2008): 47.

Tabla. Selección de jueces para los tribunales constitucionales o cortes supremas

Designado por el Legislativo	Designado por el Ejecutivo y el Legislativo	Designado a través de un sistema mixto
Bolivia (2/3 del Congreso)	Argentina (presidente con aprobación del Senado)	Chile (3 por el presidente, 4 por el Congreso, 3 por la Corte Suprema)
Costa Rica (2/3 de la Asamblea Legislativa)	Brasil (presidente con aprobación del Senado)	Colombia (Senado, de una lista de tres presentada por el presidente, la Suprema Corte y el Consejo de Estado)
El Salvador (2/3 de la Asamblea Legislativa)	México (presidente con aprobación del Senado)	República Dominicana (Consejo Nacional de Magistrados)
Honduras (2/3 del Congreso de una lista presentada por una Junta de Nominaciones)	Nicaragua (elegidos por mayoría de la Asamblea Nacional son seleccionados de listas presentadas por el presidente y por los diputados)	Ecuador (Comité compuesto por miembros designados por el Legislativo, el Ejecutivo y el Organismo de Transparencia y de Control Social)
Perú (2/3 del Congreso)	Panamá (gabinete con aprobación del Legislativo)	Guatemala (Corte Suprema, Congreso, presidente, Consejo Universitario, Consejo de Abogados)
Uruguay (2/3 de la Asamblea General)		Paraguay (Senado, con la aprobación del presidente, de una lista presentada por el Consejo / de Magistrados)
Venezuela (2/3 de la Asamblea Nacional)		

Fuente: Lucio Pegoraro y Justin O. Frosini, “Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification?”, *Journal of Comparative Law* 3, n.º 39 (2008): 47.

Creado por el Decreto 848 de 11 de octubre de 1890, el STF ha sufrido pocas alteraciones en sus características desde entonces. A lo largo de su historia contó con solo tres mujeres: las ministras Ellen Gracie (2000 a 2011), quien ocupó el cargo de presidenta; Carmen Lúcia (2006), quien también fue presidenta, y Rosa Weber (2011), actual vicepresidenta. Las dos últimas conforman el marco moderno de la Corte. Es decir, de los once miembros del STF, hoy dos son mujeres, de un total de tres en toda la historia. Cabe señalar que, hasta la fecha, no ha habido ninguna ministra afrodescendiente en el STF.

La presencia de mujeres es mayor en el primer grado de jurisdicción y hay una reducción a medida que aumenta la jerarquía administrativa del Poder Judicial, con un aumento en los grados de jurisdicción y, sobre todo, en los cargos directivos de los tribunales.

Existe una subrepresentación de las mujeres en los tribunales y, en este punto, se refleja algo que ocurre en la sociedad también en el ámbito privado: la baja ocupación de liderazgo, de puestos de poder en las grandes empresas, por ejemplo. Volviendo al ámbito del Poder Judicial, la presencia de mujeres en los órganos colegiados es de gran importancia. La toma de decisiones de manera colegiada trae consigo la premisa de un debate con aportes de visiones diferentes y plurales, que enriquecen el entendimiento jurídico y, en consecuencia, protegen mejor la dignidad de la persona humana, valor fuente del ordenamiento jurídico brasileño y base para la igualdad material dirigida a grupos vulnerables. En resumen: el reconocimiento de las diferencias a favor de la implementación de la isonomía y la democracia real.

Lo anterior, porque la democracia implica pluralismo y diversidad. El Poder Judicial, como guardián de la democracia, debe ser espejo de la pluralidad del cuerpo social, sin discriminación y conducido por la igualdad y la solidaridad.

La configuración actual del Poder Judicial en Brasil es un producto histórico de la sociedad. La eficacia de la ley, tan propagada y deseada, pasa principalmente por la construcción de caminos para erradicar la desigualdad de género y la discriminación que todavía se encuentra en diferentes ámbitos de la sociedad brasileña con matriz patriarcal. En algunos casos, la presencia femenina puede marcar la diferencia en los juicios donde hay necesidad de una mirada plural y no marcada por el patriarcado que impregna nuestra sociedad y, en consecuencia, los procesos.

No necesariamente la diferencia estará en las características históricamente asociadas a lo femenino, como un juicio más acogedor, más humanizado y sensible. No se trata de eso. No existe un imperativo de visión, por así decirlo, maternal. Se trata, de hecho, de más representatividad y pluralidad técnica. Nuevos puntos de vista, nuevas trayectorias, nuevas perspectivas que, de esta manera, influyen en la formación de la decisión de manera no uniforme. Representatividad significa riqueza, y esta se ve en la complejidad de los debates que deben involucrar a todos los sectores que componen la sociedad brasileña y, por lo tanto, no solo a la masculina.

3. Participación de las mujeres en la Abogacía General del Estado

La situación descrita no es exclusiva de Brasil. La Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo ha mapeado la representatividad de mujeres y hombres en las profesiones jurídicas en los Estados miembros de la Unión Europea (UE). A pesar de la diversidad de sistemas, que incluyen instituciones de tradición romanista y

de derecho anglosajón, se pueden rastrear algunas características generales de la situación de género.

El estudio menciona que, luego de un largo periodo de predominio masculino en las profesiones legales en Europa, desde principios del siglo XX, la mayoría de los países otorgaron acceso a las mujeres en esta área. Es de destacar que en Portugal, exmetrópoli del Brasil colonial, la primera abogada fue admitida en 1918, mientras que la primera jueza fue aceptada solo después del fin del régimen de Salazar, en 1974. Sin embargo, aunque se han producido avances, aún persisten en el continente europeo considerables desequilibrios de género. Un punto destacado es la brecha de género entre los funcionarios judiciales que no son jueces, la cual abarca equipos técnicos, administrativos y asesores. Según la investigación, realizada en 2014, de cada tres mujeres, un hombre desempeñaba estos roles.

Otra tendencia evidente, resaltada por el mapeo, es la disminución en la proporción de participación femenina en los niveles más altos de las profesiones legales, incluidos los tribunales superiores, cuya distribución promedio consiste en dos tercios para los hombres y un tercio para las mujeres.

En este sentido, cabe destacar la base de datos estadística del Instituto Europeo para la Igualdad de Género; según esta, en el año 2003, las mujeres representaron el 19% de los miembros y presidentes de los tribunales supremos. En 2020, la participación femenina en los mismos cargos ascendió al 41%.

Una vez más, observando la realidad de Portugal, en 2010, su Tribunal Constitucional estaba compuesto por un 96% de hombres, y evolucionó a un 69% de miembros masculinos en 2020.

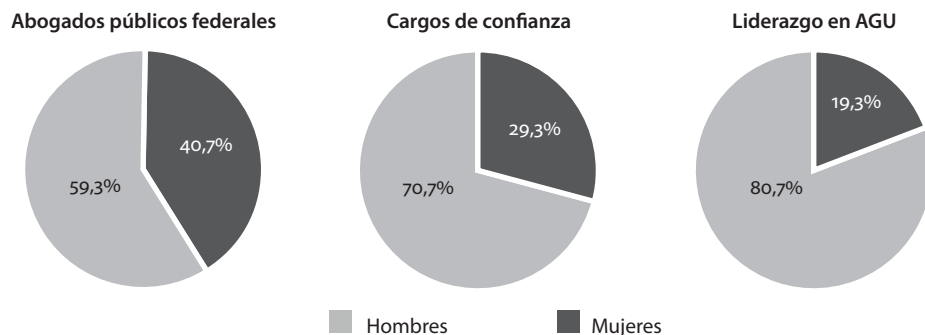
A partir de este prisma de observación, respecto a la disminución en la participación de mujeres en carreras legales a medida que disminuye el número de puestos disponibles y aumentan los sueldos y las graduaciones, para efectos de este estudio se realiza el recorte para la Abogacía General del Estado (AGU), como ejemplo de institución jurídica brasileña de ámbito nacional, con diversidad de materias y amplitud de puestos de trabajo.

Siguiendo la disposición del artículo 131 de la Constitución de la República Federativa de Brasil, de 1988, la Ley Complementaria 73 de 10 de febrero de 1993 previó la organización y el funcionamiento de la AGU y, desde su creación en 1993, solo una mujer ha ocupado el cargo de abogada general, la ministra Grace Maria Fernandes Mendonça, durante el periodo comprendido entre septiembre de 2016 y diciembre de 2018.

Se observa que existe una subrepresentación de la mujer en las esferas superiores de la abogacía pública federal. Para ilustrar mejor la dimensión del tema, haremos una breve reseña del escenario de género dentro de la AGU.

Según datos estadísticos internos, alrededor de 5.400 miembros de las carreras de abogado del Estado trabajan en los órganos de la AGU, y de estos un total del 40,7% son mujeres. Al evaluar solo a los titulares de cargos de confianza, la distribución es de 29,3% mujeres y 70,7% hombres.

Representatividad en los puestos de liderazgo de la Abogacía General del Estado



Fuente: “Painel Força de Trabalho”. Advocacia-Geral da União.

Al pasar un filtro más detallado y mirar la representatividad en los puestos de liderazgo de la institución en sus distintos órganos consultivos, litigiosos y de gestión, se identifica una proporción de 19,3% de mujeres.

La proporción de 40,7% de mujeres del total de abogados del Estado de la AGU no se aleja mucho del estándar de los egresados de la educación superior en Derecho en Brasil en los últimos años, cuyos datos de 2014 indican que el 46% de los estudiantes que completaron el curso eran mujeres.³⁵

Por otro lado, es evidente que el acceso a puestos de liderazgo se acerca al modelo identificado en el Poder Judicial brasileño y en el mapeo europeo, en el que se observa una disminución de la participación femenina en los puestos superiores de la institución.

El mapeo realizado por el Parlamento Europeo apunta a algunos factores que contribuyen al desequilibrio de representatividad en las profesiones jurídicas. El primero sería la persistencia de estereotipos de género, aunque implícitos, en los procesos de contratación, nombramiento y promoción, que podrían mitigarse con el establecimiento de procesos imparciales, transparentes e integrales.³⁶

Otra barrera identificada es la dificultad para conciliar responsabilidades profesionales y no laborales, que se ve agravada en los puestos de liderazgo por la cultura de trabajo en horarios incompatibles con los familiares y la exigencia de disponibilidad por largas horas.³⁷

³⁵ Datos del Censo del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE) de 2010, presentado en Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, *Exame de Ordem em Números – Volume 2* (Brasília: OAB/FGV Projetos, 2014), 61.

³⁶ Unión Europea, Parlamento Europeo, *Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions Across the EU* (Bruselas: Parlamento Europeo, 2017), 13 y 34.

³⁷ Unión Europea, *Mapping the Representation...*, 86.

En este punto, cabe señalar que el patrón de ausencia de separación del ámbito laboral y privado se ha ido incrementando día a día, ya que en la actualidad se mezclan edificios de trabajo y salas de estar, lo que permite trabajar en cualquier lugar y a cualquier hora.³⁸ Este hecho puede disuadir aún más a las mujeres en este entorno.

Además, la ubicación geográfica de los puestos de liderazgo en la profesión, asociada a la dificultad de conciliar la vida privada, es otro factor que aleja a las mujeres de los puestos de liderazgo en el ámbito jurídico. Igual ocurre con la escasez de redes de tutoría y apoyo.³⁹

Conclusiones

Este trabajo no pretende agotar el abordaje del tema, sino lanzar una primera mirada provocativa de reflexión sobre la situación de la representación femenina en las carreras jurídicas referenciadas a la luz del constitucionalismo feminista.

Más que los derechos individuales, el tema abarca a las mujeres mismas. En realidad, se trata del derecho colectivo de representatividad, de pluralidad, en definitiva, de democracia real. Se requiere efectuar una modificación sociocultural de la sociedad para que sea libre e igual, es decir, democrática.

Como se ve, el periodo colonial brasileño fue sumamente relevante en el trazado de la estructura generalizada de la sociedad, que imprime un rol de subordinación a la mujer, incluso en el ámbito de las carreras jurídicas. En la actualidad, como enseña Nancy Fraser, la sociedad globalizada está presenciando luchas heterogéneas, en un contexto de resurgimiento de la política de *estatuto* y declive de la política de *clases*.⁴⁰ La autora parte de la concepción de la igualdad de género desde una perspectiva multidimensional, de redistribución y reconocimiento. También alude a una nueva gramática de la demanda política provocada por la globalización, que desplazó el centro de gravedad de la redistribución al reconocimiento. Y concluye reconociendo perspectivas ambivalentes que incluyen la disputa política y una nueva comprensión de la justicia social, así como una visión más allá del eje de clase, con la integración de otros ejes de subordinación, como la diferencia sexual, la “raza”, la etnia, la sexualidad, la religión y la nacionalidad, a fin de permitir el avance y la justicia social, que no se limita a la distribución y abarca también representación, identidad y diferencia.⁴¹

³⁸ Byung-Chul Han, *Sociedade do cansaço* (Petrópolis: Editora Vozes, 2017), 69-70.

³⁹ Unión Europea, *Mapping the Representation...*, 86.

⁴⁰ Nancy Fraser, “A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 63 (2002): 8, <https://doi.org/10.4000/rccs.846>.

⁴¹ Fraser, “A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação”, 9.

Partiendo de la premisa multidimensional de la igualdad, existen deficiencias en la redistribución y el reconocimiento en el Poder Judicial y la Abogacía General del Estado. En cuanto a la redistribución, por un lado, el concurso público permite la democratización del acceso, pero, por otro, como se ha visto, sigue siendo necesaria una mejor organización del trabajo en igualdad de condiciones en los diferentes grados de la jurisdicción, especialmente en los tribunales superiores, en cuanto a la actuación tanto en la magistratura como en la abogacía pública federal en Brasil.

A la vista de lo expuesto, se considera que hay una debilidad de reconocimiento, ya que las instituciones permanecen bajo el ámbito de la cultura androcéntrica, con fuerte influencia patriarcal. Urge impulsar una transformación y, por tanto, “necesitamos una concepción no identitaria que desaliente la reificación y promueva la interacción a través de las diferencias, lo que significa rechazar las definiciones habituales de reconocimiento”.⁴² Finalmente, Nancy Fraser defiende la necesidad de combatir la desigualdad de forma bidireccional, en ambos niveles, de manera combinada y no excluyente, postura con la que estamos de acuerdo.

En esta línea, la solidaridad, en la dimensión de la unidad, frente a una postura de aislamiento,⁴³ es fundamental para que el proyecto de inclusión e igualdad sea acogido también por los hombres. Esto se debe a que, en la lección de Bobbio, es necesario partir de la afirmación obvia de que no se puede instituir un derecho a favor de una categoría de personas sin suprimirlo en otras categorías de personas.⁴⁴ El modelo solidario y cooperativo debe, por lo tanto, imponerse como una alternativa transformadora a favor de la democracia real,⁴⁵ necesaria para cerrar la presencia insuficiente de las mujeres, que caracteriza un grave error del constitucionalismo.⁴⁶

Se trata, también, de una acción en términos de derecho constitucional altruista, que conduce a la comprensión de la situación problemática de los demás y, simultáneamente, impone el estatuto de *sujeto* activo capaz de comprender la complejidad de los problemas de igualdad y hacer uso de métodos y teorías constitucionales para su solución.⁴⁷ Como *receptor*, la asunción del protagonismo femenino implica, en la misma línea, la adopción de normas y medidas administrativas siempre a la luz

⁴² Fraser, “A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação”, 14.

⁴³ Como defiende Hannah Arendt, *Origens do totalitarismo: Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo* (São Paulo: Companhia das Letras, 2012), 633.

⁴⁴ Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos* (Rio de Janeiro: Elsevier, 2004), 61.

⁴⁵ Sobre la necesidad de lograr una sociedad democrática avanzada, véase Eva Marínez Sampere, “Ciudadanía democrática, voluntad política y Estado social”, en *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino* (Valencia: Corts Valencianes, 2014), 447-450.

⁴⁶ Garay Montañez, “Constitucionalismo feminista: evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo oficial”, 271.

⁴⁷ Michele Carducci, *Por um Direito Constitucional Altruísta* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003), 11.

del test de proporcionalidad.⁴⁸ Esto se debe a que la libertad ya conquistada, desde la perspectiva de la igualdad, muestra *responsabilidad hacia los demás*, que “es parte integrante de la definición misma de la libertad, debido a que no hay acción humana que no sea contemporáneamente una ‘respuesta’ a sí misma, a los demás y a la ley”.⁴⁹

La transformación del perfil de representación femenina en las carreras analizadas se producirá como resultado del reconocimiento recíproco y la igualdad de *estatuto*,⁵⁰ con el fin de hacer más efectiva la Constitución en el momento actual, el momento de la transformación.⁵¹ El enfoque inclusivo e igualitario debe ser adoptado por personas de todos los géneros, como señala Angela Davis.⁵² Esto porque la sociedad democrática está interesada en el enriquecimiento iniciado por la pluralidad en todos los niveles.

Estas notas animan una mirada más atenta a la necesidad de construir una cultura que establezca un equilibrio entre la representatividad entre hombres y mujeres, especialmente para garantizar la igualdad de oportunidades y la justicia, la legitimidad democrática, además de los aportes específicos que se puedan equilibrar con el aumento de la participación femenina⁵³ a la luz del constitucionalismo feminista.

Bibliografía

- ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. SECRETARIA-GERAL DE ADMINISTRAÇÃO. DIRETORIA DE GESTÃO DE PESSOAS E DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL. “Painel Força de Trabalho”. Acceso el 12 de diciembre de 2020. <https://agudf.sharepoint.com/>.
- ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. SECRETARIA-GERAL DE ADMINISTRAÇÃO. DIRETORIA DE GESTÃO DE PESSOAS E DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL. “Painel Funções e Gratificações Ocupadas”. Acceso el 12 de diciembre de 2020. <https://agudf.sharepoint.com/>.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- ARENDT, Hannah. *Liberdade para ser livre*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁴⁸ Para una descripción más detallada de los pasos para medir la proporcionalidad y también para un ejemplo de jurisprudencia de su aplicación, véase Vicki C. Jackson, “Proportionality and Equality”, en *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, ed. por Vicki C. Jackson y Mark Tushnet (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 175-181.

⁴⁹ Carducci, *Por um Direito*, 51.

⁵⁰ Fraser, “A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação”, 15.

⁵¹ Carducci, *Por um Direito*, 68.

⁵² Angela Davis, *A liberdade é uma luta constante* (São Paulo: Boitempo, 2018), 55.

⁵³ Unión Europea, *Mapping the Representation...*, 13.

- CARDUCCI, Michele. *Por um Direito Constitucional Altruísta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e do Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- CONNEL, Rawyn y Rebecca Pearse. *Gênero: uma perspectiva global*. São Paulo: In-Verso, 2015.
- CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Exame de Ordem em Números – Volume 2*. Brasília: OAB/FGV Projetos, 2014.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário*. Brasília: CNJ, 2019.
- COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Editora UNESP, 2006.
- COSTA, Emilia Viotti da. *Brasil: história, textos e contextos*. São Paulo: Editora Unesp, 2015.
- DAVIS, Angela. *A liberdade é uma luta constante*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- DIXON, Rosalind. “Female justices, feminism, and the politics of judicial appointment: A re-examination”, *Yale Journal of Law and Feminism*, n.º 21 (2010): 297-338.
- EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY. “Gender Statistics Database. Supreme courts: Presidents and members”. Acesso el 9 de diciembre de 2020. https://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/indicator/wmidm_jud_natcrt_wmid_natcrt_supcrt.
- FRASER, Nancy. “A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 63 (2002): 7-20. <https://doi.org/10.4000/rccs.846>.
- FRASER, Nancy. “Feminism, capitalism, and the cunning of history: An introduction”. *New Left Review*, n.º 56 (2009): 97-117.
- GARAY MONTAÑEZ, Nilda. “Alcances de la discriminación racial o étnica y su vinculación histórica con la discriminación por sexo”. *Feminismo/s*, n.º 12 (2008): 271-298.
- GARAY MONTAÑEZ, Nilda. “Igualdad y perspectiva de género: a propósito del bicentenario de la Constitución de 1812”. *Pensamiento Constitucional*, n.º 17 (2012): 199-224.
- GARAY MONTAÑEZ, Nilda. “Constitucionalismo feminista: evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo oficial”. En *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*, 265-279. Valencia: Corts Valencianes, 2014.
- GARAY MONTAÑEZ, Nilda. “Procesos constituyentes en América Latina y mujeres. Otras subjetividades, otra Constitución”. *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 28 (2018): 1-47.
- GARAY MONTAÑEZ, Nilda. “Las concepciones no occidentales en el constitucionalismo latinoamericano: acerca de la categoría de poder”. *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 27 (2020): 1-29.

- GARAY MONTAÑEZ, Nilda e Inmaculada FERNÁNDEZ ARRILLAGA. “Los desafíos en la enseñanza del constitucionalismo y su historia: la interseccionalidad de raza y género”. *Revista de Educación y Derecho*, n.º 18 (2018): 1-27. doi: [10.1344/REYD2018.18.24118](https://doi.org/10.1344/REYD2018.18.24118).
- GROSSI, Paolo. “La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico”. *Quaderni Fiorentini*, n.º 32 (2003): 25-53.
- HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço*. Petrópolis: Editora Vozes, 2017.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Edições Almedina, 2019.
- JACKSON, Vicki C. “Proportionality and Equality”. En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, editado por Vicki C. Jackson y Mark Tushnet, 171-196. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- LOPES, Caetano Levi, Elisa SAMUEL BOERKAMP, Manuellita HERMES, Adriana MEIRELES MELONIO y Marcelo PIRAGIBE. “A questão de gênero no Poder Judiciário moçambicano”. Conferencia pronunciada en la Escola Nacional da Magistratura, 19 de noviembre de 2020.
- MARTÍNEZ, André. “Oportunidades y retos para potenciar el liderazgo femenino en la región CID”. *Nota técnica del Banco Interamericano de Desarrollo* 2146 (2021).
- MELLO, Janine y Danusa MARQUES. *Elementos para uma tipologia da atuação estatal: visões do Estado sobre as mulheres e políticas públicas nos Brasil. Texto para discussão*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea, 2019.
- OLIVEIRA PETER DA SILVA, Christine y Talita FERREIRA GUINDANI. “Os direitos fundamentais das mulheres na Constituição de 1988”. En *Constitucionalismo feminista*, editado por Christine OLIVEIRA PETER DA SILVA, Estefânia Maria DE QUEIROZ BARBOZA y Melina GIRARDI FACHIN, 309-335. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- OLIVEIRA PETER DA SILVA, Christine y Carolina FREITAS GOMIDE. “Constitucionalistas Constituintes: uma agenda para o Brasil”. En *Constitucionalismo feminista: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero*, editado por Christine Oliveira PETER DA SILVA, Estefânia Maria DE QUEIROZ BARBOZA y Melina GIRARDI FACHIN, 17-55. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- PEGORARO, Lucio y Justin O. FROSINI. “Constitutional courts in Latin America: A testing ground for new parameters of classification?”. *Journal of Comparative Law* 3, n.º 39 (2008): 39-63.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Volume I: *Defesa das Liberdades Civis (1891-1898)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- SAMPERE, Eva Marínez. “Ciudadanía democrática, voluntad política y Estado social”. En *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*, 445-451. Valencia: Corts Valencianes, 2014.
- SCHWARZ, Lilia Moritz. *O Espetáculo das Raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil - 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

- SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. “Pasta do STF. Legislação”. Acesso el 22 de abril de 2021. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaSTF&pagina=Legislacao>.
- UNIÃO EUROPEA. Parlamento Europeo. *Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions Across the EU*. Bruselas: Parlamento Europeo, 2017.
- URTADO, Daniela y Danielle Anne PAMPLONA. “A última Constituinte Brasileira, as bravas mulheres e suas conquistas”. En *Constitucionalismo feminista*, editado por Christine OLIVEIRA PETER DA SILVA, Estefânia Maria DE QUEIROZ BARBOZA y Melina GIRARDI FACHIN, 53-67. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- VICIANO PASTOR, Roberto y Rubén MARTÍNEZ DALMAU. “Mujeres y constitucionalismo transformador en América Latina”. En *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*, 431-441. Valencia: Corts Valencianes, 2014.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Legislación y jurisprudencia

- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n.º 255 de 04 de setembro de 2018, institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. *Diário da Justiça eletrônico*, n.º 167 de 05 de setembro de 2018.
- CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL, de 25 de março de 1824. Coleção de Leis do Império do Brasil, 1824, vol. 1.
- CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. *Government Gazette*, 18 de diciembre de 1996.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. *Diário Oficial da União*, 5 de octubre de 1988.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. *Diário Oficial da União*, 24 de febrero de 1891.
- DECRETO 848 DE 11 DE OUTUBRO DE 1890. Organiza a Justiça Federal. Coleção de Leis do Brasil de 1890.
- LEI COMPLEMENTAR 73, DE 10 DE FEVEREIRO DE 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 11 de febrero de 1993.

Wilson Engelmann* (Brasil)
Hérica Cristina Paes Nascimento** (Brasil)
Patrícia da Silveira Oliveira*** (Brasil)

A desigualdade de gênero frente às possibilidades e desafios trazidos pela Quarta Revolução Industrial

RESUMO

Este artigo abordará as relações entre as tecnologias que se encontram no panorama da Quarta Revolução Industrial e as possibilidades de ajudar a reduzir as discriminações relativas à questão de gênero. O problema: sob quais condições os avanços tecnológicos, que estruturam essa Revolução, poderão contribuir para mitigar a discriminação de gênero que ainda persiste na sociedade global? O objetivo: estudar as condições de possibilidades trazidas pelos avanços tecnológicos, estruturantes dessa Revolução, no sentido de contribuir para mitigar a discriminação de gênero que ainda persiste na sociedade global. Com a pesquisa bibliográfica, documental e dados de pesquisas empíricas, demonstra-se que existe a dificuldade de as mulheres se posicionarem nas organizações nas mesmas condições dos homens. Como conclusão: é possível realizar a inclusão digital e enfrentar as questões de discriminação em razão do gênero, trazendo diversas iniciativas, por meio da ciência, de empoderar o público feminino, aproximando-o dos efetivos benefícios da referida Revolução.

Palavras-chave: Desigualdade de gênero; inclusão digital; dignidade da pessoa humana.

* Professor e pesquisador da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Brasil; Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq/Brasil; wengelmann@unisinos.br / código orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0012-3559>.

** Mestranda do Programa de Pós-Graduação – Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Brasil; hericacpnascimento@gmail.com / código orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8890-9064>.

*** Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Brasil; Bolsista Capes/Proex, patricia.ssilveira@hotmail.com / código orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4990-2510>.

Gender inequality in the face of the possibilities and challenges brought about by the Fourth Industrial Revolution

ABSTRACT:

This article addresses the relationships between the technologies found in the context of the Fourth Industrial Revolution and the possibilities of helping to reduce gender-based discrimination. The problem: under which conditions will the technological advances that structure this Revolution contribute to alleviating the gender discrimination that still persists in global society? The objective: to study the conditions of the possibilities brought about by technological advances, which underlie this Revolution, in order to contribute to mitigating the gender discrimination that still persists in global society. Through bibliographical and documentary research, and data taken from empirical research, it is proven that it is difficult for women to position themselves in organizations under the same conditions as men. In conclusion: it is possible to carry out digital inclusion and face the issues of gender-based discrimination by introducing, through science, diverse initiatives to empower the female audience, bringing them closer to the actual benefits of the aforementioned Revolution.

Keywords: Gender inequality; digital inclusion; dignity of the human person.

Die Geschlechterungleichheit angesichts der Chancen und Herausforderungen der Vierten Industriellen Revolution

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit dem Zusammenhang zwischen den für die Vierte Industrielle Revolution maßgeblichen Technologien, und den Möglichkeiten, damit einen Beitrag zum Abbau geschlechtsbezogener Diskriminierungen zu leisten. Problemstellung: Unter welchen Bedingungen können die technologischen Fortschritte, die diese Revolution strukturieren, zum Abbau der in der globalen Gesellschaft weiterhin bestehenden geschlechtsspezifischen Diskriminierungen beitragen? Absicht: Untersuchung der Möglichkeiten zur Reduzierung der in der globalen Gesellschaft fortbestehenden geschlechtsbezogenen Diskriminierungen auf der Grundlage der technologischen Fortschritte, die mit dieser Revolution einhergehen. Anhand einer Auswertung der Fachliteratur und mithilfe der aus empirischen Untersuchungen gewonnenen Angaben wird dargelegt, dass Frauen Schwierigkeiten dabei haben, sich in Organisationen zu den gleichen Bedingungen wie Männer zu positionieren. Schlussfolgerung: Es ist möglich, die digitale Inklusion umzusetzen und dem Problem der geschlechtsbezogenen Diskriminierung zu begegnen, indem auf wissenschaftlicher Grundlage unterschiedliche Initiativen zur Stärkung von Frauen ergriffen werden, die ihnen die Teilhabe an den Vorzügen der genannten Revolution ermöglichen.

Schlagwörter: Geschlechterungleichheit; digitale Inklusion; Würde der menschlichen Person.

Introdução

A “Quarta Revolução Industrial” é um conceito desenvolvido e defendido na obra do economista alemão Klaus Schwab.¹ No âmbito dessa expressão se encontra a convergência de um variado conjunto de tecnologias, como nanotecnologias, inteligência artificial, internet das coisas, dentre outras. O cruzamento dessas tecnologias está permitindo a construção de um mundo não imaginado anteriormente, com velocidade, profundidade e impacto sistêmico muito diferentes do que ocorreu com as Revoluções Industriais anteriores.

Segundo o citado autor: “muitas dessas inovações estão apenas no início, mas já estão chegando a um ponto de inflexão de seu desenvolvimento, pois constroem e amplificam umas às outras, fundindo tecnologias dos mundos físico, digital e biológico”.² Por isso, se poderá dizer que se está em movimento e os desafios e as possibilidades também estão em processo de delimitação. A pergunta norteadora deste artigo é: será que esse conjunto conseguirá resolver os problemas que a humanidade ainda tem na sua vivência social? A partir dessa interrogação, o problema de pesquisa que o artigo pretende enfrentar tem as seguintes características: sob quais condições os avanços tecnológicos, que estruturam a Quarta Revolução Industrial, poderão contribuir para mitigar a discriminação de gênero que ainda persiste na sociedade global? Como hipótese para esse problema se tem: as diversas tecnologias, desde que corretamente compreendidas como resultados da ação inteligente e criativa do ser humano e orientadas para o atendimento de direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, no contexto global do respeito aos direitos humanos, poderão contribuir para que se tenha uma sociedade brasileira e global onde o gênero não seja mais justificativa para considerar que determinada pessoa, apenas por conta de seu sexo, deverá ser considerada menos importante. Vale dizer: se deverá buscar todos os caminhos viabilizados pelo cruzamento das tecnologias para o empoderamento do ser humano, por meio da chamada “inclusão digital”.

Considerando que a Inclusão Digital é integrante da Quarta Revolução Industrial, os processos de automação e uso de sistemas de dados tornaram-se fundamentais. Tornar acessíveis as tecnologias de informação e comunicação em todas as áreas é imprescindível para o exercício da cidadania, onde o motor social se encontra no acesso e na manipulação da informação. O desafio nesta nova era é enfrentar o legado da injustiça que atinge a maioria da população que vive em condições mínimas de cidadania; é nesse contexto que a exclusão digital contribui para outras exclusões já vivenciadas na sociedade. A Inclusão Digital é o grande desafio em tempos de predominância da cultura digital na sociedade. Portanto, este artigo pretende trazer algumas possibilidades para a concretização de alguns traços da utopia que

¹ Klaus Schwab, *A quarta revolução industrial*, trad. por Daniel Moreira Miranda (São Paulo: Edipro, 2016), 14.

² Schwab, *A quarta revolução industrial*, 11.

a sociedade humana vive ainda neste Século XXI. No entanto, apesar de “quase” utópicos, os autores buscaram subsídios e fontes para construir pontes de possibilidades para que se tenha um horizonte de sentido para a referida inclusão e igualização das pessoas, independente da questão de gênero e origem sócio-econômica. Aqui, portanto, a incursão constitucional do tema, à medida em que se sustenta pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O objetivo geral que o artigo pretende desenvolver é: estudar as condições de possibilidades trazidas pelos avanços tecnológicos, estruturantes da Quarta Revolução Industrial, no sentido de contribuir para mitigar a discriminação de gênero que ainda persiste na sociedade global. A partir daí os objetivos específicos que orientam a composição dos capítulos do artigo são os seguintes: a) caracterizar a Quarta Revolução Industrial a partir das contribuições de Klaus Schwab; b) conhecer a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional e de direitos humanos e seus reflexos nas questões relativas ao gênero; c) apresentar os desafios e as possibilidades que a inclusão digital poderá trazer para enfrentar a discriminação baseada em questões de gênero.

Para o desenvolvimento da pesquisa se realizou pesquisa bibliográfica exploratória, com a busca das fontes, principalmente, no Portal de Periódicos da CAPES, além da pesquisa documental.³ Portanto, a seguir se encontrará o artigo propriamente dito, organizado em três capítulos, buscando fundamentar que se poderá utilizar da convergência tecnológica, especialmente da chamada “inclusão digital”, para implementar um fundamento do Estado Democrático de Direito, que é o respeito da igualdade de gênero.

1. A Quarta Revolução Industrial na perspectiva de Klaus Schwab

Precedendo especificamente ao contexto da Quarta Revolução Industrial, Klaus Schwab descreve as características das três revoluções industriais anteriores, que foram predominantemente marcadas pelo desenvolvimento industrial, em comparação com o desenvolvimento tecnológico atualmente vivenciado e ainda ascendente em proporções vertiginosas. Klaus Schwab aborda a Quarta Revolução Industrial como disruptiva, quando comparada às revoluções anteriores, não se comparando com nenhuma outra, mas rompendo com todas elas para criar um desenvolvimento pautado em padrões tecnológicos jamais vistos. A revolução vivenciada nos dias

³ O percurso metodológico foi orientado a partir das seguintes fontes de pesquisa: Wayne C. Booth *et al.*, *The craft of research*, 4 ed. (Chicago: The University of Chicago Press, 2016); Lee Epstein e Andrew D. Martin, *An introduction to empirical legal research*. (Oxford: Oxford University Press, 2014); Maira Rocha Machado, org., *Pesquisar empiricamente o direito* (São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017).

atuais teve início na virada do século XX para o Século XXI, aproximadamente, e se baseia predominantemente na revolução digital. Segundo Schwab, a industrialização atingiu uma quarta fase, que novamente “transformará fundamentalmente a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos”.⁴ Por isso, ela não é definida por um conjunto de tecnologias emergentes em si mesmas, mas representa uma transição em direção a novos sistemas que foram construídos sobre a infraestrutura da revolução digital. Vale dizer: se está vislumbrando uma efetiva convergência de diversas tecnologias, interconectadas pelas tecnologias digitais, como nanotecnologias, robôs, drones, cidades inteligentes, inteligência artificial, pesquisas sobre o cérebro. Ao permitir “fábricas inteligentes”, a nova revolução cria um mundo onde os sistemas físicos e virtuais de fabricação cooperam de forma global e flexível, permitindo dessa forma a total personalização de produtos e a criação de novos modelos operacionais. Na indústria, a tendência é por uma cadeia produtiva totalmente conectada, a chamada manufatura avançada, na qual os processos são adaptáveis às necessidades de produção, os recursos são usados com maior eficiência (usando menos energia) e os produtos serão customizados de acordo com a necessidade do cliente.⁵

A visão, na qual novas descobertas ocorrem concomitantemente, em áreas que vão desde o “sequenciamento genético até a nanotecnologia, das energias renováveis à computação quântica, é ampliada”. A diferença desta revolução industrial das anteriores é a “fusão dessas tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos”.⁶ Aqui, portanto, a conceituação da convergência tecnológica.

De acordo com o economista alemão, a Quarta Revolução Industrial traz imensos benefícios e, proporcionalmente, grandes desafios. Um deles é a desigualdade social, já que “na maioria, somos consumidores e produtores; dessa forma, a inovação e a ruptura afetarão nossos padrões de vida e bem-estar, tanto de forma positiva quanto negativa”.⁷ O grande risco é que as diferenças entre as classes sociais e as variadas formas de discriminação apresentem novas formas mais sofisticadas. Por isso, os autores deste artigo pretendem discutir se as desigualdades de gênero poderão ser enfrentadas e mitigadas por meio das vantagens trazidas pela referida convergência tecnológica. “Todas essas mudanças que afetam os sistemas econômicos, sociais e políticos são fundamentais e difíceis, mesmo que o processo da própria globalização seja revertido de alguma forma. Faz parte da responsabilidade dos consumidores e produtores realizarem as alterações que vão fazer que a Quarta Revolução Industrial seja uma oportunidade para todos”.⁸ Entretanto, não apenas as questões relativas ao

⁴ Schwab, *A quarta revolução industrial*, 11-16.

⁵ Schwab, *A quarta revolução industrial*, 16.

⁶ Andrew D. Maynard, “Navigatin the fourth industrial revolution”, *Nature Nanotechnology*, n.º 10 (2015): 1005-1006.

⁷ Maynard, “Navigatin the fourth industrial revolution”, 20.

⁸ Klaus Schwab, “The fourth industrial revolution: What it means, how to respond”, World Economic Forum, 14 de janeiro de 2016. <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/>.

consumo devem ter destaque no contexto da Quarta Revolução Industrial quando são abordados assuntos relativos à interação do ser humano com questões tecnológicas. Merece igual enfoque, senão maior, a análise acerca dos indicadores socioeconômicos frente a essa revolução digital.

1.1. Tendências tecnológicas e questões sociais

Todas as inovações e tecnologias têm uma característica em comum: elas aproveitam a capacidade de disseminação da digitalização e da tecnologia da informação. Com isso, Schwab identifica as megatendências da atualidade e relata a enorme quantidade de impulsionadores tecnológicos da Quarta Revolução Industrial dividida em três categorias: a física, a digital e a biológica. Para Klaus Schwab, todas as três estão profundamente inter-relacionadas e as tecnologias beneficiam-se umas das outras com base em descobertas e progressos realizados por cada uma delas.⁹

Na categoria física, Schwab destaca a existência de manifestações físicas das megatendências tecnológicas, facilitadoras de visualização face a sua natureza tangível: veículos autônomos, impressão em 3D, robótica avançada e novos materiais. Já sobre a robótica avançada observa-se que o uso de robôs estava limitado às tarefas rigidamente controladas por determinados ramos de indústrias, citando a automotiva, como exemplo. No entanto, os robôs são cada vez mais utilizados em todos os setores e para uma ampla gama de tarefas. Em breve, o rápido progresso da robótica irá transformar a colaboração entre seres humanos e máquinas numa realidade cotidiana.¹⁰

Em relação aos novos materiais, como megatendência física, Schwab informa que eles estão chegando ao mercado e em geral são mais leves, fortes, recicláveis e adaptáveis. Nesta categoria a internet das coisas é tida como uma das principais pontes entre as aplicações físicas e digitais. Schwab afirma que “Os maiores desafios em relação ao desenvolvimento de normas sociais e regulamentações adequadas estão no domínio biológico”. Nos últimos anos inúmeros progressos foram alcançados na redução dos custos e aumento da facilidade do sequenciamento genético e, ultimamente, na ativação ou edição dos genes. Para que o projeto do genoma humano fosse completado houve a espera de dez anos, a um custo de US\$ 2,7 bilhões; já na atualidade um genoma pode ser sequenciado em poucas horas e por menos de mil dólares”. Em observação o autor menciona que o passo seguinte é o da biologia sintética, uma vez que ela “oferecerá a capacidade de criar organismos personalizados, escrevendo o DNA deles”.¹¹ No domínio biológico estão os grandes desafios, tanto

⁹ Apud Schwab, *A quarta revolução industrial*, 23.

¹⁰ Robert D. Atkinson, “Shaping structural change in an era of new technology”, em *Work in the digital age: challenges of the Fourth Industrial Revolution*, ed. por Max Neufeind, Jacqueline O'Reilly e Florian Ranft (New York: Rowman & Littlefield International, 2018), 107-108.

¹¹ Apud Schwab, *A quarta revolução industrial*, 29.

para o desenvolvimento de normas sociais quanto para regulamentações apropriadas. Em relação à genética, frise-se que os avanços tecnológicos foram decisivos para facilitar a manipulação com precisão do genoma humano de embriões viáveis, o que, por consequência, poderá gerar bebês projetados com características próprias, ou resistentes a alguma doença. Portanto, já se deixa ao leitor uma pergunta: será que todas as possibilidades trazidas pela conjugação tecnológica deverão ser desenvolvidas e trazidas ao mercado consumidor?

1.2. O contexto da Quarta Revolução Industrial e seus efeitos de inclusão no meio digital

Diante de todas estas inovações e avanços, ainda precisam ser superados os desafios sociais, médicos, éticos e psicológicos, que por serem relevantes precisam ser debatidos ou resolvidos.¹² Contudo, todo esse progresso tecnológico, biológico, físico e digital ainda se mostra muito distante de uma realização prática que alcance as populações socialmente menos favorecidas: integram um grupo de pessoas economicamente desfavorecidas ou se localizam em grupos excluídos tradicionalmente, ou, pior ainda, porque compõem essas duas formas de exclusão social. Isso gera uma modalidade nova de exclusão, a digital, que afasta do mercado de trabalho essas populações que, antes mesmo de vencerem barreiras tradicionalmente impostas (discriminação racial, de preferência sexual, de condição econômica e de gênero, por exemplo), se veem diante de uma nova e quase intransponível barreira, a da tecnologia, seja do ponto de vista da qualificação para operá-la, seja do ponto de vista de ser beneficiário de todos os seus resultados.¹³

Se posicionando frente a esses aspectos, Klaus Schwab defende a ação conjunta e rápida para renovar os aspectos da sociedade e da economia, desde a educação até os contratos sociais e condições de trabalho, convidando todos os países a se engajarem nesta participação, bem como as indústrias, sejam elas de petróleo ou de tecnologia, com o envolvimento do setor privado em todas as etapas desse processo de mudança.¹⁴ Esse movimento será melhor promovido com o enfrentamento de diversos desafios, dentre eles a redução das emissões de carbono e resíduos, e a promoção de locais de trabalho mais inclusivos e diversificados dentro das organizações, de modo a reduzir a desigualdade e promover o bem-estar nas empresas e

¹² Schwab, *The fourth industrial revolution*.

¹³ Leonardo Figueiredo Costa, “Novas tecnologias e inclusão digital: criação de um modelo de análise”, em *Inclusão digital: polêmica contemporânea*, org. por Maria Helena Silveira Bonilla e Nelson De Luca Pretto (Salvador: Edufba, 2011), 111. <http://books.scielo.org/id/qfgmr/pdf/bonilla-9788523212063-07.pdf>.

¹⁴ Gayle Markovitz e Samantha Sault, “What changes to industry and society will 2021 bring? Here’s what business leaders say”, World Economic Forum, 24 de janeiro de 2021. <https://www.weforum.org/agenda/2021/01/davos-agenda-2021-better-business-future-of-work-executives-diversity-inclusion-sustainability-strategic-partners/>.

cadeias de abastecimento. Com isso é possível gerar valor fazendo muito mais com muito menos, permitindo uma maior produtividade ao construir comunidades e locais de trabalho mais justos e satisfeitos com as necessidades sociais.

A Quarta Revolução Industrial e seu potencial impacto são analisados por Schwab no âmbito da economia e dos negócios, nos governos e países (territórios locais e globais), bem como na sociedade e nos indivíduos. Segundo Schwab o empoderamento será um dos maiores impactos em todas as áreas como é a relação das lideranças, desde governos, empresas e superpotências com os seus cidadãos. Cesar Sanson, inspirado na obra de Schwab, explica que a próxima geração de líderes comerciais bem-sucedidos dependerá do aprendizado contínuo e da adaptação e desafios aos seus próprios métodos conceituais e operacionais de sucesso; do pensamento obrigatório, por parte das empresas, em um funcionamento prático *off-line* e *on-line-parcerias*; e do consumo de serviços e não mais de produtos.

Já em relação aos desafios para as empresas, menciona que fatores tipo “Hierarquias flexíveis, novas formas de medir e recompensar o desempenho, novas estratégias para atrair e reter os talentos competentes” serão decisivos para o sucesso organizacional. Com isso as empresas que adotarem modelos mais colaborativos em rede, combinando as dimensões digitais, físicas e biológicas, serão mais bem-sucedidas.¹⁵ No âmbito da sociedade tem ocorrido a limitação para determinados mercados de trabalho, uma vez que o aumento da desigualdade está mais suscetível.¹⁶ Em reflexão, o autor com veemência diz acreditar que se a “nova era tecnológica for criada de forma ágil e responsável, um novo renascimento cultural surgirá, permitindo, assim, a sensação de pertencimento a algo muito superior a si próprio, uma verdadeira civilização global.”¹⁷ Portanto, aqui se tem o primeiro cenário trazido pelo tema do artigo: compatibilizar a convergência tecnológica e a inclusão de pessoas e grupos, reduzindo as desigualdades; no caso do artigo: o enfrentamento das dificuldades de se implementar o princípio constitucional da igualdade em relação ao gênero. Esse princípio é o elemento estruturante da dignidade da pessoa humana, conforme se verá a seguir.

2. Princípio da dignidade da pessoa humana e a igualdade de gênero

Após as tragédias vivenciadas pelo mundo com a Segunda Guerra Mundial as principais Nações, com a finalidade de resgatar os valores humanos, aprovaram em 1945

¹⁵ César Sanson, “Quarta revolução industrial. Revolução 4.0”, *IHU – Instituto Humanitas Unisinos*, 2017.

¹⁶ Klaus Schwab, *Aplicando a quarta revolução industrial*, trad. por Daniel Moreira Miranda (São Paulo: Edipro, 2018).

¹⁷ Schwab, *Aplicando a quarta revolução industrial*.

a Carta das Nações Unidas, criando assim a Organização das Nações Unidas. Dentre os principais objetivos firmados na referida Carta estão a previsão de manutenção da paz e o respeito à igualdade de direitos e às liberdades fundamentais de todos, sem qualquer distinção, inclusive de sexo.¹⁸ Tais princípios, presentes também na Declaração Universal dos Direitos Humanos, possuem a finalidade de juntos promoverem a paz, pacificando os povos através da extinção das diferenças existentes entre os seres humanos, seja em razão da cor, da condição econômica, da língua, da religião, da opinião política ou do sexo.

E a forma de se alcançar a paz por meio dos preceitos inclusivos promovidos pela Organização das Nações Unidas é o engajamento de todos os atores sociais e globais na promoção da dignidade da pessoa humana. É essa, em última análise, a função dos direitos fundamentais: nas relações sociais, nas relações de trabalho, nas relações empresariais um reflexo perfeito da dignidade da pessoa humana impresso.

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e o amplo acesso aos bens da vida, prescritos na Carta Magna de 1988, são ferramentas importantes face às mudanças que assolam a sociedade diante dessa nova configuração vivenciada pelas tecnologias digitais. Assim, reconhecendo que todos os direitos do homem derivam da dignidade e do valor inerente à pessoa humana, e que a pessoa humana é o tema central dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, deve este, portanto, ser o seu principal beneficiário e participar ativamente na concretização de tais direitos e liberdades, ainda que num contexto disruptivo. Se destaca que a disrupção promovida pela Quarta Revolução Industrial rompeu com todo um sistema de produção, de consumo e de comunicação antes estabelecido, mas não rompeu, e nem poderia, com os valores sociais e humanos que devem utilizar de tal progresso tecnológico para se fazerem cada vez mais presentes e estabelecidos na vida dos indivíduos.¹⁹

O reconhecimento na seara internacional da importância de todas as nações, incluídos seus entes públicos e privados, se engajarem para desenvolver a igualdade de gênero se concretizou com a instituição da Agenda 2030²⁰ que estabelece metas para o alcance total dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) no mundo. A Agenda 2030 traz no ODS n.º 5 a necessidade de se alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas para, dentre outros, garantir a participação plena e efetiva delas à igualdade de oportunidades para a liderança

¹⁸ Decreto-lei 19.884/1945, de 22 de outubro, promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm.

¹⁹ Schwab, *Aplicando a quarta revolução industrial*, 88.

²⁰ A Agenda 2030 é composta por 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, que enumeram 169 metas universais, cujo progresso é monitorado por 232 indicadores globais.

em todos os níveis de tomada de decisão, seja na seara política, na seara pública ou na seara econômica.²¹

As Nações Unidas publicaram um posicionamento, em julho de 2018, a respeito de como estão os direitos humanos das mulheres no Brasil.²² O estudo aborda diversos fatores de medição, bem como legislações criadas para promoção da igualdade da mulher; existência ou não de empoderamento econômico, político e de representatividade feminino; educação inclusiva e equitativa, e enfrentamento da violência dentre outros. Apesar de historicamente ter-se firmado a falsa ideia de que o trabalho feminino se constituía em mero complemento ao trabalho masculino e que, portanto, teria menos valor, e apesar dos esforços envidados para desmistificar essa premissa e mudar essa realidade, a desigualdade de remuneração entre homens e mulheres ainda é uma realidade mundial, não ficando o Brasil de fora dela.²³

É, portanto, o princípio à dignidade da pessoa humana um alicerce fundante de um Estado Democrático de Direito, garantidor ao atendimento dos elementos que visem proporcionar uma vida digna à população menos favorecida, ainda que por critérios de gênero. A Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, inciso III, faz constar a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República, ou seja, um postulado central do ordenamento pátrio; um fundamento axiológico sobre o qual está construído o Estado Democrático de Direito.²⁴ A dignidade humana deve ser vislumbrada como um princípio tipicamente jurídico e revestido de normatividade, pois além de ser um valor moral, pelo dever do poder público de respeitá-la, trata-se de um valor moral inerente à pessoa. Aqui se deverá trazer o caráter deôntico que os princípios têm na sua classificação como uma espécie do gênero “norma jurídica”. Portanto, apesar de se ter o “princípio da dignidade da pessoa humana”, não quer dizer algo de valor jurídico menor. Pelo contrário, a partir da classificação mencionada, o princípio deveria ser respeitado como se fosse uma regra.

Por outro lado, pelo fato de a dignidade da pessoa encontrar-se ligada à condição humana de cada indivíduo, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária (social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos iguais em dignidade e direitos (na iluminada fórmula da Declaração Universal de 1948) e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade ou grupo. O

²¹ Nações Unidas no Brasil, “Objetivos de desenvolvimento sustentável”, Brasília, 2018. <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/5>.

²² Nações Unidas no Brasil, “Direitos humanos das mulheres”. Brasília, 2018. <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-07/Position-Paper-Direitos-Humanos-das-Mulheres.pdf>.

²³ Nações Unidas no Brasil, *Direitos humanos das mulheres*, 2018. <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-07/Position-Paper-Direitos-Humanos-das-Mulheres.pdf>.

²⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 10 de outubro. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

próprio Kant – ao menos assim nos parece – sempre afirmou (ou, pelo menos sugeriu) o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando inclusive a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos.²⁵

Ainda no mesmo sentido, o art. 170 da Constituição, inserido no Título que trata da Ordem Econômica e Financeira, dispõe que dentre os princípios gerais da atividade econômica cabe à República Federativa do Brasil “assegurar a todos uma existência digna”. Ou seja, até mesmo a realização das atividades econômicas e financeiras, públicas e privadas, devem observar o princípio da dignidade, corroborando o fundamento fixado no art. 1º, inciso III.

O processo para a Inclusão Digital passa, em geral, pela disponibilização e capacitação no uso de ferramentas como a internet, e-mail, mídias e aplicativos e acessibilidade para todos. Nesse sentido, são três os requisitos básicos para Inclusão Digital: ter um computador, internet e domínio sobre as ferramentas. O acesso a computadores (acesso físico à máquina, que pode ser local – salas de acesso, escolas de informática - e/ou móvel/temporário – ônibus, vans); e o acesso à internet (conectividade, que também pode ser local – discada, cabo - e/ou móvel – Wi-Fi).²⁶

Conforme dados do IBGE, analisados pela Teleco, é incontestável que apesar de haver milhares de cidadãos com acesso à internet, também existem milhares que não o possuem. Em 2015, 57,5% da população foi considerada usuária dos serviços de internet, ao passo que a população que se enquadra no percentual restante não é considerada usuária desses serviços.²⁷

Diante do cenário de exclusão digital em muitos países, principalmente no Brasil, é necessário assegurar o acesso às camadas socialmente excluídas para que haja o desenvolvimento cultural e sócio econômico das pessoas. Portanto, é imperativa a aplicação do princípio da dignidade humana na nova era tecnológica como proteção aos direitos da parcela da sociedade excluída e desprovida de acesso às possibilidades digitais e aos seus conhecimentos.

2.1. Consequências da inclusão e da diversidade de gênero nos negócios

A diversidade na força do trabalho dentro de uma organização promove um ambiente de maior e melhor superação de crises no enfrentamento de problemas

²⁵ Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015).

²⁶ Costa, *Novas tecnologias e inclusão digital*, 110-123.

²⁷ Alan José de Oliveira Teixeira, “Direito à inclusão digital no Brasil: um objetivo sustentável”, *Revista do CEPEJ*, n.º 21 (2019): 20-50. <https://aratupe.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view-File/34510/19942>.

institucionais, além de se refletir em maiores ganhos financeiros,²⁸ é o que revela um estudo²⁹ realizado no ano de 2015 pela McKinsey & Company,³⁰ que verificou um aumento do lucro em 3,5% para cada 10% de aumento na diversidade de gênero em equipes de executivos seniores no Reino Unido, por exemplo, tendo representado ao todo nas empresas pesquisadas um aumento de 15% na probabilidade de retornos financeiros acima da média da indústria nacional; daí concluiu-se que o desempenho desigual em empresas no mesmo setor e no mesmo país é refletido na diversidade, como um diferencial competitivo, situação que transfere a participação de mercado para empresas mais diversificadas.³¹

O mesmo relatório apurou que as mulheres continuam sub-representadas no topo das corporações em todo o mundo, representando, em média, apenas 16% dos membros das equipes executivas nos Estados Unidos, 12% no Reino Unido e 6% no Brasil. Com isso, os analistas acreditam que, dados os retornos mais altos que a diversidade deve trazer ao longo dos anos, o melhor é investir agora em uma maior diversidade dentro das organizações, situação que fará com que as empresas diversificadas que já experimentam desse ganho continuem crescendo, a despeito das que ainda resistem a essa mudança.³² Contudo, o progresso nas iniciativas de diversificação é um processo lento que requer uma liderança forte, sustentada e inclusiva, e muitas companhias ainda estão incertas quanto à eficácia da inclusão deste fator para o alcance de seus objetivos e criação de valor.³³

Apesar disso, em outro relatório publicado pela McKinsey & Company em 18 de janeiro de 2018, intitulado *Delivering through Diversity*, restou reafirmada a relevância global de aderência e manutenção do vínculo entre as empresas e a diversidade como um fator de aumento no desempenho financeiro.³⁴

O mencionado relatório de 2015 se baseou no estudo de 366 empresas públicas em setores variados no Canadá, América Latina, Reino Unido e Estados Unidos,³⁵ enquanto que o relatório de 2018 analisou mais de 1.000 empresas em 12 países (Estados Unidos, Reino Unido, Alemanha, França, Brasil, México, Japão, Índia,

²⁸ Diana Ellsworth, Drew Goldstein e Bill Schaninger, "Inclusion doesn't happen by accident: measuring inclusion in a way that matters", *McKinsey & Company*, 16 de fevereiro de 2021. <https://www.mckinsey.com/business-functions/organization/our-insights/the-organization-blog/inclusion-doesnt-happen-by-accident-measuring-inclusion-in-a-way-that-matters#>.

²⁹ Relatório intitulado *Diversity Matters*, publicado em 1 de janeiro de 2015.

³⁰ Empresa americana reconhecida como líder mundial no mercado de consultoria empresarial.

³¹ Vivian Hunt, Dennis Layton e Sara Prince, "Why diversity matters", *McKinsey & Company*, 1 de janeiro de 2015. <https://www.mckinsey.com/business-functions/organization/our-insights/why-diversity-matters>.

³² Hunt, Layton e Prince, "Why diversity matters".

³³ Vivian Hunt *et al.*, "Delivering through diversity", *McKinsey & Company*, 18 de janeiro de 2018. <https://www.mckinsey.com/business-functions/organization/our-insights/delivering-through-diversity#>.

³⁴ Hunt *et al.*, "Delivering through diversity".

³⁵ Hunt, Layton e Prince, "Why diversity matters".

Austrália, Cingapura, África do Sul e Nigéria),³⁶ medindo não apenas a lucratividade das empresas, mas a criação de valor, chamado de lucro econômico.

O relatório de 2018 demonstra que, dentre as empresas analisadas, as australianas lideram o ranking de maior participação de mulheres em cargos executivos (21%), sendo que a participação nos Estados Unidos é de 19% e no Reino Unido é de 15%.³⁷

Relativamente a dados gerais, enquanto no relatório de 2015 se apurou que empresas aderentes à diversidade de gênero em suas equipes executivas tinham 15% mais probabilidade de obter lucratividade que empresas não aderentes, o relatório de 2018 apurou um aumento nesse percentual para 21%, dado estatisticamente significativo para comprovar que a diversidade de gênero está relacionada não só à lucratividade, mas também à geração de valor para a organização, isso porque também se constatou que as empresas com diversidade de gênero tinham uma probabilidade de superar suas concorrentes em 27% no quesito criação de valor de longo prazo nas medições da margem de lucro econômico.³⁸

Essa correlação de geração de valor e lucro, com o aumento da diversidade dentro das empresas, se dá pela constatação de empresas mais diversificadas por serem mais capazes de atrair melhores talentos, encontrados em ambos os gêneros, o que promove uma melhor orientação para o cliente naquilo em que é demandado.

Além disso, alguns fatores também são pontuados como eficazes para o desenvolvimento de estratégias de inclusão e diversidade de gênero, e adotados, inclusive, pelas empresas inclusivas pesquisadas: o reconhecimento de que o compromisso com essa cultura deve vir dos mais altos cargos da organização e de forma pública; priorizar a inclusão e a diversidade com base em impulsionadores de estratégia de crescimento do negócio, investindo em pesquisas internas que fundamentam a tomada de decisão mais pontual e o fortalecimento das capacidades que a diversidade oferece ao negócio; a construção de uma cultura organizacional inclusiva e crescente; reconhecimento da necessidade de adaptação de diferentes abordagens às diferentes partes do negócio, se amoldando aos contextos socioculturais.³⁹

O mais recente relatório da série desta pesquisa foi publicado em 19 de maio de 2020, com o título *Diversity wins: How inclusion matters*, e demonstra que as constatações anteriores a respeito do aumento da lucratividade por meio da diversidade nos negócios continuam sólidas e mais fortalecidas ao longo do tempo. A pesquisa abrangeu mais de 1.000 grandes empresas em 15 países.⁴⁰

³⁶ Apud Hunt *et al.*, “Delivering through diversity”.

³⁷ Hunt *et al.*, “Delivering through diversity”.

³⁸ Hunt *et al.*, “Delivering through diversity”.

³⁹ Hunt *et al.*, “Delivering through diversity”.

⁴⁰ Sundiatu Dixon-Fyle *et al.*, “Diversity wins: How inclusion matters”, *McKinsey & Company*, 19 de maio de 2020. <https://www.mckinsey.com/featured-insights/diversity-and-inclusion/diversity-wins-how-inclusion-matters>.

O novo relatório apurou que as empresas com maior diversidade de gênero em equipes executivas têm 25% mais probabilidade de ter lucratividade acima da média do que as empresas não inclusivas, enquanto que no relatório de 2018 esse percentual foi de 21% e em 2015 de 15%. Para os analistas esse percentual, apesar do aumento não ter sido tão maior comparativamente ao período anterior, ainda é relevante e demonstra a força e subsistência da lucratividade em negócios com maior diversidade de gênero.

Constatou-se que quanto maior a representação, maior a probabilidade de desempenho,⁴¹ contudo mais de um terço das empresas analisadas no respectivo conjunto de dados ainda não têm mulheres em suas equipes executivas. Apesar disso, a pesquisa mostra que a disparidade entre as empresas inclusivas e que ainda não aderiram à diversidade está cada vez maior.

As descobertas feitas destacam que não é importante apenas a inclusão por si mesma, mas também se faz necessária uma análise dos aspectos mais específicos da inclusão, traçando-se estratégias internas que reflitam um maior sentimento de abertura, pertencimento e igualdade dentro da organização, com a criação de ambientes de trabalho caracterizados por uma liderança inclusiva e responsável com a diversidade; promoção da igualdade e justiça de oportunidades com transparência; bem como abertura e isenção de preconceitos e discriminação, enfrentando as micro-agressões com tolerância zero para os comportamentos discriminatórios, de *bullying* e assédio, abrindo canais de acolhimento e avaliação de comportamentos. Portanto, aqui se tem um cenário apontando para grandes espaços em direção aos avanços de inclusão nas pautas dos Estados e das empresas das questões relativas ao gênero.

3. Desigualdade de gênero e a quarta revolução industrial: desafios e possibilidades

As desigualdades sociais, com destaque para a desigualdade de gênero, sempre tiveram espaço na sociedade, a despeito das incontáveis lutas por liberdade de trabalho, voz, visibilidade e igualdade que se têm registrado na história da humanidade. Dentro do contexto promovido pela indústria 4.0, que se posiciona no panorama da Quarta Revolução Industrial, não está sendo diferente, considerando que os comportamentos discriminatórios tendem a se repetir, independentemente da revolução que se esteja vivenciando. A mudança deve ser cultural, de dentro para fora das empresas, com a manutenção de uma política e de uma atitude inclusivas e diversificadas, sempre visando estar em patamares mais e mais elevados nos quesitos igualdade, diversidade e inclusão.

⁴¹ As empresas com mais de 30% de mulheres executivas tinham maior probabilidade de superar empresas em que esse percentual variava de 10 a 30; e estas, por sua vez, tinham maior probabilidade de superar aqueles com ainda menos mulheres, ou nenhuma, em cargos executivos.

3.1. Desafios socioeconômicos causados pela desigualdade de gênero

Em seu artigo “Novas Tecnologias e Inclusão Digital – Criação de um Modelo de Análise”, Leonardo Figueiredo Costa aponta que o surgimento das novas TIC têm ampliado o atual processo de globalização econômica, além de possibilitar situações inusitadas para o desenvolvimento das pessoas e da sociedade como um todo; contudo, existe a preocupação mundial associada às transformações em face da globalização.⁴² Frise-se que o autor faz referência à visão e análises de outros escritores sobre a relevância das novas tecnologias e Inclusão Digital no mundo atual.

As diferenças de renda per capita dos países são os indicadores da vulnerabilidade social vivenciada pelo cidadão em cada território. Nesse sentido, em países com pouco desenvolvimento a renda nacional é insuficiente para a manutenção mínima de cada cidadão. Já em países mais desenvolvidos, onde há renda per capita mais elevada, as desigualdades são compensadas por serviços públicos de qualidade e políticas de transferência de renda. E em países subdesenvolvidos, onde a renda per capita é distribuída com desigualdade, por consequência gerará mais desigualdade.⁴³

O grande desafio na nova revolução tecnológica consiste em enfrentar o legado da injustiça social, ou seja: enfrentar a desigualdade que assola a população desfavorecida, incumbindo-se de conferir-lhe condições mínimas de cidadania. Caso persista a situação, haverá, também, a exclusão digital a ser vivida por essa faixa da população.⁴⁴

Como decorrência do crescimento das TIC, principalmente da internet, em meados dos anos 90 ocorreu o aumento da desigualdade global devido à falta de acesso ao sistema, fato que motivou a economia, em relação à globalização dos mercados, a enfatizar o acesso público às TIC por meio dos telecentros como ensejadores de oportunidades digitais.⁴⁵ Por outro lado, além dos fatores de raça, gênero e idade, a baixa renda é um fator relevante causador da exclusão digital, que atinge, inclusive, os portadores de necessidades especiais.⁴⁶ Sublinha-se uma constatação a partir dos dados coletados: a exclusão social e a exclusão digital caminham juntas. Segundo Amaro, a exclusão social pode implicar privação, falta de recursos ou, de uma forma mais ausência de cidadania, se por esta se entender a participação plena na sociedade, aos diferentes níveis em que esta se organiza e se exprime: ambiental, cultural, econômico, político e social.

Assim, pode-se dizer que a exclusão social se exprime em 6 dimensões principais do cotidiano real dos indivíduos:

⁴² Costa, “Novas tecnologias e inclusão digital”, 110-123.

⁴³ Costa, “Novas tecnologias e inclusão digital”, 109.

⁴⁴ Costa, “Novas tecnologias e inclusão digital”, 110.

⁴⁵ Costa, “Novas tecnologias e inclusão digital”, 111.

⁴⁶ Costa, “Novas tecnologias e inclusão digital”, 111.

a) do **SER**, ou seja: da personalidade, da dignidade e da auto-estima e do auto-reconhecimento individual;

b) do **ESTAR**, ou seja: das redes de pertença social, desde a família, às redes de vizinhança, aos grupos de convívio e de interação social e à sociedade mais geral;

c) do **FAZER**, ou seja: das tarefas realizadas e socialmente reconhecidas, quer sob a forma de emprego remunerado (uma vez que a forma dominante de reconhecimento social assenta na possibilidade de se auferir um rendimento traduzível em poder de compra e em estatuto de consumidor), quer sob a forma de trabalho voluntário não remunerado;

d) do **CRIAR**, ou seja: da capacidade de empreender, de assumir iniciativas, de definir e concretizar projetos, de inventar e criar ações, quaisquer que elas sejam;

e) do **SABER**, ou seja: do acesso à informação (escolar ou não; formal ou informal), necessária à tomada fundamentada de decisões, e da capacidade crítica face à sociedade e ao ambiente envolvente;

f) do **TER**, ou seja: do rendimento, do poder de compra, do acesso a níveis de consumo médios da sociedade, da capacidade aquisitiva (incluindo a capacidade de estabelecer prioridades de aquisição e consumo).⁴⁷

Segundo as dimensões acima denota-se que a exclusão digital está associada à exclusão social. As pessoas que não têm acesso ao básico necessário para viver a dignidade da pessoa humana⁴⁸ dificilmente conseguirão se beneficiar das novas tecnologias.

Pensando nessa situação, vislumbra-se a inclusão digital como facilitadora de outras inclusões, já que o uso de novas tecnologias ocupa papel de destaque na comunicação, informação, educação e em processos produtivos, operações e serviços. O processo para a Inclusão Digital passa, em geral, pela disponibilização e capacitação no uso de ferramentas como a internet, *e-mail*, mídias e aplicativos e acessibilidade para todos, havendo, inclusive, convergência cada vez maior das novas tecnologias, em muitas cidades de países desenvolvidos e em desenvolvimento, com as relações sociais, políticas e econômicas.

A simples vivência em metrópoles coloca as pessoas em meio a novos processos e produtos em que terão que desenvolver capacidades de uso das tecnologias. São formas de acesso e uso das TIC, em que todos estão imersos com a entrada da sociedade na era da informação, tendo ou não alguma formação para tal uso.⁴⁹ Essa imersão se dá:

⁴⁷ Rogério Roque Amaro, "A exclusão social hoje", *Caderno do Ista*, n.º 9 (2010). http://www.triplov.com/ista/cadernos/cad_09/amaro.html.

⁴⁸ Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais* (Rio de Janeiro: Renovar, 2009), 76.

⁴⁹ Costa, "Novas tecnologias e inclusão digital", 112.

através do acesso a alguns dispositivos eletrônicos digitais, como caixas eletrônicas; terminais de autoatendimento; declarações tributárias; urnas eletrônicas; celulares; cartões (crédito com *chips*, débito bancário, alimentação, telefônico, etc.); telemedicina; *gadgets* (aparelhos com alguma utilidade e função prática, tais como câmeras digitais, MP3 *players*, iPods), entre outros.⁵⁰

Acessos estes que estão incorporados na vida cotidiana dos consumidores e são vendidos popularmente.⁵¹ Como elemento crítico da exclusão digital o autor reproduz a citação de Graham⁵² sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação, que:

podem tanto proibir, como aumentar a liberdade e a mobilidade com exemplos onde *softwares* dão prioridade ao acesso de uns, em detrimento de outros, dificultando ou facilitando a inclusão digital espontânea [...] *softwares* que priorizam socialmente o tráfego na internet, nas esperas das chamadas nos *Call Centers*, nas autoestradas e na midiatisação da geografia social através de sistemas geodemográficos. São *softwares* invisíveis e automáticos que passam despercebidos.⁵³

Por serem dotados de tecnologia mais complexa acabam por perpetuar desigualdades. Vale dizer: o avanço das tecnologias que se encontram em convergência não garante nada sobre a inclusão de pessoas e a mitigação das discriminações em relação ao gênero. Será preciso muito mais esforço de incluir; será necessária também a vontade política para que isso ocorra na vida das pessoas.

Inserida no contexto da Indústria 4.0, a inteligência artificial tem sido desenvolvida como ferramenta útil nos processos de escolha, tendo a sua aplicação inserida tanto na seara empresarial quanto nos governos para traçar estratégias de políticas públicas e prestação de benefícios sociais, por exemplo, o que, consequentemente, otimiza a tomada de decisão, deixando-a mais assertiva. “A IA é, por um lado, uma ciência que procura estudar e compreender o fenómeno da inteligência, e, por outro, um ramo da engenharia, na medida em que procura construir instrumentos para apoiar o Homem.”⁵⁴

⁵⁰ Costa, “Novas tecnologias e inclusão digital”, 112.

⁵¹ Costa, “Novas tecnologias e inclusão digital”, 112.

⁵² Costa, “Novas tecnologias e inclusão digital”, 113.

⁵³ Costa, “Novas tecnologias e inclusão digital”, 113.

⁵⁴ Paulo Novais e Pedro Miguel Freitas, *Inteligência artificial e regulação de algoritmos* (Brasília: Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, 2018). <https://antigo.mctic.gov.br/mctic/export/sites/institucional/inovacao/paginas/politicasDigitais/assuntosCiberneticos/Inteligencia-Artificial-e-Regulacao-de-Algoritmos.pdf>.

Contudo, essa não é uma premissa inteiramente verdadeira, até porque a depender de como,⁵⁵ quem⁵⁶ e para qual finalidade um algoritmo é criado, a assertividade da decisão pode não ser tão efetiva, uma vez que pode estar fundamentada em conclusão algorítmica segmentada, não inclusiva e discriminatória.

Considerando que os algoritmos são baseados em dados da realidade e considerando que o preconceito e a discriminação são fatores ainda muito presentes na sociedade, é possível que sejam também transferidos de humanos para máquinas, quando da sua criação e estruturação.⁵⁷ Apesar dos esforços para a melhoria dos indicadores sociais que atestem uma diminuição na discriminação de gênero, essa é uma realidade ainda distante de ser concretizada, pois “A ciência e a prática científica têm sido ao longo dos tempos marcadas pelo sexismo e androcentrismo imperantes na sociedade”,⁵⁸ o que promoveu a exclusão das mulheres de estudarem nas universidades e faculdades pelo menos até o fim do século XIX.⁵⁹

No século atual essa realidade tem sido muito diferente, ao menos do ponto de vista da aceitação da sociedade à inclusão da mulher em sua formação educacional. Em relatório publicado pela OCDE^{60, 61} no ano de 2019 apurou-se que as mulheres brasileiras de 25 a 34 anos têm 34% mais probabilidades de se formar no ensino superior do que os seus pares do sexo masculino; contudo possuem menos chances de conseguir emprego.⁶² O relatório também apurou a dinâmica do mercado de trabalho e concluiu que apesar desse índice favorável à formação de ensino superior das mulheres ser superior ao dos homens, o índice de empregabilidade das mulheres brasileiras de 25 a 34 anos é de 82% daquelas que possuem ensino superior, 63% das que possuem ensino técnico e 45% entre as mulheres que não possuem essa capacitação. Comparativamente, para os homens esses índices são mais elevados: 89%

⁵⁵ Qualidade no processo de criação de um algoritmo.

⁵⁶ Muitas pesquisas demonstram que o algoritmo não estaria isento das percepções pessoais de seu idealizador, o que o torna subjetivo e enviesado, com resultados também subjetivos e enviesados.

⁵⁷ Sara Montero, “Los algoritmos y sus sesgos de género, raza o clase: así te perjudican en la búsqueda de trabajo o de ayudas sociales”, *Publico*, 27 março 2021. <https://www.publico.es/ciencias/algoritmos-y-sesgos-genero-raza.html>.

⁵⁸ Hildete Pereira de Melo, “Relações de gênero na educação superior: uma análise do programa ciências sem fronteiras”, *Revista Interterritórios*, n.º 6 (2018): 2. <https://periodicos.ufpe.br/revistas/interterritorios/article/view/236736>.

⁵⁹ Pereira de Melo, “Relações de gênero na educação superior”, 2.

⁶⁰ *Education at Glance 2019*. A *Education at a Glance* (EAG) é uma publicação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) que reúne estatísticas educacionais do Brasil e mais de 40 países, no âmbito do Programa de Indicadores dos Sistemas Educacionais (INES). É divulgada anualmente, com objetivo de oferecer uma visão geral dos sistemas educacionais dos países participantes, possibilitando a comparação internacional.

⁶¹ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, “Education at a Glance 2019: OECD indicators”, *OECD*, 10 de setembro de 2019. <https://doi.org/10.1787/f8d7880d-en>.

⁶² Paula Adamo Idoeta, “Mulheres são maioria nas universidades brasileiras, mas têm mais dificuldades em encontrar emprego”, *BBC News Brasil*, 10 de setembro de 2019. <https://www.bbc.com/portuguese/geral-49639664>.

dos homens que possuem ensino superior, 76% dos homens que possuem ensino técnico e 76% dos homens que não possuem nenhuma formação superior.

Apesar de os números de mulheres com bolsas de iniciação científica e também das com mestrado e com doutorado serem superiores aos dos homens, as mulheres representam apenas 33% do total de bolsistas de Produtividade em Pesquisa do CNPq. Nas áreas de Ciências Exatas, Engenharias e Computação a desigualdade é maior. Os homens assinam 75% dos artigos nas áreas de Computação e de Matemática. Esse resultado se deve a diversos e múltiplos obstáculos, em especial nas áreas de Ciência, Tecnologia, Engenharia e Matemática, conhecidas pela sigla STEM em inglês (Science, Technology, Engineering and Mathematics), para o acesso, permanência e ascensão de mulheres nas carreiras científicas e tecnológicas.⁶³

Corroborando com esses dados, a Unesco, em estudo publicado em 2018,⁶⁴ estimou que apenas 30% dos cientistas do mundo sejam mulheres, sendo que do total de estudantes matriculados em cursos de Ciência, Tecnologia, Engenharias e Matemáticas apenas 35% são mulheres.⁶⁵ Essa disparidade é refletida de modo ainda mais presente quando da apuração estatística do número de desenvolvedores e programadores da área da ciência da computação que codificam profissionalmente: 91,5% são do gênero masculino.⁶⁶ Assim sendo, ainda há muito por fazer em benefício da inclusão de gênero, dada a predominância do homem nesse panorama aqui retratado. E aqui se deverá dizer que a questão de gênero deverá ser percebida de modo mais amplo, indo além da tradicional divisão entre homens e mulheres. No entanto, esse elemento que agravaria a situação, não será objeto deste artigo.

3.2. Possibilidades para se trazer a inclusão de gênero

O professor Leonardo Figueiredo Costa aborda a importância da “Inclusão Digital Induzida”. Ele afirma que esse tipo de inclusão tem projetos para as tecnologias eletrônicas e as redes de computadores, que são executados por universidades e empresas privadas, além de instituições governamentais e/ou não governamentais.

⁶³ Brasil, Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, “Dia internacional de mulheres e meninas na ciência”, 11 de fevereiro de 2021. <https://www.gov.br/cnpq/pt-br/assuntos/noticias/destaque-em-cti/dia-internacional-de-mulheres-e-meninas-na-ciencia>.

⁶⁴ Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, *Unesco science report: towards 2030* (Paris: Unesco, 2018). <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000235406>.

⁶⁵ Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, “Dia internacional de mulheres e meninas na ciência”.

⁶⁶ Stack Overflow, “Pesquisa anual de desenvolvedores Stack Overflow”, *Stack Overflow*, 2020. <https://insights.stackoverflow.com/survey/2020#developer-roles>.

Os projetos se dividem em três grandes categorias de inclusão: técnica, econômica e cognitiva.⁶⁷

A inclusão digital induzida tem como função a agilidade no manuseio do computador, dos principais *softwares* e do acesso à internet num estímulo do capital técnico. Prioriza, ainda, o acesso aos portadores de necessidades especiais, que precisam de alguma modificação ou adaptação para a utilização das ferramentas.⁶⁸

A problemática estava no acesso ou não acesso à ferramenta, em relação aos que têm ou não a ferramenta, pois devido à diversidade de possibilidades esta acabava por excluir os grupos desfavorecidos. Citando o relatório da Benton Foundation, o referido autor destaca que, “com a crescente privatização e desregulamentação na área de telecomunicações, os investimentos em infraestrutura acabam indo para as áreas economicamente mais interessantes, deixando de lado as vizinhanças mais pobres.”⁶⁹ Continuando, a Benton Foundation aduz:

enquanto os ricos estão saturados de tecnologias, os pobres não têm acesso aos mesmos benefícios, além de manter um ciclo local de pobreza. Seria uma concentração de pobreza e uma desconcentração de oportunidades. Existe um acesso desigual à internet em relação a renda, gênero, raça e localização. Exclusão está acompanhada de outras exclusões (geográfica, social, econômica, tecnológica, física e política). Além disso, mesmo quando os pobres alcançam certa tecnologia, normalmente os ricos já estão em outro processo mais avançado.⁷⁰

Importante elencar as diversas subcategorias técnicas a partir da inclusão induzida de forma técnica, tais como:

o acesso a computadores (acesso físico à máquina, que pode ser local – salas de acesso, escolas de informática - e/ou móvel/temporário – ônibus, vans); e o acesso à internet (conectividade, que também pode ser local – discada, cabo - e/ou móvel – Wi-Fi). Sorj e Schwartz (2005) comparam a criação dos centros públicos de acesso, os chamados telecentros ou infocentros, com a implantação dos orlhões públicos, que davam acesso às camadas da população que não podiam adquirir um telefone particular, mas que não se isolavam do serviço.⁷¹

A referida inclusão induzida precisa, além de equipamentos, como computadores modernos e conectados à rede da Internet, avançar em questões qualitativas, como:

⁶⁷ Costa, “Novas tecnologias e inclusão digital”, 113.

⁶⁸ Costa, “Novas tecnologias e inclusão digital”, 113-114.

⁶⁹ Costa, “Novas tecnologias e inclusão digital”, 114.

⁷⁰ Costa, “Novas tecnologias e inclusão digital”, 113.

⁷¹ Costa, “Novas tecnologias e inclusão digital”, 114.

os cursos básicos em softwares (que lidam com o manejo/utilização de um computador de forma básica, focando a estrutura de determinados programas em utilizações corriqueiras da informática – formatar currículos, mandar e-mails, navegar na web; e os cursos em manutenção (formação de mão de obra para reparos simples na área de informática, como na instalação de computadores e de redes). O treinamento básico em softwares pode ser através de duas plataformas: proprietária (Windows, pacote Office etc.); ou livre (GNU/Linux, pacote Open Office, etc.), informa o professor.⁷²

Ao citar a análise de Wilhelm sobre a inclusão digital induzida relacionada com a questão econômica, Leonardo Figueiredo Costa explica que a inclusão econômica trata da capacidade financeira em adquirir e manter computadores e custeio para acesso à rede e *softwares* básicos. “O discurso sobre a exclusão digital será mais útil se nós pensarmos sobre ele de forma tão ampla quanto são as capacidades que possibilitam uma inclusão mais completa na chamada Nova Economia.”⁷³ A atuação se dá nos capitais técnico, social, cultural e intelectual para custear a aquisição de equipamentos (visam facilitar a aquisição de computadores e *softwares* para a população de baixa renda); e o custeio para o acesso à rede (formas de baratear o custo do acesso à internet, pela via de conexão: telefone; provedor de acesso; internet a cabo; internet a rádio; Wi-Fi; etc.). Economicamente tem a questão da inclusão de micro e pequenas empresas, tanto na utilização das ferramentas e potencialidades das TIC nos seus processos internos, quanto na criação de formas de comércio eletrônico e na relação com o mercado.⁷⁴

Segundo as observações da Anpei:

os serviços e soluções de TIC melhoram a eficiência da cadeia de valor de uma empresa proporcionando comunicações melhores e mais rápidas entre os parceiros comerciais, integrando as transações com as funções logísticas, reduzindo os custos de intermediação. “São alterações diretas na forma de gerir a economia da pequena empresa ou do negócio, são as chamadas “e-economia”, através de assuntos como as TIC na economia informal e o “e-comércio”.⁷⁵

No que diz respeito à inclusão digital induzida trata-se de uma corrente adotada por alguns pesquisadores nos estágios mais avançados das pesquisas em inclusão digital. A inclusão cognitiva possui uma série de subcategorias tais como: cursos avançados em *softwares*/produção de conteúdo; arte eletrônica; formas de participação política; educação a distância; e metarreciclagem. Inicialmente, focava-se

⁷² Costa, “Novas tecnologias e inclusão digital”, 115.

⁷³ Costa, “Novas tecnologias e inclusão digital”.

⁷⁴ Costa, “Novas tecnologias e inclusão digital”, 114.

⁷⁵ Costa, “Novas tecnologias e inclusão digital”, 116.

apenas nos problemas de acesso aos equipamentos, ficando adstritos ao ter ou não ter, vislumbrando a forma do uso em que eram empregados e como poderiam fazer diferença na vida dos indivíduos. Pretende-se mostrar que “a internet pode abarcar muitos “espaços”, conectados e sobrepostos, de entretenimento, informação em geral, comunicação privada e, potencialmente espaço de deliberação pública”. Para Couldry⁷⁶ as políticas públicas de combate à exclusão digital devem ser voltadas às necessidades e capacidades particulares e as questões a respeito da internet devem ser refletidas. E desta observação se extrai o entendimento da autonomia e independência em relação à utilização das Tecnologias da Informação e Comunicação para compreender a sociedade contemporânea. A inclusão cognitiva se torna tão importante quanto o aspecto do uso.

As tecnologias que se localizam na Quarta Revolução Industrial poderão ser as ferramentas para propiciar a inclusão feminina no mercado de trabalho e aos postos de comando das empresas. Abrindo-se possibilidades de capacitação e de percepção das qualidades intelectuais do gênero feminino se estará construindo a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Considerações finais

Diante da pesquisa deste artigo, que demonstra a forte presença da desigualdade de gênero ainda nos dias atuais e das potencialidades que a convergência tecnológica poderá gerar, é de salutar importância a adoção de políticas públicas para vincular essas tecnologias às questões sociais, com destaque para as questões de gênero. Dado o seu poder transformador e disruptivo, as tecnologias provenientes da Quarta Revolução Industrial têm se mostrado efetivas em romper com estruturas tão fortemente idealizadas em momentos históricos anteriores, que muito certamente farão diferença positiva nos padrões sociais discriminatórios. Entretanto, somente se forem utilizadas com esse propósito, de modo a resgatar os princípios humanos da igualdade e da dignidade da pessoa humana, conferindo valor social às classes desfavorecidas por questões de gênero, é que repercutirão positivamente em todos os outros indicadores socioeconômicos. A partir disso, o problema de pesquisa que o artigo pretendeu responder era: sob quais condições os avanços tecnológicos, que estruturam a Quarta Revolução Industrial, poderão contribuir para mitigar a discriminação de gênero que ainda persiste na sociedade global? A seguir se apresentam os elementos que os autores entendem como sendo as condições de possibilidade para se vislumbrar a contribuição das variadas tecnologias, na busca de uma sociedade mais inclusiva, no tocante às questões relativas à discriminação com fundamento no gênero.

⁷⁶ Costa, “Novas tecnologias e inclusão digital”, 117.

Ao lançar um olhar para os dados e índices representativos da grande desigualdade de gênero ainda existente na atualidade, espera-se, não um conformismo estático diante de uma conquista que se mostra quase inalcançável, mas alguma mudança em direção à igualdade, ainda que singela ou conformada às atividades predominantemente realizadas por mulheres. Vale dizer: ainda que as portas não estejam totalmente abertas à inclusão das mulheres que a elas batem, vamos ofertar uma janela, pois o importante é avançar rumo à diversidade e inclusão.

Como aventado desde o introito deste artigo, a revolução digital tem permeado todos os setores da vida, não importando se vida masculina ou feminina. A tecnologia quer espaço para se desenvolver e convida todos para com ela interagirem. Assim, é também notório o desenvolvimento tecnológico em áreas não só da robótica, da inteligência artificial ou da mobilidade urbana: ela também se faz presente na costura, crochê, tricô e outras técnicas que tradicionalmente têm sido do domínio de costureiras e artesãs.⁷⁷ É o que se tem promovido, por exemplo, pela Universidade de Indiana, nos Estados Unidos, como forma de ampliar a participação STEM (relativo à Ciência, Tecnologia, Engenharia e Matemática) nas comunidades jovens com o *e-têxtil*⁷⁸ como uma abordagem alternativa para a educação em computação.⁷⁹ Alto-falantes embutidos em tecidos; equipamentos eletrônicos utilizados para alcançar um efeito estético exclusivo; adaptação de fibras, linhas, tinturas e tecidos para se tornarem condutores capazes de gerar novas formas de computação vestível, dentre outros. Com isso, novas habilidades vão sendo exigidas das profissionais que atuam nesse segmento com a interseção de mídia física e digital, que exigirá delas capacitação em programação e eletrônica que permita compreender a diferença entre materiais condutores e isolantes, finalidade de um capacitor, sensores digitais, microcontroladores costuráveis,⁸⁰ escrita de códigos controláveis,⁸¹ ou outras propriedades físicas de materiais necessárias ao resultado final da peça vestível. Não se trata de sugerir um estilo para aceitação ou não da moda, mas de agregar valor a um material vestível produzido para atingir qualquer finalidade: proteção solar de alto nível para pessoas com problemas de pele, inserção de LEDs em roupas de artistas para alcançar um efeito desejado no público, conferir melhores resultados a atletas

⁷⁷ Kylie Pepler, "STEAM-powered computing education: using E-Textiles to integrate the arts and STEM", *Ieee Computer Society* (2013): 38-43. <https://www.computer.org/csdl/magazine/co/2013/09/mco2013090038/13rRUxoxPP9>.

⁷⁸ Tecidos desenvolvidos para permitir a interação com dispositivos tecnológicos.

⁷⁹ Pepler, "STEAM-powered computing education", 38-43.

⁸⁰ Deborah Ann Fields *et al.*, "Putting making into high school computer science classrooms: promoting equity in teaching and learning with electronic textiles in exploring computer science", *Equity & Excellence in Education* 51, n.º 1 (2018): 21-35. <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10665684.2018.1436998>.

⁸¹ Yasmin B. Kafai, Deborah A. Fields, Kristin Searle, "Electronic textiles as disruptive designs: supporting and challenging maker activities in schools", *Harvard Educational Review* 84, n.º 4 (2014): 352-556. https://www.researchgate.net/publication/277928108_Electronic_Textiles_as_Disruptive_Designs_Supporting_and_Challenging_Maker_Activities_in_Schools.

por meio de roupas que ofereçam maior conforto térmico, tecnologia da computação em jóias ou móveis com design artístico exclusivo, dentre outros. Assim, os *e-têxteis* oferecem um meio atrativo para ampliar a participação de mulheres na computação, engajando seus interesses criativos.⁸² Além disso, as escolas também podem se tornar mais inclusivas com a inserção de disciplinas de capacitação tecnológica voltadas a todos os alunos e alunas, de forma igualitária, suggestionando a criatividade para a geração de códigos utilizados na criação de materiais a serem impressos em impressoras 3D, oportunidade que para ser desenvolvida convida a participação e investimentos de setores públicos e privados, que estariam promovendo a igualdade por meio do acesso amplo, diversificado e representativo das tecnologias a meninos e meninas em idade escolar.⁸³ Daí a importância do empoderamento feminino também às alunas em idade escolar, que começam a vislumbrar de searas ainda fortemente dominadas por seus pares do sexo masculino. Essas são tecnologias da Quarta Revolução Industrial utilizadas como meio de empoderamento de gênero que estão sendo discutidas, testadas e implementadas de forma a promover o empreendedorismo feminino como meio de escapar da pobreza e contribuir para o crescimento econômico,⁸⁴ ao mesmo tempo em que desafia a ordem de gênero para o alcance pleno da igualdade e dignidade da pessoa humana.

Com esses achados da pesquisa bibliográfica e documental se poderá afirmar que a hipótese se confirma integralmente. Sublinhando: as iniciativas encontradas sinalizam que é possível promover a inclusão e o tratamento igualitário em questões relativas ao gênero. Os exemplos citados confirmam a hipótese, pois mostram que é possível compatibilizar o desenvolvimento das tecnologias e a inclusão das pessoas, respeitando as questões relativas ao gênero. O desafio está lançado. O tempo dirá se essa projeção estava correta e se estamos no caminho de um Direito Constitucional mais inclusivo.

Referências

- AMARO, Rogério Roque. “A exclusão social hoje”. *Caderno do Ista*, n.º 9 (2010). http://www.triplov.com/ista/cadernos/cad_09/amaro.html.
- ATKINSON, Robert D. “Shaping structural change in an era of new technology”. Em *Work in the digital age: challenges of the Fourth Industrial Revolution*, editado por Max NEUFEIND, Jacqueline O'REILLY e Florian RANFT. New York: Rowman & Littlefield International, 2018.

⁸² Pepler, “STEAM-powered computing education”, 38-43.

⁸³ Fields *et al.*, “Putting making into high school computer science classroom”, 21-35.

⁸⁴ Irene Kamberidou, “‘Distinguished’ women entrepreneurs in the digital economy and the multi-tasking whirlpool”, *Journal of Innovation and Entrepreneurship* 9, n.º 3 (2020). <https://link.springer.com/article/10.1186/s13731-020-0114-y>.

- BOOTH, Wayne C., Gregory G. COLOMB, Joseph M. WILLIAMS, Joseph BIZUP e William T. FITZGERALD. *The craft of research*, 4 ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2016.
- COSTA, Leonardo Figueiredo. “Novas tecnologias e inclusão digital: criação de um modelo de análise”. Em *Inclusão digital: polêmica contemporânea*, organizado por Maria Helena SILVEIRA BONILLA e Nelson DE LUCA PRETTO. Salvador: Edufba, 2011. <http://books.scielo.org/id/qfgmr/pdf/bonilla-9788523212063-07.pdf>.
- DIXON-FYLE, Sundiatu, Kevin DOLAN, Vivian HUNT e Sara PRINCE. “Diversity wins: how inclusion matters”. *McKinsey & Company*, 19 de maio de 2020. <https://www.mckinsey.com/featured-insights/diversity-and-inclusion/diversity-wins-how-inclusion-matters>.
- ELLSWORTH, Diana, Drew GOLDSTEIN, Bill SCHANINGER. “Inclusion doesn’t happen by accident: Measuring inclusion in a way that matters”. *McKinsey & Company*, 16 de fevereiro de 2021. <https://www.mckinsey.com/business-functions/organization/our-insights/the-organization-blog/inclusion-doesnt-happen-by-accident-measuring-inclusion-in-a-way-that-matters#>.
- EPSTEIN, Lee, Andrew D. MARTIN. *An introduction to empirical legal research*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- FIELDS, Deborah Ann, Yasmin KAFI, Tomoko NAKAJIMA, Joanna GOODE, Jane MARGOLIS. “Putting making into high school computer science classrooms: promoting equity in teaching and learning with electronic textiles in exploring computer science”. *Equity & Excellence in Education* 51, n.º 1 (2018). <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10665684.2018.1436998>.
- HUNT, Vivian, Dennis LAYTON, Sara PRINCE. “Why diversity matters”. *McKinsey & Company*, 1 de janeiro de 2015. <https://www.mckinsey.com/business-functions/organization/our-insights/why-diversity-matters>.
- HUNT, Vivian, Lareina YEE, Sara PRINCE, Dixon-Fyle SUNDIATU. “Delivering through diversity”. *McKinsey & Company*, 18 de janeiro de 2018. <https://www.mckinsey.com/business-functions/organization/our-insights/delivering-through-diversity#>.
- IDOETA, Paulo Adamo. “Mulheres são maioria nas universidades brasileiras, mas têm mais dificuldades em encontrar emprego”. *BBC News Brasil*, 10 de setembro de 2019. <https://www.bbc.com/portuguese/geral-49639664>.
- KAFI, Yasmin B., Kristin SEARLE, Deborah A. FIELDS. “Electronic textiles as disruptive designs: supporting and challenging maker activities in schools”. *Harvard Educational Review* 84, n.º 4 (2014). https://www.researchgate.net/publication/277928108_Electronic_Textiles_as_Disruptive_Designs_Supporting_and_Challenging_Maker_Activities_in_Schools.
- KAMBERIDOU, Irene. “‘Distinguished’ women entrepreneurs in the digital economy and the multitasking whirlpool”. *Journal of Innovation and Entrepreneurship* 9, n.º 3 (2020). <https://link.springer.com/article/10.1186/s13731-020-0114-y>.
- SCHWAB, Klaus. “The fourth industrial revolution: what it means, how to respond”. Cologny, World Economic Forum, 14 de janeiro de 2016. <https://www.weforum>.

[org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/](https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/).

MACHADO, Máira Rocha, org. *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

MARKOVITZ, Gayle, Samantha SAULT. “What changes to industry and society will 2021 bring? Here’s what business leaders say”. World Economic Forum, 24 de janeiro de 2021. <https://www.weforum.org/agenda/2021/01/davos-agenda-2021-better-business-future-of-work-executives-diversity-inclusion-sustainability-strategic-partners/>.

MAYNARD, Andrew D. “Navigating the fourth industrial revolution”. *Nature Nanotechnology*, n.º 10 (2015): 1005-1006.

MELO, Hildete Pereira de. “Relações de gênero na educação superior: uma análise do programa ciências sem fronteiras”. *Revista Interterritórios*, n.º 6 (2018). <https://periodicos.ufpe.br/revistas/interterritorios/article/view/236736>.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÕES. “Dia internacional de mulheres e meninas na ciência”, 11 de fevereiro de 2021. <https://www.gov.br/cnpq/pt-br/assuntos/noticias/destaque-em-cti/dia-internacional-de-mulheres-e-meninas-na-ciencia>.

MONTERO, Sara. “Los algoritmos y sus sesgos de género, raza o clase: así te perjudican en la búsqueda de trabajo o de ayudas sociales”. *Publico*, 27 de março de 2021. <https://www.publico.es/ciencias/algoritmos-y-sesgos-genero-raza.html>.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. “Direitos humanos das mulheres”. Brasília, 2018. <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-07/Position-Paper-Direitos-Humanos-das-Mulheres.pdf>.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. “Objetivos de desenvolvimento sustentável”. Brasília, 2018. <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/5>.

NOVAIS, Paulo e Pedro Miguel FREITAS. *Inteligência artificial e regulação de algoritmos*. Brasília: Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, 2018. <https://antigo.mctic.gov.br/mctic/export/sites/institucional/inovacao/paginas/politicasDigitais/assuntosCiberneticos/Inteligencia-Artificial-e-Regulacao-de-Algoritmos.pdf>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Unesco science report: towards 2030*. Paris: Unesco, 2018. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000235406>.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. “Education at a Glance 2019: OECD indicators”, OECD, 10 de setembro de 2019. <https://doi.org/10.1787/f8d7880d-en>.

PEPPLER, Kylie. “STEAM-powered computing education: using E-Textiles to integrate the arts and STEM”. *Ieee Computer Society* (2013). <https://www.computer.org/csdl/magazine/co/2013/09/mco2013090038/13rUxoxPP9>.

- SANSON, César. “Quarta revolução industrial. Revolução 4.0”, *IHU – Instituto Humanitas Unisinos*, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*, traduzido por Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.
- SCHWAB, Klaus. *Aplicando a quarta revolução industrial*, traduzido por Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2018.
- STACK OVERFLOW. “Pesquisa anual de desenvolvedores Stack Overflow”. Stack Overflow, 2020. <https://insights.stackoverflow.com/survey/2020#developer-roles>.
- TEIXEIRA, Alan José de Oliveira. “Direito à inclusão digital no Brasil: um objetivo sustentável”. *Revista do CEPEJ*, n.º 21 (2019). <https://aratupe.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/viewFile/34510/19942>.

Héctor Alberto Pérez Rivera* (México)

Feminicidio: tipificación y atención. Ejemplo de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho penal nacional

RESUMEN

El concepto de feminicidio surgió inicialmente en el ámbito de la antropología social, para describir el fenómeno creciente de muertes violentas de mujeres en un contexto de impunidad social y de Estado. Fue a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso “Campo Algodonero”, cuando el feminicidio fue incorporado al ámbito jurídico, en primera instancia, al derecho internacional de los derechos humanos, en el cual se desarrollaron los estándares que actualmente regulan este crimen en el derecho penal. El ejercicio de incorporación de los parámetros normativos dictados por el tribunal interamericano se ha realizado en México a partir de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, en la cual se ha debatido sobre las diferencias entre el homicidio y el feminicidio, el bien jurídico tutelado por este delito, los estándares para la investigación y la reparación del daño.

Palabras clave: feminicidio; vida libre de violencia; Caso “Campo Algodonero”.

Femicide: legal description and attention. Example of the incorporation of international human rights law in national criminal law

ABSTRACT

The concept of femicide initially emerged as a concept in the field of social anthropology to describe the growing phenomenon of the violent deaths of women in a context of social and State impunity. It was the decision of the Inter-American Court

* LLM *Magna Cum Laude*, California Western School of Law. Director de la Clínica de Litigio Penal contra violaciones graves de derechos humanos del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM); profesor de Derecho Procesal Penal; director general de la consultoría ACCEDeH. hector.perez.rivera@itam.mx / código orcid: [0000-0003-1687-7571](https://orcid.org/0000-0003-1687-7571).

of Human Rights in the “Cotton Field” case that triggered the incorporation of femicide in the legal sphere, first in international human rights law, in which the standards that currently govern this crime in criminal law were developed. The exercise of incorporating the normative parameters established by the Inter-American Court has been carried out in Mexico through the jurisprudence of the Judicial Branch of the Federation, in which the differences between homicide and femicide, the legal right protected by this crime, the standards for its investigation, and redressing the harm have been debated.

Keywords: femicide; life free of violence; Cotton Field.

Femizid: Typisierung und Bearbeitung. Ein Beispiel für die Übernahme des internationalen Rechts der Menschenrechte in das nationale Strafrecht

ZUSAMMENFASSUNG

Der Straftatbestand des Femizids entstand zunächst als sozialanthropologisches Konzept zur Beschreibung der zunehmenden gewaltsamen Todesfälle von Frauen im Kontext gesellschaftlicher und staatlicher Straflosigkeit. Mit dem Urteil des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall “Campo Algodonero” fand der Femizid Eingang in den Geltungsbereich des Rechts, und zwar zunächst in das internationale Recht der Menschenrechte, wo die strafrechtlichen Normen entwickelt wurden, die zur Zeit bei solchen Verbrechen zur Anwendung kommen. Die Übernahme der vom internationalen Tribunal festgesetzten normativen Parameter erfolgte in Mexiko durch die Rechtsprechung auf Bundesebene, bei der über die folgenden Themen debattiert wurde: die Unterschiede zwischen Tötung (Homizid) und Femizid, das durch den Straftatbestand geschützte Rechtsgut, die für die Ermittlungen geltenden Normen und die Wiedergutmachung für den verursachten Schaden.

Schlagwörter: Feminizid; Leben ohne Gewalt; Campo Algodonero.

Introducción

El feminicidio es la muerte violenta de una mujer por razones de género.¹ La principal razón por la cual es necesario distinguir esta figura delictiva del homicidio es para

¹ La definición más actualizada a nivel internacional sobre el feminicidio se encuentra en la *Declaración sobre el Feminicidio del Comité de Expertas/os* (Mesecvi/CEVI/DEC. 1/08) de 15 de agosto de 2008, punto 2. El Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Mesecvi), que es una metodología de evaluación multilateral sistemática y permanente, fundamentada en un foro de intercambio y cooperación técnica entre los Estados parte de la Convención y un Comité de Expertas, analiza el impacto de la Convención en la región, sus logros en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres, y los desafíos existentes en la implementación de políticas públicas en la materia. Según la definición, el “[feminicidio] es la muerte violenta de mujeres o de personas con identidad de

identificar la violencia extrema cometida en los cuerpos de las mujeres y las niñas, y su origen directo en la desigualdad y discriminación que sufren por el hecho de ser mujeres. El feminicidio constituye la forma más extrema de violencia de género y, por tanto, representa un delito de alto impacto para la sociedad.

Este concepto nació primero en el ámbito de la antropología social y fue incorporado al derecho a raíz de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México del 16 de noviembre de 2009.

Los criterios surgidos en dicha sentencia se han ido desarrollando e incorporando al derecho penal mexicano por medio de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, en particular en la Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en el Amparo en revisión 554/2013 del 15 de marzo de 2015, conocido como el Caso Mariana Lima Buendía.

En este artículo se discutirá cómo influyó la sentencia del tribunal interamericano en la conceptualización y regulación de los casos de feminicidio en México –así como en otros países de la región–, como parte de un diálogo directo con la jurisprudencia mexicana.

Dicho análisis se hará en cuatro partes: el desarrollo del concepto de feminicidio, los elementos dogmáticos que distinguen este crimen del homicidio, los lineamientos que la jurisprudencia dicta para la atención de estos casos por parte de las autoridades estatales y, a partir de estos, cómo se introduce el concepto novedoso de la reparación transformadora.

El objetivo es demostrar que el feminicidio es un delito asociado a violaciones graves de los derechos humanos y, por lo tanto, su desarrollo conceptual y normativo surge del derecho internacional y, posteriormente, se incorpora al derecho penal común.

1. El concepto de feminicidio: de la antropología social al derecho penal

A la muerte de las mujeres por motivos de género y, de manera más precisa, al asesinato de mujeres por razones asociadas con su género, se le nombró primero en inglés como *femicide* y se ha traducido y utilizado en español como feminicidio o femicidio.

Los feminicidios son asesinatos motivados por la misoginia, porque implican el desprecio y el odio hacia las mujeres, así como por el sexismo, pues los varones que

género femenina, por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, en la comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión”.

las asesinas sienten que son superiores a las mujeres y que tienen derecho a terminar con sus vidas o porque suponen que detentan algún tipo de propiedad sobre estas.²

Según definiciones de tipo académico,

... los feminicidios expresan situaciones extremas de violencia contra las mujeres y niñas. Son el extremo de un continuo de terror contra ellas, que incluye diversas formas de humillación, desprecio, maltrato físico y emocional, hostigamiento, abuso sexual, incesto, abandono, terror y la aceptación de que las mujeres y niñas mueran como resultado de actitudes misóginas y de prácticas sociales normalizadas que violentan a las mujeres.³

Es importante precisar que no toda violencia que ocasione la muerte de una mujer puede ser considerada como feminicidio. En efecto, cuando el género de la víctima es irrelevante para quien la asesina, se trata de un asesinato no feminicida, es decir, un homicidio sin razones de género.

El concepto de feminicidio implica el asesinato de mujeres y niñas por cuestiones relacionadas con su género; aunque algunas autoras incluyen, además, el factor de la impunidad del Estado ante estos crímenes, al ser incapaz de garantizar la vida de las mujeres, de actuar con legalidad, hacerla respetar, procurar justicia, así como prevenir y erradicar la violencia que los ocasionó.⁴

En México, el término ha sido acuñado por la doctora Julia Monárrez, quien, al retomar el marco teórico propuesto por Diana Russell, señala:

... el feminicidio implica el análisis de la relación inequitativa entre los géneros; la estructura de poder y el control que tienen los hombres sobre las niñas y mujeres para que ellos dispongan el momento de su muerte; los motivos a los que se recurre para justificar el asesinato; los actos violentos que se ejercen en el cuerpo de la víctima; la relación de parentesco entre la víctima y el victimario; los cambios estructurales que se dan en la sociedad; la falta de investigación y procuración de justicia por parte de los aparatos de impartición de justicia, y la responsabilidad y/o complicidad del Estado.⁵

² Diana Russell, "Definición de feminicidio y conceptos relacionados", en *Feminicidio: una perspectiva global*, ed. por Diana E. Russell y Roberta A. Harmes (México: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006), 73-98.

³ Russell, "Definición de feminicidio y conceptos relacionados".

⁴ Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y Oficina Regional para las Américas y el Caribe de la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres) (Nueva York: ONU Mujeres, 2013), párr. 120, p. 43.

⁵ Julia Monárrez, *Feminicidio sexual sistémico: víctimas y familiares*, Ciudad Juárez, 1993-2004, (México: Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco, División de Ciencias Sociales y Humanidades, Doctorado en Ciencias Sociales, 2005), 91-92.

En ese sentido, el fenómeno del feminicidio tiene al menos tres dimensiones novedosas para el derecho:

- i) Es la motivación de los asesinos, que parece estar relacionada con el sexo de las víctimas y con un odio o desprecio que se manifiesta en conductas extremadamente violentas.
- ii) El clima de zozobra e impunidad creado por el cúmulo de crímenes sin resolver a lo largo de los años.
- iii) La desidia, negligencia y, en ocasiones, evidente mala fe de las autoridades encargadas de investigar los delitos.⁶

Estos conceptos –sustentados en los peritajes de las expertas Julia Monárrez, Clara Jusidman y Marcela Lagarde– fueron expuestos por la representación de las víctimas en el Caso “Campo Algodonero” con el objetivo de que la Corte IDH determinara que los hechos correspondían al concepto de feminicidio y que, de esa manera, la Corte IDH pudiera contar con los elementos necesarios para judicializar este término. Esto daría pie a crear un precedente jurídico que pudiera ser utilizado en casos futuros de asesinatos de mujeres por razones de género.

Sin embargo, la Corte IDH resolvió que utilizaría –para los efectos del caso– la expresión “homicidio de mujer por razones de género” y consideró que, teniendo en cuenta la prueba y argumentación obrante en el expediente “no era necesario ni posible pronunciarse de manera definitiva sobre cuáles homicidios de mujeres en Ciudad Juárez constituyen homicidios de mujeres por razones de género, más allá de los homicidios de las tres víctimas del presente caso”.⁷ Esto, a pesar de que entendía “que algunos o muchos de estos pudieron haber sido cometidos por razones de género y que la mayoría ocurrieron dentro de un contexto de violencia contra la mujer”.⁸

Me parece cuestionable que la Corte IDH no se haya atrevido a usar el término feminicidio; las razones principales pueden ser que su origen se vincula con un crimen que implica violencia sistemática y generalizada contra un grupo poblacional –el genocidio–, y que la mayoría de los casos de feminicidio, si bien se insertan en contextos de violencia generalizada, por lo menos en nuestra región, no corresponden a ataques sistemáticos contra las mujeres concertados desde el aparato de poder, por lo cual se explica el rechazo del tribunal a este concepto, como lo ha sido al de genocidio.

⁶ Julieta Lemaitre, “Violencia”, en *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, ed. por Cristina Motta y Macarena Sáenz (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008), 554-630.

⁷ Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 205, párr. 143.

⁸ Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, cit., párr. 144.

La adopción de una norma penal género-específica se basa en que la violencia contra las mujeres no únicamente afecta la vida, la integridad física, psíquica, la libertad sexual y la inviolabilidad del cuerpo de las mujeres, sino que existe un elemento adicional: los feminicidios están basados en la discriminación y subordinación implícita contra las mujeres.⁹

Por ello, al ser un concepto que se trabajó en un inicio desde los planos antropológico y sociológico, la construcción normativa tuvo que enfrentar un proceso de discusión y aceptación. En especial, porque la edificación del tipo penal tuvo que reconocer y visibilizar, en un primer momento, la existencia de una violencia extrema, diferenciada en razón a la pertenencia a un género en particular, cuyo objeto exclusivo es dominar a la mujer y que desemboca en la privación de la vida de manera violenta. Después, en un segundo momento, se tuvo que reconocer el feminicidio como un delito pluriofensivo.

Por esta razón, la tipificación del feminicidio en México responde a la dada por la Corte IDH en el Caso “Campo Algodonero” vs. México: “Comete el delito de feminicidio quien priva de la vida a una mujer por razones de género”.¹⁰

La construcción óptima del tipo penal del feminicidio es aquella que no introduce elementos subjetivos de difícil comprobación y comprensión para las operadoras y los operadores de justicia; es decir, una tipificación óptima es la que utiliza elementos objetivos. Además, permite la persecución y sanción de los diferentes tipos de feminicidio, que van más allá de los homicidios de mujeres por razones de género cometidos por las parejas, exparejas o personas conocidas por la víctima, y comprende también aquellos cometidos por personas desconocidas, con características muy particulares (violencia sexual, lesiones más allá de las que privaron de la vida, exposición pública de los cuerpos, entre otras), que permiten verificar la existencia de condiciones de violencia estructural y discriminación por razones de género.¹¹

⁹ “Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Penal Federal para tipificar el feminicidio, así como del Código de Procedimientos Penales y la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, a cargo de la Diputada Teresa del Carmen Incháustegui Romero, del PRD, en nombre de la Comisión Especial para Conocer y dar Seguimiento Puntual y Exhaustivo a las Acciones que han emprendido las autoridades competentes en relación con los Feminicidios registrados en México, y suscrita por diputadas y diputados de diversos grupos parlamentarios” (*Gaceta Parlamentaria* XIV, n.º 3217-IV (2011), <http://gaceta.diputados.gob.mx/>).

¹⁰ Ver artículo 148 bis del Código Penal para el Distrito Federal, publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 16 de julio de 2002. Última reforma publicada en la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México*, 29 de julio de 2020.

¹¹ En el trabajo de la construcción del tipo penal, la información aportada por las organizaciones, académicas y defensoras permitió, además de considerar la definición del feminicidio con los elementos objetivos necesarios para la identificación de las diversas hipótesis que lo conforman, aportar a la construcción de nuevos esquemas de investigación y procedimientos judiciales que garantizarán, desde una perspectiva de género, un adecuado acceso a la justicia en condiciones de igualdad y no discriminación.

Estos lineamientos para la tipificación y su posterior aplicación se han incorporado al derecho penal mexicano como un efecto reflejo de la resolución del Caso “Campo Algodonero”. Si revisamos los hechos del caso encontramos que las víctimas de este fueron:

- a) Agredidas sexualmente.
- b) Mutiladas o agredidas en forma infamante y denigrante.
- c) Incomunicadas previamente a su asesinato.
- d) Arrojadadas en un lugar público.

Estas características están presentes en la tipificación del feminicidio, sumadas a aquellas que implican la culminación de un ciclo de violencia por parte del agresor hacia la víctima (feminicidio íntimo).¹²

Sin embargo, la existencia del tipo penal ha sido cuestionada en distintos foros (desde la academia, los sistemas de justicia y la opinión pública), poniendo en duda su necesidad en el ámbito de la política criminal (¿por qué sancionar en forma distinta los asesinatos de las mujeres de los de los hombres?) o la complejidad de su aplicación.

Para efectos de una mejor comprensión expondremos cuáles son esas líneas conceptuales y normativas que ha trazado la jurisprudencia nacional, haciendo referencia expresa a la sentencia de la Corte IDH.¹³

2. El feminicidio es un delito diferente e independiente del homicidio

En la referida sentencia del Caso “Campo Algodonero”, la Corte IDH señaló la diferencia entre los homicidios en general y aquellos cometidos por razones de género; sin embargo, no identificó otros elementos de distinción entre feminicidio y homicidio que fueran más allá del motivo del crimen.

¹² Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres y Fiscalía General de la Nación, *Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (feminicidios)*, Resolución PGN 31/18, Buenos Aires, Argentina, p. 27.

¹³ De ello da cuenta la tesis “Feminicidio. Acciones implementadas para combatirlo en atención a las recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia dictada en el Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México (legislación del estado de Jalisco)”, la cual señala que como consecuencia de la sentencia de la Corte IDH en su apartado 4, denominado: “Medidas de satisfacción y garantías de no repetición”, señaló, como parte de dichas garantías, que los Estados deben llevar a cabo la “Estandarización de los protocolos, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, para combatir desapariciones y homicidios de mujeres y los distintos tipos de violencia contra las mujeres”. En ese sentido, el Estado mexicano y, en específico, el estado de Jalisco, incluyó el delito de feminicidio en el artículo 232-Bis de su Código Penal.

La práctica penal y los criterios judiciales han sido los que se han enfrentado a preguntas tales como: ¿Es discriminatorio que existan un delito y una pena –generalmente más alta– diferentes para los asesinatos de mujeres y los de hombres? ¿El feminicidio es una forma agravada del homicidio o es un delito autónomo? Conforme a la teoría del delito, ¿cuáles son las similitudes y diferencias que existen entre el homicidio y el feminicidio? Estas preguntas han encontrado respuesta en algunos criterios del Poder Judicial de la Federación. Por ejemplo, la Primera Sala de la SCJN, en su resolución del Amparo en revisión 652/2015¹⁴ dio dos claves para la comprensión del delito de feminicidio:

- a) La tipificación del delito de feminicidio responde a una finalidad constitucional, pues busca lograr un mayor alcance y protección de los derechos de las mujeres –en especial, el derecho a vivir libres de cualquier tipo de violencia– de forma que las conductas delictivas que atenten contra su vida deben estar sustentadas y motivadas en razones de género;
- b) Estas conductas afectan no solo la vida, la integridad física, psíquica y la libertad sexual, sino que son cometidas con base en la discriminación y subordinación implícita contra las mujeres; es decir, por razones de género.

Con base en lo anterior, la SCJN consideró que la tipificación del delito de feminicidio no es discriminatoria, pues “tiende a equilibrar el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y, por ende, cumple con el requisito de proporcionalidad, al generar la misma situación jurídica para todas las mujeres que se ubiquen en dicha hipótesis”.

En la misma línea de jurisprudencia, el Quinto Tribunal Colegiado del Primer Circuito Judicial (correspondiente a la capital del país), en su resolución del Amparo en revisión 83/2012,¹⁵ vinculó la existencia del delito de feminicidio con las obligaciones de México derivadas de la jurisprudencia de la Corte IDH. El colegio consideró que “se justifica el trato diferenciado y de mayor tutela de los bienes jurídicos concernientes a la vida de la mujer y su dignidad, cuando estén en peligro o sean lesionados en ciertas circunstancias”, por lo que concluyó que era constitucional la existencia de penas diferenciadas, e incluso más severas, entre el homicidio y el feminicidio.

A partir de dichas tesis podemos concluir que la existencia de violencia de género es el elemento que diferencia el feminicidio del homicidio común. Si bien ambos ilícitos comparten el elemento de privación de la vida, lo cierto es que el delito de feminicidio protege una serie de bienes jurídicos de las mujeres, además de la vida,

¹⁴ Tesis LIV.1º, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, marzo de 2016, p. 979.

¹⁵ Tesis I.50.P.8 P, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, diciembre de 2016, p. 1333.

como la integridad personal, la libertad personal y sexual, la igualdad y la no discriminación, la honra y dignidad, que se engloban en el derecho a una vida libre de violencia, reconocido en la Convención Interamericana para Prevenir, Eliminar y Sancionar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará.

La protección de estos derechos obedece a que la comisión de este delito no solo desemboca en la privación de la vida de las mujeres, sino que es el resultado de un *continuum* de violencia, por lo que los bienes jurídicos tutelados van más allá de la vida y la integridad. Si bien esto es más palpable en los homicidios cometidos por las personas con quienes la víctima tenía una relación sentimental o de confianza, también se observa en aquellos en los que estas son asesinadas por una persona desconocida (donde se percibe falta de seguridad personal). Así, dicha persona priva de libertad a la víctima, viola su integridad y la priva de la vida, para después exponer su cuerpo en vías públicas u ocultarlo mediante su mutilación.

La marcada diferencia entre los bienes jurídicos tutelados –en el caso del homicidio, la vida; en el caso del feminicidio, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia– es el punto de partida para distinguir entre ambos crímenes y nos permite afirmar que el feminicidio no es un agravante del homicidio sino un delito autónomo.

Sin embargo, para efectos de la dogmática penal existen otras diferencias que vale la pena puntualizar.

En la citada resolución del Amparo en revisión 83/2012, el Quinto Tribunal Colegiado de Circuito emitió la tesis “Homicidio y feminicidio. Sus similitudes y diferencias (Legislación Penal del Distrito Federal)”,¹⁶ en la cual estableció algunos elementos importantes que dan forma al delito de feminicidio:

- a) El sujeto pasivo es calificado; es decir, la víctima debe ser mujer. En otras palabras, se exige una calidad especial del sujeto pasivo, puesto que la protección se dirige a un grupo poblacional especialmente atacado.
- b) Si bien existe el verbo rector común de la privación de la vida, en el caso del feminicidio esta agresión debe obedecer a razones de género, a saber: cuando la víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo o cuando se le hayan infligido lesiones infamantes, degradantes o mutilaciones, previas o posteriores a la privación de la vida.

En primer lugar, explicaremos el elemento del sujeto pasivo calificado. Para que se identifique como una agresión contra la mujer, deben considerarse alguna de las características siguientes:

- i) El género –por oposición al sexo, que es un dato biológico– es una construcción social. El Comité de las Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw) ha establecido que el término

¹⁶ Tesis I.50.P.10 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, diciembre de 2012, p. 1336.

género se refiere a las identidades, las funciones y los atributos contruidos socialmente de la mujer y el varón, y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.¹⁷

- ii) La orientación sexual es la capacidad de cada persona de sentir una atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. La orientación sexual de una persona es independiente de su sexo biológico y de su identidad de género.
- iii) La identidad de género está expresamente definida en los Principios de Yogyakarta como:

... la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de los medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.¹⁸

- iv) La expresión de género, que se refiere a la manifestación externa del género de una persona. Asimismo, se ha afirmado que la expresión de género es visible y puede ser una fuente de identificación, especialmente cuando a través de características como la vestimenta, los manierismos y las modificaciones corporales, se subvierten las expectativas tradicionales de expresión de género.¹⁹

¹⁷ Al respecto, véase Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Cedaw), *Recomendación general 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, Cedaw/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5; OEA, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes* (Estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), OEA/Ser.G. CP/CAJP/INF. 166/12, 23 de abril de 2012, párr. 14.

¹⁸ Véase Acnur, *Directrices sobre protección internacional 9. Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967*, HCR/IP/12/09, 23 de octubre de 2012, párr. 8; OEA, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, *Orientación*; Naciones Unidas, *Principios de Yogyakarta, Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género* (Ginebra: ONU, 2007).

¹⁹ Naciones Unidas, *Principios de Yogyakarta*,...

La violencia feminicida tiene su raíz en la discriminación estructural, producto del mandato patriarcal que impone normas y conductas sociales determinadas y considera desviado lo que se aparta de ellas, en particular la heteronormatividad (lo “correcto” es, en este sentido, ser heterosexual). De este modo, el ataque de la persona autora denuncia que cualquier otra expresión u orientación sexual debe ser censurada, corregida y castigada.

El feminicidio puede, asimismo, ser una expresión de la misoginia, entendida como el odio o rechazo a las mujeres. La misoginia es una ideología que consiste en despreciarlas a ellas y a todo lo considerado como femenino, cualquiera sea su orientación sexual, identidad o expresión de género. Por lo que hace a las diferencias en el verbo rector común del tipo penal –privar de la vida–, si bien tanto el homicidio como el feminicidio implican atentados contra el derecho a la vida, en el caso del homicidio, con la existencia de esta agresión, se considera consumado el delito; para que ocurra el feminicidio es necesario que, además de la privación de la vida por un tercero, dicho tercero debe actuar con características específicas y realizar actos anteriores o posteriores que permitan encuadrar su conducta como misógina.

Por lo tanto, el tipo penal está revestido de una autonomía y estructura jurídicas unitarias, así como de un contenido y ámbito de aplicación propios.

En este tenor, además, podemos afirmar que el feminicidio no admite excluyentes de responsabilidad penal, ya que al ser un crimen en el que debe valorarse el móvil de género, como lo sostuvo la Primera Sala de la SCJN en la resolución del Amparo directo en revisión 5267/2014,²⁰ es necesario que el sujeto pasivo tenga una motivación específica (la razón de género), por lo que la conducta siempre será dolosa y, por ende, no acepta causas de justificación ni razones de inculpabilidad. En cuanto a la autoría y participación admite todas las reconocidas por la dogmática penal.

Ese sería el análisis dogmático, el cual nos permite identificar que el homicidio y el feminicidio son delitos que, si bien comparten un elemento común, son crímenes diferentes que deben tener un tratamiento distinto en el momento de investigarse y procesarse judicialmente.

3. La debida diligencia reforzada como estándar de investigación del feminicidio

La jurisprudencia de la Corte IDH ha sido rica en materia de estándares relativos a la investigación penal. Fue a partir de la sentencia del Caso “Campo Algodonero” que dichos estándares se extendieron a los casos de violencia contra las mujeres.

²⁰ Tesis 1a. CCIV/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, julio de 2016, p. 320.

En el derecho mexicano, con motivo de la reforma constitucional de derechos humanos y, principalmente, la interpretación de SCJN sobre el principio de control de convencionalidad y los alcances de las sentencias de la Corte IDH, estos precedentes muestran todas las posibilidades en que pueden ser aplicados a casos concretos del ámbito local.²¹

En los casos *Fernández Ortega y otros vs. México*, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, además del “Campo Algodonero”, la Corte IDH reiteró algunos de los estándares que ya había fijado en sentencias anteriores en lo que respecta a la obligación de los Estados de investigar conforme a la debida diligencia violaciones de los derechos humanos –en particular aquellas que atenten contra los derechos a la vida y a la integridad personal–, por lo que para efectos de este análisis, solo nos centraremos en aquellos criterios que representaron alguna novedad jurisprudencial en lo que hace a la investigación de hechos de violencia contra las mujeres.

En el Caso “Campo Algodonero”, la Corte IDH estableció como violatorias de los derechos humanos diversas conductas cometidas por el Estado durante la investigación de los hechos; sin embargo, no entró al análisis de estas, debido a que la parte demandada reconoció su responsabilidad internacional por tales actos. De tal manera que solo se expondrán los criterios de la Corte IDH que aportaron nuevos elementos a la jurisprudencia de la materia y han sido utilizados en casos posteriores y retomados por la judicatura mexicana.

El principal de estos estándares está en las sentencias *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*. En ellas, la Corte IDH señaló que, en casos de violencia contra la mujer, las obligaciones genéricas establecidas en los artículos 8 y 25 de la

²¹ Me refiero a la resolución de la consulta a trámite en el Expediente varios 912/2010, en la que el pleno del máximo órgano judicial del país determinó –entre otras cosas–, lo siguiente: i) por unanimidad, se decidió que las sentencias emitidas por la Corte IDH son obligatorias para los Estados que figuren como parte en los litigios concretos; por tanto, México está vinculado por seis sentencias de la Corte IDH; ii) con respecto a la obligatoriedad de los criterios interpretativos contenidos en el resto de la jurisprudencia de la Corte IDH, se decidió por seis votos contra cinco que las demás sentencias serán orientadoras para las decisiones que deben adoptarse en el orden jurídico interno por el Estado mexicano; iii) por siete votos contra tres, se decidió que los jueces, no solo los federales, sino también los locales, deben ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). El control de convencionalidad se refiere a la necesidad de verificar la compatibilidad de sus decisiones no solo con la Constitución y el marco jurídico interno, sino con los tratados de derechos humanos de los que México es parte, incluyendo la CADH y las resoluciones de la Corte IDH, intérprete último de dicha Convención. Esta determinación no solo está de acuerdo con lo establecido en la sentencia *Radilla*, sino que es consistente con la nueva redacción del artículo 1 constitucional que da jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos; obliga a todas las autoridades a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; y a interpretar las normas de derechos humanos en el sentido más favorable a las personas. La ampliación de dicha resolución fue publicada el día 5 de octubre en el *Diario Oficial de la Federación*.

CADH²² complementan y refuerzan las obligaciones derivadas de la Convención de Belém do Pará.

En este sentido, el Tribunal indicó que en su artículo 7.b dicha Convención “obliga de manera específica a los Estados parte a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”. De tal modo, que:

... ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección.²³

En el Caso “Campo Algodonero”, la Corte IDH consideró que el deber de investigar efectivamente, siguiendo los ya mencionados estándares establecidos por el tribunal en su jurisprudencia, tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres.

Para ello, la Corte IDH retomó el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el sentido de que, cuando un ataque es motivado por un prejuicio contra un grupo en específico (como en este caso las mujeres), es particularmente importante que la investigación sea realizada con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reiterar continuamente la condena contra la discriminación por parte de la sociedad y para mantener la confianza de las minorías en la habilidad de las autoridades de protegerlas de la amenaza de violencia en su contra.²⁴

²² Con estas obligaciones genéricas, la Corte IDH se refiere al deber de investigar conforme a la debida diligencia que, como se señaló, ha sido ampliamente desarrollada en la jurisprudencia del Tribunal. En este orden de ideas, la Corte IDH también ha señalado que del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables como en busca de una debida reparación. Asimismo, en el caso de México, el Tribunal ha señalado que la obligación de investigar y el correspondiente derecho de la presunta víctima o de los familiares no solo se desprende de las normas convencionales de derecho internacional imperativas para el Estado, sino que, además, se deriva de la legislación interna –por ejemplo, los artículos 20, apartado C, y 21 de la Constitución mexicana y el artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual reconoce los derechos de las víctimas u ofendidos en la averiguación previa (apartado A), en el proceso penal (apartado B) y durante la ejecución de sanciones (apartado C)–, que hace referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que lo permiten.

²³ Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 216, párr. 178.

²⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Angelova e Iliev vs. Bulgaria, Sentencia de 26 de julio de 2007.

Al respecto, en los casos mexicanos, la Corte IDH fijó una serie de elementos que deben considerarse en las indagatorias que se inicien en tres delitos específicos de violencia contra las mujeres: desapariciones, homicidios y violación sexual.

Esta línea jurisprudencial fue adoptada por la Primera Sala de la SCJN en la resolución del Amparo en revisión 554/2013, conocido como el Caso Mariana Lima Buendía.²⁵ En dicha resolución, la Corte mexicana retomó el estándar de la debida diligencia reforzada señalando particularmente lo siguiente:

- a) Existe una estrecha relación entre violencia, discriminación y subordinación. La violencia dirigida contra la mujer porque es mujer, o que la afecta en forma desproporcionada incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad.²⁶
- b) Las autoridades encargadas de las investigaciones de actos de violencia contra las mujeres deben llevarlas a cabo con determinación y eficacia, tomando en cuenta el deber de la sociedad de rechazar dicha violencia y las obligaciones estatales de erradicarla, y de brindar confianza a las víctimas de esta en las instituciones estatales creadas para su protección.²⁷

Como podemos ver, en la sentencia del Caso Mariana Lima, la Corte mexicana no hizo otra cosa sino adaptar al fuero local los estándares normativos establecidos por la jurisprudencia de la Corte IDH en el Caso “Campo Algodonero”.

Si bien la sentencia del Caso Mariana Lima ha tenido amplia trascendencia en el foro jurídico mexicano –en particular porque cuando la SCJN establece criterios, estos atraen la atención de juristas locales y por la gran labor de difusión de las organizaciones de la sociedad civil que litigaron el caso y, en particular, la madre de la víctima directa– desde un punto de vista estrictamente jurídico, la resolución no aportó estándares que no existieran previamente en la jurisprudencia de la Corte IDH. Esto fue así también en la tesis relativa a las obligaciones de investigación en casos de feminicidio, a la que nos referiremos en el apartado subsecuente.

²⁵ Este caso trata del feminicidio de una joven mujer en el Estado de México. Su expareja, un agente de la policía, manipuló la escena del crimen para hacerlo parecer un suicidio y las autoridades de procuración de justicia adoptaron esta línea de investigación y cerraron el caso. La madre de la víctima acudió a la justicia federal para lograr que se continuara la investigación. Finalmente, el asesino de su hija fue condenado por el crimen. Para conocer más del caso, véase Karla Quintana, “El caso de Mariana Lima Buendía: una radiografía sobre la violencia y discriminación contra la mujer”, *Cuestiones Constitucionales*, n.º 38 (2018).

²⁶ Tesis 1a. CLXIII/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, mayo de 2015, p. 422.

²⁷ Tesis 1a. CLXIV/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, mayo de 2015, p. 423.

4. Lineamientos jurisprudenciales para la actuación del Estado en casos de feminicidio

Gran parte de los casos tramitados ante la Corte IDH son relativos a personas privadas de la vida, por lo que la jurisprudencia del tribunal relacionada con las obligaciones de los Estados en la investigación de homicidios es vasta y contundente.

Sin embargo, en el Caso “Campo Algodonero” se fijaron estándares con base en el *Manual de las Naciones Unidas sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias* (también conocido como “Protocolo de Minnesota”), que se verán enseguida.

4.1. Al momento del hallazgo de los cuerpos, la preservación de la escena del crimen en la recolección y el manejo de evidencias

Sobre esto, la Corte IDH abundó en el Caso “Campo Algodonero” haciendo referencia a que los estándares internacionales señalan que en relación con la escena del crimen, los investigadores deben, como mínimo, fotografiarla, así como cualquier otra evidencia física; el cuerpo se debe fotografiar tal como se encontró y después de moverlo. Por otro lado, todas las muestras de sangre, cabello, fibras, hilos u otras pistas deben ser recogidas y conservadas; se debe examinar el área en busca de huellas de zapatos o cualquier otra que tenga naturaleza de evidencia, y se debe hacer un informe detallando cualquier observación de la escena, las acciones de los investigadores y la disposición de toda la evidencia recolectada. A la vez, en la sentencia se mencionó explícitamente que el Protocolo de Minnesota establece, entre otras obligaciones, que al investigar una escena del crimen se debe cerrar la zona contigua al cadáver, y se debe prohibir, salvo para el investigador y su equipo, el ingreso a la misma.²⁸

Adicionalmente, se retomó lo establecido en el Protocolo de Minnesota donde se señala que la debida diligencia en una investigación médico-legal de una muerte exige el mantenimiento de la cadena de custodia de todo elemento de prueba forense.²⁹ La cadena de custodia consiste en llevar un registro escrito que sea preciso y que se complemente, según corresponda, con fotografías y demás elementos gráficos para documentar la historia del elemento de prueba, a medida que pasa por las manos de diversos investigadores encargados del caso. La cadena de custodia puede extenderse más allá del juicio y la condena del autor, dado que las pruebas

²⁸ Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, cit., párr. 502, haciendo referencia al *Manual sobre la prevención e investigación efectiva de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias de Naciones Unidas*, Doc. E/ST/CSDHA/.12, 1991.

²⁹ Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, cit., párr. 502, haciendo referencia al *Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas*, cit.

antiguas, debidamente preservadas, podrían servir para el sobreseimiento de una persona condenada erróneamente. La excepción la constituyen los restos de víctimas positivamente identificadas que pueden ser devueltos a sus familias para su debida sepultura, con la reserva de que no pueden ser cremados y que pueden ser exhumados para nuevas autopsias.³⁰

4.2. Para la realización de la necropsia

En el Caso “Campo Algodonero”, la Corte IDH resaltó que las autopsias (necropsias) tienen como objetivo recolectar, como mínimo, información para identificar a la persona muerta, la hora, fecha, causa y forma de la muerte. Las necropsias deben respetar ciertas formalidades básicas, como: i) indicar la fecha y hora de inicio y finalización; ii) el lugar donde se realiza; iii) el nombre del funcionario que la ejecuta; iv) se debe, *inter alia*, fotografiar adecuadamente el cuerpo; v) tomar radiografías del cadáver, de su bolsa o envoltorio y después de desvestirlo; vi) documentar toda lesión; vii) se debe documentar la ausencia, soltura o daño de los dientes, así como cualquier trabajo dental; y viii) examinar cuidadosamente las áreas genital y paragenital en búsqueda de señales de abuso sexual. En casos de sospecha de violencia o abuso sexual, se debe preservar líquido oral, vaginal y rectal, y vello externo y púbico de la víctima.³¹ Asimismo, el Manual de las Naciones Unidas indica que en los protocolos de autopsia se debe anotar la posición del cuerpo y sus condiciones, incluyendo si está tibio o frío, ligero o rígido; proteger las manos del cadáver; registrar la temperatura del ambiente y recoger cualquier insecto.³²

³⁰ Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, cit., párr. 322, haciendo referencia a la declaración rendida ante fedatario público por el perito Snow el 17 de abril de 2009.

³¹ Este aspecto es muy importante en casos de homicidios de mujeres por motivos de género pues, como se expuso, en muchos de ellos existe un alto grado de violencia sexual. Al respecto, el *Protocolo modelo para la investigación forense de muertes sospechosas de haberse producido por violación de los derechos humanos* refiere que en todo caso en que se sospeche violencia sexual –y esta podría presumirse inicialmente en el caso concreto, derivado de la ubicación de la lesión genital que presentaba la víctima–, la toma de muestras para exudados y/o frotis de los diferentes orificios naturales o de manchas localizadas en otros niveles, se debe llevar a cabo antes del lavado del cadáver y del inicio del estudio de las cavidades corporales (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Protocolo modelo para la investigación forense de muertes sospechosas de haberse producido por violación de los derechos humanos*, Proyecto MEX/00/AH/10, mayo 2001).

³² Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, cit., párr. 502, haciendo referencia al *Manual sobre la prevención e investigación efectiva de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias de Naciones Unidas*, cit.

4.3. Identificación de los cuerpos de las víctimas y entrega a sus familiares

La identificación de los cuerpos de las víctimas y posterior entrega a sus familiares fue uno de los aspectos de mayor controversia en el Caso “Campo Algodonero”. La representación de las víctimas señaló que los métodos arbitrarios utilizados por el Estado (como el de superposición cráneo-foto y el simple dicho de los familiares) para determinar la identidad de los cuerpos encontrados los días 6 y 7 de noviembre de 2011 tuvo graves incidencias en el proceso de victimización secundaria de las madres y los hermanos de las víctimas, pues atrasó el proceso de duelo, al no saber si realmente el cuerpo hallado correspondía al de su ser querido. Más aún si se considera que, en algunos casos, se determinó que las identificaciones habían sido incorrectas y hasta la fecha se desconoce el paradero de, por lo menos, tres de las víctimas a las que originalmente se les “asignó” correspondencia con alguno de los cuerpos encontrados.

Sobre este particular, la Corte IDH se pronunció en el sentido de que los estándares internacionales exigen que la entrega de restos ocurra cuando la víctima esté claramente identificada, es decir, una vez que se haya conseguido una identificación positiva. El Protocolo de Minnesota establece que “el cuerpo debe ser identificado por testigos confiables y otros métodos objetivos”.³³ De tal manera que, al realizar el análisis de los hechos, la Corte IDH concluyó que el reconocimiento efectuado por parte de familiares no es suficiente para una identificación positiva, así como tampoco lo es la prueba de superposición cráneo-rostro. Por el contrario, la Corte IDH se pronunció a favor de la identificación –en los casos en que los cuerpos de las víctimas presenten un avanzado grado de descomposición o se encuentren sumamente dañados– a través de muestras de ADN. De igual forma, determinó que solo con posterioridad a la existencia de certeza sobre la identidad de estos se puede proceder a la entrega a sus familiares.

Estos tres rubros analizados ampliamente por la Corte IDH han servido como base en aquellos casos en los que se analiza si la investigación de un femicidio se realizó (o está realizando) conforme a los más altos estándares.

Así lo consideró la Primera Sala de la SCJN en su resolución del Caso Mariana Lima, pues en la tesis “Feminicidio. Diligencias que las autoridades se encuentran obligadas a realizar en su investigación” se retomaron los mandatos para la investigación de los asesinatos de mujeres cometidos por razones de género que determinó la Corte IDH en el Caso “Campo Algodonero”, además de incluir que “además de la necropsia psicológica practicada a las occisas, se realice complementariamente un peritaje psicosocial, el cual se centra en la experiencia de las personas

³³ Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, cit., haciendo referencia al *Manual sobre la prevención e investigación efectiva de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias de Naciones Unidas*, cit.

afectadas por las violaciones a los derechos humanos, mediante el cual se analice su entorno psicosocial”.³⁴

Esencialmente, la Corte mexicana reflejó en su resolución la sentencia interamericana y la aplicó a un caso concreto del ámbito local, lo que sentó un precedente para que las demás cortes nacionales así lo hicieran en lo subsecuente.

Esto ha tenido una gran influencia en la elaboración de protocolos de actuación en los casos de feminicidios para las fiscalías locales en las entidades mexicanas; casi todos estos retoman textualmente lo dicho por la Corte IDH y la SCJN; aunque la eficacia de estos instrumentos no ha sido óptima por falta de políticas adecuadas en su implementación, ha sido la sociedad civil, conocedora de los estándares normativos, quien a partir de las citadas sentencias y su incorporación en protocolos ha exigido ante los tribunales nacionales el cumplimiento de dichos lineamientos.

5. La reparación transformadora

Uno de los aportes esenciales de la sentencia del Caso “Campo Algodonero” fue la introducción del concepto de reparación transformadora, que rompió con el viejo paradigma de la *restitutio in integrum* de imposible aplicación en los casos de violaciones graves de los derechos humanos. Aun así –razonó la Corte IDH–, si una persona está en una situación de vulneración de sus derechos fundamentales al momento de sufrir el hecho victimizante ¿qué sucedería si la reparación del daño regresa a la persona a su situación previa a dicho momento? Probablemente sus derechos volverán a ser violentados. Esa es la consecuencia de las situaciones de extrema vulnerabilidad.

Al respecto, la Corte IDH señaló que “las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo”.³⁵

Con base en estos principios, las reparaciones ordenadas por la Corte IDH en el Caso “Campo Algodonero” estaban orientadas a cambiar todo el sistema de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia en México. La plena implementación de las medidas de reparación de la sentencia ha sido un proceso de largo plazo, pues implica un cambio sistémico.

Estos principios para la reparación del daño en casos de violencia contra las mujeres fueron retomados por el Pleno de la SCJN en la tesis “Violaciones a derechos de la mujer. Características que deben colmar las medidas de reparación del daño cuando aquéllas se actualicen”, en la cual se fijaron los siguientes criterios:

³⁴ Tesis 1a. CLXII/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, mayo de 2015, p. 437.

³⁵ Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, cit., párr. 450.

- i) Referirse directamente a las violaciones declaradas por el órgano jurisdiccional respectivo.
- ii) Reparar proporcionalmente los daños materiales e inmateriales.
- iii) No significar un enriquecimiento ni un empobrecimiento.
- iv) Restablecer en la medida de lo posible a las víctimas a la situación anterior a la violación en aquello en que no se interfiera con el deber de no discriminar.
- v) Orientarse a identificar y eliminar los factores causales de discriminación.
- vi) adoptarse desde una perspectiva de género, tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres.
- vii) Considerar todos los actos jurídicos y acciones alegadas por el Estado en el expediente tendientes a reparar el daño ocasionado.³⁶

Como podemos apreciar, los criterios que determinó la Corte mexicana son básicamente calcados de la jurisprudencia interamericana, la cual siempre ha estado a la vanguardia en el derecho internacional de los derechos humanos.

En este sentido, la justicia constitucional mexicana –por medio del control de convencionalidad– ha encontrado en el juicio de amparo el mecanismo jurídico idóneo para incorporar al engranaje normativo nacional los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

En resumen, la sentencia del Caso “Campo Algodonero” es el precedente más importante en materia de derechos humanos de las mujeres en el continente americano. La jueza Cecilia Medina, quien fuera presidenta de la Corte IDH cuando se emitió la resolución, dijo en alguna ocasión: “Campo Algodonero le reconoció a las mujeres los derechos que siempre han tenido los hombres”.

Por ello es que resulta óptimo que los estándares derivados de dicha jurisprudencia sean tomados por los poderes judiciales de los países, a fin de que permeen en el derecho local y, finalmente, sirvan a la población para la que están dirigidos.

Conclusiones

El desarrollo del concepto de feminicidio parte de la antropología social hacia el feminismo jurídico y, finalmente, se concreta en el derecho penal a partir del diseño de un tipo que recoge hipótesis de hecho en las cuales las mujeres pueden ser asesinadas en el ámbito público y privado. Estas hipótesis son un legado de los hechos del Caso González y otras (“Campo Algodonero”), a las que se suman los hechos derivados de un ciclo de violencia doméstica, que suelen ser las principales causas de muertes violentas de las mujeres.

³⁶ Tesis P. XIX/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, septiembre de 2015, p. 240.

A través del ejercicio del control de convencionalidad se ha encontrado la *ratio legis* de la existencia del tipo penal de feminicidio y se han desarrollado en los tribunales de justicia constitucional los elementos dogmáticos que lo distinguen del homicidio, entre los cuales están: la existencia de un sujeto pasivo calificado, la imposibilidad de alegar causas de inculpabilidad o legitimación y que siempre será una conducta dolosa.

La justificación constitucional de que el feminicidio tenga una pena diferente al homicidio es que ambos delitos protegen bienes jurídicos distintos. El feminicidio, al ser un delito que se ha desarrollado a partir del derecho internacional de los derechos humanos, es pluriofensivo y, en específico, atenta contra el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, el cual, basado en la jurisprudencia de la Corte IDH, recoge el llamado “núcleo duro” de los derechos humanos de las mujeres.

Debido al rezago histórico que existe en el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia de género, el estándar de actuación de las autoridades en casos de feminicidio es el de debida diligencia reforzada. Este parámetro ha sido desarrollado por la jurisprudencia internacional y ha sido incorporado al derecho doméstico a partir del control de convencionalidad ejercido por los tribunales de justicia constitucional.

Cuando un crimen atenta contra el núcleo duro de los derechos humanos y es cometido contra una persona en un contexto de vulnerabilidad, la reparación del daño debe tener una vocación transformadora. Esto implica poner a la persona que ha sido vulnerada en sus derechos –y en ocasiones a todo un grupo poblacional– en condición de pleno goce y ejercicio de sus derechos humanos.

El diálogo jurisprudencial entre la Corte IDH, y la SCJN y los tribunales colegiados mexicanos ha servido para generar un cambio sustantivo en el derecho penal nacional, introducir un crimen novedoso para esta rama del derecho y consolidar un sistema de protección normativo del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

Bibliografía

- ACNUR. *Directrices sobre protección internacional 9. Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967*. HCR/IP/12/09, 23 de octubre 2012.
- COMISIÓN ESPECIAL PARA CONOCER Y DAR SEGUIMIENTO PUNTUAL Y EXHAUSTIVO A LAS ACCIONES QUE HAN EMPRENDIDO LAS AUTORIDADES COMPETENTES EN RELACIÓN CON LOS FEMINICIDIOS REGISTRADOS EN MÉXICO.
- COMITÉ DE EXPERTAS DEL MECANISMO DE SEGUIMIENTO DE LA CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ (MESECVI). *Declaración sobre el Feminicidio del Comité de Expertas/os*, Mesecvi/CEVI/DEC. 1/08, 15 de agosto de 2008.

- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW). *Recomendación general 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Cedaw/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010.
- CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes* (Estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). OEA/Ser.G. CP/CAJP/INF. 166/12, 23 abril 2012.
- “Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Penal Federal para tipificar el feminicidio, así como del Código de Procedimientos Penales y la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, a cargo de la Diputada Teresa del Carmen Incháustegui Romero, del PRD y suscrita por diputadas y diputados de diversos grupos parlamentarios”. *Gaceta Parlamentaria* XIV, n.º 3217-IV (2011). Acceso el 26 de abril de 2021. <http://gaceta.diputados.gob.mx/>.
- LEMAITRE, Julieta. “Violencia”. En *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, editado por Cristina MOTTA y Macarena SÁENZ, 554-630. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008.
- MONÁRREZ, Julia. *Feminicidio sexual sistémico: víctimas y familiares, Ciudad Juárez, 1993-2004*. México: Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco, División de Ciencias Sociales y Humanidades, Doctorado en Ciencias Sociales, 2005.
- NACIONES UNIDAS. *Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Ginebra: ONU, 2007.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. *Protocolo Modelo para la Investigación Forense de Muertes Sospechosas de Haberse Producido por Violación de los Derechos Humanos*. Proyecto MEX/00/AH/10, mayo 2001.
- OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA CENTRAL DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OACNUDH) Y OFICINA REGIONAL PARA LAS AMÉRICAS Y EL CARIBE DE LA ENTIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO Y EL EMPODERAMIENTO DE LAS MUJERES (ONU MUJERES). *Modelo de Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes de mujeres por razones de género*. Nueva York: ONU, 2013.
- QUINTANA, Karla. “El caso de Mariana Lima Buendía: una radiografía sobre la violencia y discriminación contra la mujer”. *Cuestiones Constitucionales*, n.º 38 (2018).
- RUSSELL, Diana. “Definición de feminicidio y conceptos relacionados”. En *Feminicidio: una perspectiva global*, editado por Diana E. RUSSELL y Roberta A. HARMES, 73-98. México: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades y Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

UNIDAD FISCAL ESPECIALIZADA EN VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES, Fiscalía General de la Nación. *Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (femicidios)*. Resolución PGN 31/18, Buenos Aires, Argentina.

Legislación y jurisprudencia

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Angelova e Iliev vs. Bulgaria, Sentencia de 26 de julio de 2007.

CORTE IDH. Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 215.

CORTE IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 205.

CORTE IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 216.

TESIS I.50.P.10 P. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, diciembre de 2012.

TESIS 1A. CLXII/2015. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, mayo de 2015.

TESIS 1A. CLXIII/2015. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, mayo de 2015.

TESIS 1A. CLXIV/2015. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, mayo de 2015.

TESIS P. XIX/2015. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, septiembre de 2015.

TESIS LIV.1º. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, marzo de 2016.

TESIS 1A. CCIV/2016. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, julio de 2016.

TESIS I.50.P.8 P. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, diciembre de 2016.

Flávia Piovesan* (Brasil)

Melina Girardi Fachin** (Brasil)

Catarina Mendes Valente Ramos*** (Brasil)

A escolha da mulher latino-americana: comentários sobre o aborto no contexto interamericano de defesa dos direitos humanos

RESUMO

O artigo objetiva analisar precedentes interamericanos, bem como de outros países da região, para situar o Brasil no tempo e espaço em relação à sua política de descriminalização da interrupção voluntária da gravidez. Neste sentido, por meio da revisão bibliográfica e análise qualitativa do *corpus iuris* interamericano e de políticas públicas de países selecionados, buscou-se superar a ideia maniqueísta de que direito à vida e à liberdade seriam excludentes, posicionando o aborto como um direito humano. Com isto, é possível concluir que o Brasil se encontra em uma posição instável, com exceções penais do aborto em casos específicos, e que o SIDH ainda apresenta entendimentos tímidos, tendo mais proficuidade na CIDH. Por fim, é utilizado o constitucionalismo feminista como lente emancipatória, permitindo a efetivação desse direito frente às ameaças conservadoras na América Latina.

Palavras-chave: Brasil; Interrupção voluntária da gravidez; Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

* Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora doutora da Pontifícia Universidade Católica do Paraná; professora doutora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). fpiovesan@hotmail.com. código orcid: [0000-0001-9441-8376](https://orcid.org/0000-0001-9441-8376).

** Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos e Centro de Estudos da Constituição, ambos da Universidade Federal do Paraná (UFPR). melinafachin@gmail.com / código orcid: [0002-6250-1295](https://orcid.org/0002-6250-1295).

*** Mestranda em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná. Bolsista CAPES. Membro do Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos (NESIDH). catamvramos@gmail.com / código orcid: [0000-0002-4173-0443](https://orcid.org/0000-0002-4173-0443).

The choice of the Latin American woman: remarks on abortion in the inter-American context of the defense of human rights

ABSTRACT

The article aims at analyzing inter-American precedents, as well as those of other regional countries, to find out Brazil's place in time and space in relation to its policy of decriminalizing voluntary termination of pregnancy. In this sense, through a literature review and qualitative analysis of the inter-American corpus iuris and public policies of selected countries, an attempt is made to overcome the Manichean idea that the rights to life and freedom are exclusive to each other, considering abortion as a human right. With this, it is possible to conclude that Brazil finds itself in an unstable position, with penal exceptions for abortion in specific cases, and that the IAHRs still features weak understandings, being more fruitful in the IACHR. Finally, feminist constitutionalism is used as an emancipatory lens, allowing the realization of this right in the face of conservative threats in Latin America.

Keywords: Brazil; Voluntary termination of pregnancy; Inter-American Human Rights System.

Lateinamerikanische Frauen vor der Wahl: Kommentare zum Schwangerschaftsabbruch im interamerikanischen Kontext der Verteidigung der Menschenrechte

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel nimmt eine Analyse von Präzedenzfällen aus dem Geltungsbereich des interamerikanischen Systems sowie aus anderen Ländern der Region vor, um die brasilianische Politik der Entkriminalisierung des freiwilligen Schwangerschaftsabbruchs zeitlich und räumlich einzuordnen. Auf der Grundlage einer qualitativen Analyse des interamerikanischen corpus iuris und der öffentlichen Politik der ausgewählten Länder wird der Versuch unternommen, die manichäische Vorstellung zu überwinden, wonach sich das Recht auf Leben und die Freiheit gegenseitig ausschließen, und den Schwangerschaftsabbruch als Menschenrecht zu konstituieren. Abschließend lässt sich feststellen, dass die Lage in Brasilien instabil ist; während in spezifischen Fällen die Strafandrohung auf Schwangerschaftsabbrüche aufgehoben wurde, ist die Haltung des Interamerikanischen Menschenrechtssystems noch zurückhaltend, wogegen der Interamerikanische Gerichtshof eine aktivere Rolle spielt. Letzten Endes leistet der feministische Konstitutionalismus einen Beitrag zu einer emanzipatorischen Sichtweise, die die Umsetzung dieses Rechts angesichts der konservativen Bedrohungen in Lateinamerika ermöglicht.

Schlagwörter: Brasilien; freiwilliger Schwangerschaftsabbruch; Interamerikanisches Menschenrechtssystem.

Introdução

Considerar que todas as mulheres, pelo olhar feminista, são oprimidas não se traduz em ausência de opções de luta, e o direito – quando visto na sua percepção de processos de luta que abrem e consolidam a defesa da dignidade humana¹ – pode e deve ser um instrumento de transformação destas realidades. bell hooks² apresenta que o sexismo, conquanto sistema de dominação, nunca determinou de forma absoluta o destino de mulheres, ainda que suas escolhas fossem execráveis.

Na questão ligada à liberdade sobre o próprio corpo, o supracitado se torna ainda mais grave e evidente. É certo que as limitações impostas pelo direito à autonomia sexual e reprodutiva das mulheres pesaram e pesam sobre os ombros de mulheres mais vulneráveis. Assim, para esta análise, é necessário entender a estrutura patriarcal de dominação de modo a considerar outras questões, como raça, classe, status social, dentre diversos outros fatores.

Apesar da usurpação da luta feminista por movimentos liberais centrados na “opressão comum”, muitas mulheres dentro destes ainda se sentem marginalizadas e silenciadas.³ Estereótipos e marginalização acerca do corpo das mulheres trans, bem como a objetificação e dominação do corpo das mulheres cis, demonstram que uma das lutas mais antigas do feminismo ainda tem muito o que caminhar, principalmente quando se debate a questão da interrupção voluntária da gravidez.⁴ Afinal, “verdade é que o racismo, o imperialismo e o etnonacionalismo são escoras fundamentais para a misoginia generalizada e o controle dos corpos de todas as mulheres”, pois “embora todas soframos a opressão misógina na sociedade capitalista, nossa opressão assume diferentes formas.”⁵

¹ “Nesta matéria, como em qualquer outra, é muito importante distinguir entre o que o fenômeno que estudamos ‘é’ e o que tal fenômeno ‘significa’. Quer dizer: diferenciar o ‘quê’ (o que são os direitos) do ‘por quê’ e ‘para quê’ (o que os direitos significam)”. Joaquín Herrera Flores, *A (re)invenção dos direitos humanos* (Florianópolis: Boiteux, 2009), 32.

² “O sexismo, como sistema de dominação, é institucionalizado, mas nunca determinou de forma absoluta o destino de todas as mulheres nesta sociedade. Ser oprimida significa ausência de opções. É o principal ponto de contato entre o/a oprimido(a) e o/a opressor(a). Muitas mulheres nesta sociedade têm escolhas (por mais inadequadas que possam ser); portanto, exploração e discriminação são palavras que descrevem com mais precisão a sorte coletiva das mulheres nos Estados Unidos” bell hooks, “Mulheres negras: moldando a teoria feminista”, *Revista Brasileira de Ciência Política*, n.º 16 (2015): 197-198.

³ bell hooks, “Mulheres negras”, p. 201.

⁴ O presente artigo não ignora as dificuldades e estigmas dos corpos dos homens trans, a quem também cabem todos os direitos sexuais e reprodutivos pré e pós-natal. No entanto, tal questão não será abordada diretamente, inclusive sendo seara tão rica que merece estudo apartado.

⁵ Cinzia Arruza, Tithi Bhattacharya e Nancy Fraser, *Feminismo para os 99%: um manifesto* (São Paulo: Boitempo, 2019), 51.

Atualmente, a necessidade de um olhar interseccional não apenas persiste, como se agrava, tendo em vista que “uma das primeiras questões catalisadoras da formação do movimento foi a sexualidade”,⁶ englobando questões que iam desde educação sexual básica a controle pré-natal, medicina preventiva, esterilização forçada, cesarianas forçadas, ou histerectomias, e suas consequências. A saber:

Enquanto mulheres brancas individuais tinham acesso a ambas as garantias [métodos contraceptivos seguros e eficientes, e aborto], a maioria das mulheres não tinha. [...] E estava claro para nós que não poderia haver qualquer libertação sexual genuína para mulheres e homens sem melhores e mais seguros métodos contraceptivos – sem o direito ao aborto seguro e legal.⁷

No exemplo brasileiro, do mesmo modo, a situação é tão clara como alarmante: o índice de abortos provocados das mulheres negras é de 3,5%, o dobro do percentual entre as brancas (1,7%). O perfil mais comum de mulher que recorre ao aborto é de jovens de até 19 anos, negras e já com filhos.⁸ Do mesmo modo, entre mulheres brancas a taxa é de 3 óbitos causados por aborto a cada 100 mil nascidos vivos, enquanto esse número sobe para 5 ao se tratar de mulheres negras. Com recorte de classe – baseado na educação formal – àquelas que completaram até o ensino fundamental, o índice é de 8,5, quase o dobro da média geral de 4,5. Estes são apenas os dados que recenseadores têm êxito em resgatar, pois muitas morrem em camas clandestinas sem qualquer dignidade.

Nesse sentido, por meio da revisão bibliográfica, análise qualitativa do *corpus iuris* interamericano e de políticas públicas de países selecionados, buscou-se superar a ideia maniqueísta de que direito à vida e à liberdade seriam excludentes, posicionando o aborto como um direito humano à luz da liberdade das mulheres sobre seu próprio corpo.

Para isso, em primeiro lugar, é trazida a argumentação central do feminismo liberal, calcada principalmente na liberdade de escolha e do planejamento familiar da mulher, e partindo da teoria das capacidades para justificar as hipóteses de aborto legal já presentes no ordenamento brasileiro.

Passa-se, então, à crítica dessa visão, muito fundada na perspectiva individual e na universalização do sujeito do feminismo como mulher branca, e assim ignorando questões históricas e sociologicamente posicionadas. Ademais, a visão interseccional supera a ideia de mulher universal para colocar outras formas de discriminação que, concretamente, agravam as vulnerabilidades de algumas mulheres grávidas.

⁶ bell hooks, *O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras* (Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020), 49.

⁷ bell hooks, *O feminismo é para todo mundo*, 50-51.

⁸ Thaiza Pauluze, “No Brasil, aborto vitima mais mulheres negras do que brancas”, *Folha de São Paulo*, 19 de novembro de 2020.

Deste modo, é possível se concluir que, além da proteção da vida da mulher em casos em que a própria gravidez ameaça sua vida, de igual modo é necessário considerar que com a desigualdade social, principalmente da mulher negra, há um recorte de classe e raça que acaba por não proteger qualquer direito à vida. Assim, mulheres brancas costumam obter êxito em abortos clandestinos e seguem impunes desse excessivo punitivismo que a proibição causa, enquanto mulheres negras e pobres muitas vezes morrem em clínicas improvisadas.

1. Considerações gerais sobre o aborto como um direito humano no SIDH: superando o falso maniqueísmo do debate

O aborto, além de ser um direito humano derivado do direito à saúde, à liberdade sexual, ao planejamento familiar e à igualdade de gênero, também subsidia o direito à igualdade material entre as mulheres, considerando as diversas interseccionalidades. Ainda que haja diversos feminismos, decorrentes da própria pluralidade de ser mulher, a liberdade das mulheres sobre seu próprio corpo e o direito ao aborto é um ponto que os une na luta. Mesmo diante de uma lógica do feminismo liberal, já salientado neste trabalho como insuficiente para lidar com todas as interseccionalidades e focado no direito individual das mulheres, a proibição do aborto é rechaçada, não o aborto em si – sem considerar a realidade de cada mulher – frente à ideia de dignidade e autonomia sobre o corpo.

Partindo da abordagem das capacidades,⁹ resta clara a justificativa do aborto legal em casos de violência sexual ou em caso de risco de vida da potencial mãe. Além de o direito ao aborto seguro garantir a dignidade da mulher, pois o direito à saúde é essencial para tal, deixa de reforçar hierarquias sociais e econômicas baseadas em gênero.¹⁰

Antes da viabilidade, a existência contínua do feto como um ser com direito à dignidade humana está inteiramente condicionada à prestação de apoio afirmativo por parte da mulher. Nestas circunstâncias, não se pode dizer que um feto tenha “direito à vida”, a menos que, de uma perspectiva normativa, a mulher também tenha o dever correspondente de dar tal apoio afirmativo. Em uma sociedade liberal que valoriza a autonomia individual, haverá também

⁹ “The Capabilities Approach (CA), a theoretical approach to quality-of-life assessment and to theorizing about basic social justice, emerged as an alternative, in the global development context, to theories that focus on economic growth as the main indicator of a nation’s or region’s quality of life”. Rosalind Dixon e Martha C. Nussbaum, “Abortion, dignity, and a capabilities approach”, em *Feminist constitutionalism: global perspectives*, ed. por Beverley Baines, Daphne Barak-Erez e Tsvi Kahana (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 67.

¹⁰ Dixon e Nussbaum, “Abortion, Dignity, and a Capabilities Approach”, 74.

poucas circunstâncias em que seja legítimo - do ponto de vista de noções de justiça igualitária - impor tal dever.¹¹ (Tradução própria)

Isso pois é necessário afastar a suposição de que as mulheres são as cuidadoras naturais dos filhos, e tomar consciência dos papéis de gênero socialmente impostos por pressionar as mulheres a sacrificar a participação na esfera pública em prol do cuidado. Isso decorre da própria visão da divisão sexual do trabalho, que em si perpetua preconceitos e viola direitos. O argumento de igualdade, enquanto importante para iluminar a operação da desigualdade sexual na sociedade, não bastaria como uma descrição da liberdade reprodutiva como direito humano.

Além disso, há a opressão quanto à sexualidade das mulheres e o cumprimento do papel materno. No entanto, usar o aborto como uma barreira para evitar as piores imposições de desigualdade não fornece uma justificativa completa do aborto como direito humano, independentemente da condição social da mulher. É necessário que ambas as dimensões sejam colocadas como interdependentes.¹²

Superando a ideia liberal, que por si só já seria argumento propício a defender o aborto como direito humano, a perspectiva descolonizadora, antirracista e anti-capitalista se coloca como resposta ainda mais importante considerando o projeto eugênico de necropolítica que permanece até hoje. A proibição do aborto não o impede, mas seleciona seu acesso. Mulheres brancas e ricas abortam. Negras e pobres, morrem.¹³

Isso pois as “sociedades capitalistas sempre tentaram regular a sexualidade, mas os meios e os métodos para isso variam historicamente”, seja determinando o sexo aceitável do pecaminoso, seja pelo binarismo de gênero e a heteronormatividade, difundidos pelo colonialismo e pela cultura de massa, com um conceito estático de família.¹⁴ A Pesquisa Nacional do Aborto demonstrou que 24% das mulheres que buscam aborto eram negras (pretas e pardas) e apenas 9% se declararam brancas. São essas mulheres que também interrompem a gravidez mais tardiamente.¹⁵

¹¹ Dixon e Nussbaum, “Abortion, Dignity, and a Capabilities Approach”, 71-72.

¹² Jennifer S. Hendricks, “Pregnancy, equality, and U.S. constitutional law”, em *Feminist constitutionalism: global perspectives*, ed. por Beverley Baines, Daphne Barak-Erez e Tsvi Kahana (Cambridge: Cambridge University Press, 2012).

¹³ “O lugar em que nos situamos determinará nossa interpretação sobre o duplo fenômeno do racismo e sexismo. Para nós o racismo se constitui como a sintomática que caracteriza a neurose cultural brasileira. Nesse sentido, veremos que sua articulação com o sexismo produz efeitos violentos sobre a mulher negra em particular”. Lélia Gonzalez, *Por um feminismo afro-latino americano* (Rio de Janeiro: Zahar, 2020).

¹⁴ Arruza, Bhattacharya e Fraser, *Feminismo para os 99%*, 68-69.

¹⁵ Nathália Diórgenes Ferreira Lima e Rosineide de Lourdes Meira Cordeiro, “Aborto, racismo e violência: reflexões a partir do feminismo negro”, *Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, n.º 46 (2020): 108.

Na seara do Direito Internacional dos Direitos Humanos é possível destacar uma “cegueira de gênero” no que diz respeito aos primeiros pactos e convenções universais e regionais quanto à vulnerabilidade de gênero.¹⁶

No contexto interamericano, desde 2011 a CIDH já recomendou aos países adequar seus ordenamentos internos quanto às práticas e às políticas públicas no âmbito de saúde, com informação oportuna, completa, acessível, fidedigna e oficiosa em matéria sexual e reprodutiva,¹⁷ difusão massiva de informação às adolescentes e às mulheres indígenas, afrodescendentes e camponesas, para garantir decisões informadas sobre sua saúde reprodutiva.

É possível perceber que a CIDH sempre demonstra sua preocupação com o olhar interseccional ao tratar de direitos reprodutivos e sexuais. Apesar do termo interseccionalidade ser cunhado, em vanguarda, por Kimberle Crenshaw,¹⁸ atualmente ganha outros contornos. Não apenas pela crítica de Angela Davis quanto ao seu caráter excessivamente punitivista e colonizador,¹⁹ mas também porque, no contexto do SIDH, outras discriminações como idade, situação geográfica, condições de saúde – dentre muitas outras – são levadas em consideração.²⁰

Ao considerar que estereótipos de gênero influenciam na vulneração da autonomia reprodutiva das mulheres,²¹ afirmou que obrigar mulheres e meninas a seguir com uma gravidez fruto de estupro causa danos físicos e mentais e, por este motivo, os direitos reprodutivos e sexuais devem ser respeitados por todos os Estados da OEA.²²

¹⁶ Rocío Villanueva Flores, “Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos”, *Revista IIDH*, n.º 43 (2006): 392.

¹⁷ Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), *Informe sobre el Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.61, 22 novembro 2011, p. 37.

¹⁸ Kimberle W. Crenshaw, *Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics* (Chicago: University of Chicago Legal, 1989).

¹⁹ “Então, a interseccionalidade Crenshaw está servindo para garantir êxitos dos chamados por ela de ‘feminismos carcerários’. Engajados na punição dos homens negros agressores de mulheres. Já sabemos em que medida a colonização produziu o agressor, acredito já ter passado da hora de o homem negro se descolonizar. Através da punição da lei é impossível a ressocialização de alguém que a sociedade branca nunca quis; do mesmo modo, no âmbito das diretrizes mundiais contra o racismo institucional não servem para a prisão; afinal, ela nasceu por demanda do racismo”. Carla Akotirene, *Interseccionalidade* (São Paulo: Jandaíra, 2020). Muito se diz a respeito do encarceramento em massa e do punitivismo do Brasil, que se coloca como contrapartida a respeito das discriminações de gênero.

²⁰ Para maiores informações sobre o assunto: Relatório “Mujeres Indígenas” e Voto disidente no caso *Gonzalez Lluy vs. Equador*.

²¹ CIDH, *Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 7 junho 2010, p. 29; *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: la educación y la salud*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 65, 28 dezembro 2011, p. 144.

²² CIDH, *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.233/19, 14 novembro 2019, p. 91.

Do mesmo modo, incumbe ressaltar que a CIDH já se posicionou quanto a que o aborto, dentro do contexto de saúde sexual, está abarcado pela proteção do direito à vida, reconhecendo as ameaças do aborto inseguro e permitindo a interrupção voluntária da gravidez em casos de: i) perigo à vida da mulher; ii) inviabilidade de o feto sobreviver; iii) violência sexual, incesto e inseminação forçada, acesso imediato a métodos anticonceptivos.

Em comunicado de imprensa, também reconheceu a CIDH a estreita relação entre pobreza, abortos inseguros e altas taxas de mortalidade materna, e outros fatores estruturais, como desigualdade, racismo, discriminação e violência, que impedem mulheres de usufruir de seus direitos fundamentais, como o direito à saúde. Assim, afirma:

A Comissão também sublinha o impacto negativo das leis que criminalizam o aborto de forma absoluta sobre a dignidade e os direitos à vida, integridade pessoal, saúde, assim como o direito geral das mulheres a viverem livres de violência e discriminação. A criminalização absoluta do aborto, inclusive nos casos em que a vida da mulher está em perigo e quando a gravidez é resultado de violação sexual ou incesto, impõe uma carga desproporcional sobre o exercício dos direitos da mulher, e cria um contexto que facilita abortos inseguros e altas taxas de mortalidade materna. Negar às mulheres e meninas o acesso a serviços de aborto seguro e legal ou assistência pós-aborto pode causar sofrimento físico e psicológico prolongado e excessivo para muitas mulheres, especialmente em casos de riscos à saúde, não-viabilidade do feto ou gravidez resultante de incesto ou violação.²³ (Tradução própria)

Da mesma forma, a CIDH insta os Estados da região a adotarem legislação que garanta o efetivo exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos à mulher, entendendo que a “negação da interrupção voluntária da gravidez em certas circunstâncias constitui uma violação dos direitos fundamentais das mulheres, meninas e adolescentes”.²⁴

Do mesmo modo, a jurisprudência da Corte IDH já entendeu que os direitos sexuais e reprodutivos incluem o direito à igualdade e não discriminação, à integridade pessoal, à dignidade e ao acesso à informação, entre outros.²⁵ A fim de demonstrar

²³ OEA, Declaración sobre la violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes y sus derechos sexuales y reproductivos, OEA/Ser.L/II.7.10 MESECVI/CEVI/DEC.4/14, 19 de septiembre 2014, <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/declaracionderechos-es.pdf>.

²⁴ OEA, Declaración sobre la violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes.

²⁵ Conforme casos: Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización *in vitro*) vs. Costa Rica, Sentencia de 28 noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 264; Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones. Serie C, núm. 221, párr. 97; Caso Xákmok Kásek vs. Paraguay, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 214.

o impacto que o *corpus iuris interamericano* aqui descrito teve na evolução da matéria na região, o próximo capítulo tem como objetivo analisar as políticas públicas envolvendo o aborto na região.

2. Panorama regional: onde cada país está e para onde caminha?

Neste tópico, a realidade de alguns países acerca do tema do aborto foi trazida a fim de demonstrar o impacto do sistema interamericano em relação ao tema na região. A escolha metodológica se baseou principalmente em precedentes progressistas na região, profundamente impactados pelo sistema, para possibilitar comparação com a realidade brasileira.

2.1. Argentina e Uruguai

A Argentina é uma das precursoras latino-americanas quanto à temática do aborto, com a vigência da Lei no 27.610/2021, reconhecendo o direito de interromper a gravidez até a 14ª semana, ou, em casos excepcionais (como violações sexuais ou ameaça à vida da gestante), até a 15ª semana.²⁶

Conforme o Conselho Latino-americano de Ciências Sociais, eram realizados 500.000 abortos clandestinos por ano, com grande desigualdade entre as que conseguiam arcar com as custas de um bom procedimento e mínimas garantias sanitárias. A estimativa era de que ao menos 40.000 mulheres ao ano eram hospitalizadas por complicações resultantes de abortos inseguros, sendo a causa de morte de uma mulher a cada 10 dias.²⁷

No Uruguai, a Lei 18.987 de Interrupção Voluntária da Gravidez (IVG) já existe desde 2012. Os números obtidos após a lei mostram que entre 2001 e 2005 o país registrou 67 mortes maternas (25 delas em consequência de abortos inseguros), enquanto entre 2013 e 2016 foram constatadas três mortes, todos abortos realizados fora do sistema de saúde.

Além disso, a educação sexual e reprodutiva também mudou no país, tendo metade das 44.619 mulheres que foram orientadas sobre o método de interrupção voluntária da gravidez se apresentado para a consulta pós-aborto, e 85% escolheram algum método anticoncepcional gratuito no sistema de saúde público. Por fim, após ter crescido 27% no primeiro ano da lei, entre 2016 e 2017 o aumento no número de abortos foi de 2%.

²⁶ Argentina, Ley 27610. “Acesso a la interrupción voluntaria del embarazo”, *Boletín Oficial de la República Argentina*. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primeira/239807/20210115>.

²⁷ Conselho Latino-americano de Ciências Sociais, “En Argentina, la interrupción voluntaria del embarazo es ley”, <https://www.clacso.org/en-argentina-la-interrupcion-voluntaria-del-embarazo-es-ley/>.

Convém destacar que ambos os países têm uma tradição de diálogos com o sistema interamericano, seja por meio de cláusulas constitucionais abertas, seja internalizando precedentes sobre matérias relevantes mesmo sem serem implicados diretamente na Corte ou Comissão. Assim, não nos parece haver coincidência nesta postura de engajamento também em relação aos direitos das mulheres.

2.2. Brasil

O Brasil trata a questão do ponto de vista criminal, sendo a abortante punida com detenção de um a três anos, exceto em caso de aborto necessário ou em gravidez resultante de estupro. A terceira hipótese foi estabelecida jurisprudencialmente em 2012, tendo o Supremo Tribunal Federal permitido a interrupção da gravidez em caso de feto com anencefalia.²⁸ Uma ação, ainda pendente, busca a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, tendo em vista que, no precedente mencionado, muito se debateu acerca da teoria de início de vida, frente à lacuna constitucional neste sentido.²⁹

Quanto à situação específica do Brasil, a Comissão Interamericana, após visita *in loco*, chegou a versar sobre o direito ao aborto em suas recomendações. Conquanto timidamente, o relaciona à saúde sexual e reprodutiva das mulheres:

Adotar medidas integrais para respeitar e garantir os direitos à saúde sexual e reprodutiva das mulheres, reforçando a disponibilidade e a continuidade na oferta de serviços essenciais. Em particular, garantir o acesso à saúde materna de qualidade; acesso seguro a métodos de contracepção, incluindo anticoncepcionais de emergência; interrupção voluntária da gravidez, quando aplicável; acesso a informações verdadeiras e não censuradas, bem como à educação integral necessária para que mulheres e meninas possam tomar decisões livres e autônomas.³⁰

Não se pode deixar de notar que, ainda que o controle de convencionalidade seja uma realidade crescente na região, o sistema interamericano ainda encontra desconhecimento e resistência no terreno jurídico brasileiro. Assim sendo, também não nos parece coincidência a ignorância dos precedentes interamericanos sobre a matéria e o retrocesso no que diz respeito, inclusive, às hipóteses de aborto legal que se observam.

²⁸ Brasil, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental-ADPF 54, Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012.

²⁹ Brasil, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442. Pende decisão.

³⁰ CIDH, Situação dos direitos humanos no Brasil: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021, OEA/Ser.L/V/II. Doc.9/21, 12 fevereiro 2021, p. 201.

2.3. Costa Rica

No Código Penal da Costa Rica há a tipificação de aborto com ou sem consentimento, aborto procurado (que dá consentimento a alguém fazê-lo), aborto *honoris causa* (para proteger a honra da mulher), aborto impune (direcionado aos médicos), e aborto culposo.

Em caso emblemático acerca da possibilidade de fertilização *in vitro* na Costa Rica – à época dos fatos, o único Estado no mundo que a proibia expressamente³¹ –, a Corte IDH teve a possibilidade de ratificar os entendimentos da CIDH. Assim, para analisar a possibilidade de uso de embriões no mencionado procedimento foi decidido, no caso *Atavia Murillo e outros vs. Costa Rica*, que “a interpretação histórica e sistemática dos antecedentes existentes no Sistema Interamericano confirma que não é procedente conceder o status de pessoa ao embrião”,³² ou seja que este não é abarcado pelo art. 4 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Portanto, haveria um falso embate de princípios entre o direito à dignidade e saúde reprodutiva da mulher e uma suposta vida, ainda não existente.

Diante da decisão emblemática da Corte IDH no caso em comento, pende o cumprimento de sentença a fim de que a Costa Rica realize plenamente o controle de convencionalidade em relação à disposição.

2.4. El Salvador

Em 2019, a CIDH enviou à Corte IDH o Caso 13.069 (Manuela e família, de El Salvador), frente à detenção ilegal de uma jovem que se encontrava recebendo assistência médica, sendo condenada a 30 anos por homicídio agravado por ter realizado um aborto. Assim, concluiu a CIDH que o Estado violou o direito à vida, à saúde, às garantias judiciais e à proteção judicial, tendo em vista que a vítima não recebeu um diagnóstico médico completo quando foi privada de liberdade, tampouco assistência médica, falecendo por uma doença cujos sinais se manifestam há anos. Seu falecimento também não enfrentou investigação adequada.³³

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Caso Artavia Murillo e outros (Fertilização in Vitro) vs. Costa Rica*, Sentença de 28 de novembro 2012, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Série C, núm. 257.

³² Quanto ao Comitê Cedaw, este também expressou sua preocupação “pelo potencial que as leis antiaborto têm de atentar contra o direito da mulher à vida e à saúde. O Comitê estabeleceu que a proibição absoluta do aborto, bem como sua penalização sob determinadas circunstâncias, viola o disposto na Cedaw. Esta interpretação foi ratificada no Caso *L.M.R. vs. Argentina*, no qual o Comitê observou que negar o aborto legal em um caso de estupro causou à vítima sofrimento físico e mental, com o que se violou seu direito à intimidade e a não ser submetida a tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante”. UN - Cedaw, *Caso L.M.R. vs. Argentina*, CDH, Com. No. 1608/2007. Doc. ONU CCPR/C/101/D/1608/2007 (2011).

³³ CIDH, Informe de Mérito No. 153/18, *Caso 13.069, Manuela e família, El Salvador*, 7 de dezembro de 2018.

Além disso, não foram respeitados a presunção de inocência e o princípio da igualdade e da não discriminação, em se considerando a aplicação de uma série de estereótipos de gênero ao longo do processo penal, que tiveram o impacto de fechar certas linhas de investigação e impedir a análise exaustiva das provas.

Pende, portanto, o desfecho do processo perante à Corte; todavia, já no relatório da Comissão está assente o dever do estado salvadorenho de realizar o devido controle de convencionalidade em relação à disposição.

2.5. Estados Unidos

Por fim, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos analisou o caso Baby Boy, dos Estados Unidos da América, e declarou que duas sentenças da Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos – legalizando o aborto sem restrição de causa antes da viabilidade fetal –, não violavam a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. A CIDH rejeitou o argumento de que o artigo I da Declaração havia incorporado a noção de direito à vida desde o momento da concepção, considerando que a Nona Conferência Internacional Americana “enfrentou esta questão e decidiu não adotar uma redação que houvesse claramente estabelecido esse princípio”.³⁴

No mesmo sentido, a CADH afirmou que a proteção do direito à vida não é absoluta; tampouco teve o objetivo de modificar o conceito de direito à vida que prevaleceu na Declaração Americana. A escrita literal de “em geral, desde o momento da concepção” deve ser lida diversamente da presente nos atos preparatórios, que seria “desde o momento da concepção”, demonstrando claramente a maior limitação do direito à vida pretendida.³⁵

Diante do relatório emitido pela comissão observam-se com preocupação os movimentos atuais – não apenas nos Estados Unidos, mas predominantes em toda a região – do avanço da agenda conservadora de costumes, restritivas das liberdades sexuais e reprodutivas das mulheres, estimuladas muitas vezes por líderes populistas e com pouco apreço às garantias democráticas e aos direitos humanos. Neste cenário, a construção de uma narrativa constitucional comum, a partir do *corpus iuris* interamericano, é importante ferramental não apenas para avançar com uma agenda emancipadora do direito ao aborto, mas, sobretudo, para barrar retrocessos.

3. Constitucionalismo feminista como lente emancipatória

Ainda que a questão avance em passos lentos e encontre muitas barreiras opostas por grupos conservadores, populistas ou religiosos – mas, em suma, por grupos

³⁴ CIDH, Relatório No. 23/81, Caso 2141, *Baby Boy*, Estados Unidos, 1981, p. 19.

³⁵ CIDH, Relatório No. 23/81, p. 25.

que detêm uma perspectiva masculina pautada na hetero e cisnormatividade, muito arraigada em estabelecer papéis sociais de gênero –, é necessário mudar o modo no qual se examina e critica a questão.

O constitucionalismo feminista, neste sentido, repensa seus conceitos fundamentais, bem como permite uma dimensão dialógica no exercício de alteridade e cooperação em que os sujeitos refletem entre si. Isso pois “só assim é possível tomar como premissa a complexidade e propiciar uma verdadeira troca em que os diferentes sistemas tenham a contribuir dentro desse novo espaço”.³⁶

Neste sentido, o constitucionalismo feminista se coloca como resposta epistemológica, teórica e metodológica, reconhecendo direitos fundamentais de forma crítica, ao i) questionar as implicações de gênero de regras e práticas que podem, em primeiro momento, parecer neutras ou objetivas – *ask the woman question*;³⁷ ii) utilizar a razão prática feminista, trazendo aspectos do modelo clássico aristotélico com foco feminino, e das perspectivas que foram excluídas – *feminist practical reasoning*;³⁸ iii) e conscientizar sobre experiências coletivas de opressão – *consciousness-raising*.³⁹

Desta forma, a partir de uma consciência crítica de experiências violadoras de direitos comuns, verificam-se padrões que emergem de narrativas semelhantes, reconhecendo interseccionalidades que se manifestam como discriminações públicas. Ao denunciar opressões relacionadas à subordinação da reprodução social à produção lucrativa e à regulação da sexualidade,⁴⁰ busca liberação antirracista e anti-imperialista, ecológica e internacionalista.⁴¹ Por esse motivo é fundamental o diálogo global-local, pois, ao lado de afirmações de sororidade global, que podem transmitir falsa impressão de homogeneidade, o olhar local se soma uma vez que a opressão assume diferentes formas.⁴²

A ideia é, a partir de um idioma comum da proteção de direitos na região, afirmar um discurso constitucional inclusivo, tolerante,⁴³ e dialógico. Assim, faz-se imprescindível a igualdade de políticas econômicas e sociais, principalmente com análise comparada e com o constitucionalismo multinível como lente que possibilite a abertura emancipatória em relação aos demais sistemas de proteção de direitos humanos.

O constitucionalismo feminista, no âmbito da América Latina, pode se dar por meio do constitucionalismo multinível, tendo em vista o compartilhamento de um passado pautado em desigualdade social e transições democráticas. Isso pois, ao se

³⁶ Melina Girardi Fachin, “Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) Direitos Humanos”, *Revista Ibérica do Direito* 1, n.º 1 (2020): 72.

³⁷ Katherine Bartlett, “Feminist legal methods”, *Harvard Law Review* 103, n.º 4 (1990): 837.

³⁸ Bartlett, “Feminist legal methods”, 850.

³⁹ Bartlett, “Feminist legal methods”, 863.

⁴⁰ Arruza, Bhattacharya e Fraser, *Feminismo para os 99%*, 51.

⁴¹ Arruza, Bhattacharya e Fraser, *Feminismo para os 99%*, 76.

⁴² Arruza, Bhattacharya e Fraser, *Feminismo para os 99%*, 81.

⁴³ Débora Diniz, “Feminismo: modos de ver e mover-se”, em *O que é feminismo?* Cadernos de Ciências Sociais, n.º 12 (Lisboa: Escolar Editora, 2015).

colocar como lente emancipatória que questiona as ordens de poder pré-definidas, é, intrinsecamente, atuante e transformador por meio do diálogo que pode se dar em diversas direções e graus.⁴⁴ Este pode se dar vertical ou horizontalmente, de modo a criar uma rede que permita a maior efetivação do princípio *pro persona*, bem como a articulação entre grupos com mesmos objetivos na luta.⁴⁵

Neste sentido, o diálogo entre juízes vai além da margem estritamente jurídica: é uma manifestação de “desemparedamento territorial” quanto a realidades culturais e linguísticas, dentre outras.⁴⁶ Ao realizar um diálogo nacional horizontal, como o feito anteriormente, foi possível situar o Brasil e sua legislação de interrupção voluntária da gravidez na sua região. Do mesmo modo, o diálogo vertical com o SIDH é essencial para que sejam estabelecidos parâmetros unificados e uníssonos quanto a conceitos como aborto, feto, direito à vida, dentre outros.

Também pelo diálogo entre sistemas regionais de proteção de direitos humanos é possível se perceber quais caminhos percorrer na defesa da vida e da saúde reprodutiva das mulheres. Um exemplo claro é o Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre os Direitos das Mulheres em África,⁴⁷ único dispositivo normativo internacional a reconhecer expressamente o aborto, no artigo que tange a direitos reprodutivos e de saúde.

⁴⁴ Melina Girardi Fachin e Bruna Nowak, “Democracies in danger: are judicial dialogues means to refrain setbacks in Latin America?”, *Revista de Direito Internacional* 17, n.º 2 (2020): 228.

⁴⁵ Como a conquista de direitos humanos é um processo de luta contínuo, na América Latina há o desenvolvimento do *Ius Constitutionale Commune*, o ICCAL: “Contudo, o objetivo principal não é participar de um discurso global sobre princípios abstratos. Pelo contrário, o enfoque é nutrido por experiências concretas, por situações humanas inaceitáveis como resultado de déficits sistêmicos. O *Ius Constitutionale Commune* tem vocação altamente prática: tornar realidade as promessas e garantias constitucionais latino-americanas novas ou reformadas após a era de governos autoritários. Os textos produzidos sob a bandeira do *Ius Constitutionale Commune* respiram um ar idealista: apesar dos problemas já conhecidos com o constitucionalismo na América Latina, ainda se atribui ao direito constitucional um potencial emancipatório”. Armin von Bogdandy, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 34 (2015): 16-17.

⁴⁶ Laurence Burgorgue-Larsen, “A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França”, *Direito, Políticas Públicas e Mundialização* 7, n.º 1 (2010): 262-263.

⁴⁷ O Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre os Direitos das Mulheres em África (Protocolo das Mulheres), adotado em Maputo, Moçambique, em julho de 2003, prevê expressamente, em seu artigo 14 (direitos reprodutivos e de saúde), 2.c) que “Estados membros devem tomar todas as medidas apropriadas para: proteger os direitos reprodutivos da mulher, autorizando abortamento médico em caso de violência sexual, estupro, incesto e quando a continuidade da gravidez traga perigo à saúde mental e física da mãe ou a vida da mãe ou do feto. ACHPR, “Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre os Direitos das Mulheres em África”, julho de 2003, <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=37>.

Deste modo, observando soluções criativas para problemas semelhantes, e fortalecendo os laços da sociedade civil entre países com heranças repartidas, a luta se torna conjunta, superando estigmas individualistas que o próprio feminismo carrega ao lidar com a questão.

Conclusão

O reconhecimento do aborto enquanto direito humano, embora já mencionado expressamente pelo *corpus iuris* interamericano, tem tido progressão crescente na jurisprudência da Corte IDH, bem como nos informes temáticos e de casos da CIDH. Pende, por exemplo, o caso Rosaura Almonte Hernández (“Esperancita”) e Familiares, admitido em 2020 pela Comissão. A jovem de 16 anos em questão, diagnosticada com leucemia linfoblástica aguda e uma gravidez de sete semanas, necessitava tratamento quimioterápico urgentemente. Todavia, os médicos não o forneceram pela possibilidade de efeitos adversos ao feto, de modo que Rosaura morreu um mês e meio depois de internada. A petição foi admitida em relação aos artigos 4, 5, 8, 11, 13, 19, 24, 25 e 26 da CADH, em relação aos artigos 1.1 e 2; e ao art. 7 da Convenção de Belém do Pará.⁴⁸

Casos como esse demonstram como as teorias feministas liberal e interseccional devem ser analisadas para superar a pretensa dicotomia entre direito à liberdade e direito à vida, pois, em muito dos casos – e para parte específica das mulheres (com recorte de raça, gênero, idade, deficiência, posição geográfica) – nenhum dos direitos é protegido ou tutelado.

Os entraves contextuais, considerando a desigualdade da região, mostram tanto a importância de consolidar os parâmetros regionais sobre o tema para que se dialogue com as vítimas em concreto quanto o universo de interseccionalidades que a questão acomoda. Embora outros estados tenham já avançado no reconhecimento da interrupção voluntária da gravidez, retirando-a da esfera penal, como Argentina e Uruguai, o Brasil acaba por se posicionar em posição mediana, uma vez que diversos outros países latino-americanos ainda proíbem indistintamente o aborto.

O desenvolvimento do *corpus iuris* interamericano, que caminha ao seu tempo e permeia (com a paciência da luta pelo possível e nem sempre pelo desejável) mudanças nos parâmetros internos dos Estados, é catalisador também da luta diária das mulheres pelo seu direito à dignidade, à escolha, à vida, e à saúde reprodutiva, independentemente de sua situação de raça, classe, condição social, posicionamento geográfico ou outro fator discriminatório.

Somente com tais direitos garantidos será possível caminhar rumo à igualdade de gênero e à superação de estigmas ainda muito encrustados na realidade ocidental.

⁴⁸ CIDH, Informe de Admissibilidade No. 67/20, Petição 1223-17, Rosaura Almonte Hernández (“Esperancita”) e Familiares, República Dominicana, 24 de fevereiro de 2020.

De um ponto de vista dialógico, o respeito à saúde reprodutiva e ao planejamento familiar influi nas condições de trabalho e nas jornadas a que as mulheres são submetidas, bem como no reconhecimento do cuidado com o ofício remunerado e sustentador da economia atual.

Deve-se lutar por aquelas que não desejam abortar, por aquelas que desejam, por aquelas que desejaram e não puderam, mas, principalmente, por aquelas que desejaram e não estão mais presentes para defender seus próprios direitos. Além disso, esse direito é a herança intergeracional que até mesmo a mulher que não deseja cumprir seu papel socialmente imposto de cuidado poderá deixar a todas que a seguirem.

Referências

- ACHPR. Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre os Direitos das Mulheres em África. African Commission on Human and Peoples' Rights. <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=37>.
- AKOTIRENE, Carla. *Interseccionalidade*. São Paulo: Jandaíra, 2020.
- ARGENTINA, Lei 27610. "Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo". *Boletín Oficial de la República Argentina*. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/239807/20210115>.
- ARRUZA, Cinzia, Tithi BHATTACHARYA e Nancy FRASER. *Feminismo para os 99%: um manifesto*. São Paulo: Boitempo, 2019.
- BARTLETT, Katherine. "Feminist Legal Methods". *Harvard Law Review* 103, n.º 4 (1990).
- BURGOGUE-LARSEN, Laurence. "A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França". *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização* 7, n.º 1 (2010).
- DINIZ, Débora. "Feminismo: modos de ver e mover-se". Em *O que é feminismo?* Cadernos de Ciências Sociais, n.º 12. Lisboa: Escolar Editora, 2015.
- DIXON, ROSALIND e Martha C. NUSSBAUM. "Abortion, dignity, and a capabilities approach". Em *Feminist constitutionalism: global perspectives*, editado por Beverley BAINES, Daphne BARAK-EREZ e Tsvi KAHANA. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- CONSELHO LATINO-AMERICANO DE CIÊNCIAS SOCIAIS. "En Argentina, la interrupción voluntaria del embarazo es ley". Clacso. <https://www.clacso.org/en-argentina-la-interrupcion-voluntaria-del-embarazo-es-ley/>.
- CRENSHAW, Kimberle W. *Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics*. Chicago: University of Chicago Legal, 1989.
- FACHIN, Melina Girardi. "Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) Direitos Humanos". *Revista Ibérica do Direito* 1, n.º 1 (2020).

- FACHIN, Melina Girardi e Bruna NOWAK. “Democracies in danger: are judicial dialogues means to refrain setbacks in Latin America?”. *Revista de Direito Internacional* 17, n.º 2 (2020).
- FLORES, Rocío Villanueva. “Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos”. *Revista IIDH*, n.º 43 (2006).
- FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Boiteux, 2009.
- GONZALEZ, Lélia. *Por um feminismo afro-latino americano*. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.
- GROSSU, Arina. “Margaret Sanger, racist eugenicist extraordinaire”. Center for Human Dignity at Family Research Council. <https://www.frc.org/op-eds/margaret-sanger-racist-eugenicist-extraordinaire>.
- HENDRICKS, Jennifer S. “Pregnancy, equality, and U.S. constitutional law”. Em *Feminist constitutionalism: global perspectives*, editado por Beverley BAINES, Daphne BARAK-EREZ e Tsvi KAHANA. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- HOOKS, bell. “Mulheres negras: moldando a teoria feminista”. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n.º 16 (2015).
- HOOKS, bell. *O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020.
- LIMA, Nathália Diórgenes Ferreira e Rosineide de Lourdes MEIRA CORDEIRO. “Aborto, racismo e violência: reflexões a partir do feminismo negro”. *Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, n.º 46 (2020).
- OEA. Declaración sobre la violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes y sus derechos sexuales y reproductivos. OEA/Ser.L/II.7.10 MESECVI/CEVI/DEC.4/14, 19 de septiembre 2014. <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/declaracionderechos-es.pdf>.
- PAULUZE, Thaiza. “No Brasil, aborto vitima mais mulheres negras do que brancas”. *Folha de São Paulo*, 19 de novembro de 2020.
- UN WOMEN. “Fourth World Conference on Women. Beijing, China - September 1995. Action for Equality, Development and Peace”. <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20E.pdf>.
- VON BOGDANDY, Armin. “Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”. *Revista Derecho del Estado*, n.º 34 (2015).

Jurisprudência

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54. Relator(a): Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012. 54, 12 de abr. de 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442. Pende decisão.
- CIDH. Relatório No. 23/81. Caso 2141. Baby Boy, Estados Unidos, 1981.

- CIDH. Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 7 junho 2010.
- CORTE IDH. Caso Xákmok Kásek vs. Paraguay, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 214.
- CORTE IDH. Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 221.
- CIDH. Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos. OEA Ser.L/V/II. Doc.61, 22 novembro 2011.
- CIDH. Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: la educación y la salud. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 65, 28 dezembro 2011.
- CORTE IDH. Caso Artavia Murillo e outros (Fertilização *in Vitro*) vs. Costa Rica, Sentença de 28 de novembro 2012. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Série C, núm. 257.
- CIDH. Informe de Mérito No. 153/18. Caso 13.069. Manuela e família. El Salvador, 7 de dezembro de 2018.
- CIDH. Informe sobre violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe. OEA/Ser.L/V/II. Doc.233/19, 14 novembro 2019.
- CIDH. Informe de Admissibilidade No. 67/20. Petição 1223-17. Rosaura Almonte Hernández (“Esperancita”) e Familiares, República Dominicana, 24 de fevereiro de 2020.
- CIDH. Situação dos direitos humanos no Brasil: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. OEA/Ser.L/V/II. Doc.9/21, 12 fevereiro 2021.
- UN - CEDAW. Caso L.M.R. vs. Argentina, CDH, Com. No. 1608/2007. Doc. ONU CCPR/C/101/D/1608/2007 (2011).

Tatiana Limas Córdoba* (Colombia)
Daniela Camacho Vinuesa** (Colombia)

Mujeres de paz: el papel de la mujer víctima de graves violaciones de los derechos humanos en la construcción de memoria***

RESUMEN

La construcción de memoria ha sido considerada una medida fundamental para garantizar el derecho a la verdad de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y, en el caso de las mujeres, esta medida ha debido materializarse desde un enfoque diferencial e interseccional, a fin de obtener verdaderos efectos reparadores. Asimismo, las mujeres, a través de distintas manifestaciones simbólicas en el espacio público, también han aportado a la construcción de memorias colectivas para visibilizar la situación de violencia y discriminación, generando escenarios de denuncia y dignificación, lo que las ha convertido en partícipes indispensables del cambio social que, además, buscan dismantelar los sistemas de opresión. En este contexto, la implementación del arte es esencial para materializar estos actos de resistencia y

* Egresada del Programa de Derecho de la Universidad Cesmag, Pasto. Miembro del semillero de investigación de Derecho Público. Investigadora activa. tatiana51299@gmail.com / código orcid: 0000-0002-7397-4952.

** Doctoranda en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid; magíster en Derecho Administrativo, Universidad del Cauca; abogada, Universidad Mariana. Conciliadora en Derecho inscrita en el Ministerio de Justicia; docente de tiempo completo e investigadora del Programa de Derecho de la Universidad Cesmag. dcamachounicesmag.edu.co / dcamachovinuesa@gmail.com / código orcid: 0000-0002-8902-9939.

*** Este artículo es producto de la investigación “Alcance de las medidas de satisfacción para garantizar la reconstrucción del tejido social y el derecho a la verdad de las víctimas de desaparición forzada en Colombia, a partir de la construcción de memoria colectiva desde el año 2014 a 2020”, desarrollada en la Universidad Cesmag; así mismo, es un producto derivado de la investigación “La reparación transformadora a las víctimas del conflicto armado en Colombia, como una forma de reparación de los daños ocasionados por violaciones manifiestas a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario”, desarrollada como tesis doctoral en la Universidad Carlos III de Madrid.

lucha contra el olvido, reivindicando así sus derechos y exigiendo el reconocimiento y la protección de estos por parte de la institucionalidad para, finalmente, aportar a la reconstrucción del tejido social y la consolidación de un Estado en paz.

Palabras clave: interseccionalidad; memoria colectiva; reparación.

Women of peace: the role of women victims of serious human rights violations in the construction of memory

ABSTRACT

The construction of memory has been considered a fundamental measure for guaranteeing the right of victims of serious human rights violations to the truth. In the case of women, this measure has had to be materialized from a differential and intersectional approach in order to obtain true restorative effects. Women have also contributed to the construction of collective memories through different symbolic demonstrations in public spaces in order to shine a light on the situation of violence and discrimination, denouncing it and demanding respect for their dignity, making them indispensable participants who contribute to social change and seek to dismantle systems of oppression. The implementation of art is essential for materializing these acts of resistance and the fight against oblivion, through which they claim their rights and demand the recognition and protection of their rights by institutions, in order to ultimately contribute to the reconstruction of the social fabric and the consolidation of a State at peace.

Keywords: Intersectionality; collective memory; reparation.

Frauen für den Frieden: die Rolle von Frauen, die Opfer schwerer Menschenrechtsverletzungen wurden, bei der Konstruktion von Erinnerung

ZUSAMMENFASSUNG

Die Konstruktion von Erinnerung gilt als wesentliche Maßnahme für die Gewährleistung des Rechts auf Wahrheit von Opfern schwerer Menschenrechtsverletzungen, wobei ihre Umsetzung im Fall von Frauen aus einer differenzierenden, intersektionalen Perspektive erfolgen muss, um ihre Wirkung im Sinne einer tatsächlichen Wiedergutmachung zu entfalten. Gleichzeitig tragen Frauen durch vielfältige symbolische Aktionen im öffentlichen Raum zur Konstruktion kollektiver Erinnerungen bei, mit denen Gewalt und Diskriminierung bekannt gemacht und Räume für die Anklage, aber auch zur Wiederherstellung von Würde geschaffen werden; Frauen werden damit zu unverzichtbaren Mitwirkenden, die einen Beitrag zum gesellschaftlichen Wandel leisten und zugleich versuchen, auf Unterdrückung beruhende Systeme zu überwinden. Die künstlerische Darstellung spielt bei der Umsetzung solcher Zeichen des Widerstands und Kampfes gegen das Vergessen eine wesentliche Rolle, indem sie ihre Rechte einfordern und auf deren Anerkennung und Einhaltung durch die Institutionen bestehen, um in letzter Instanz einen Beitrag zur Wiederherstellung des sozialen Gewebes und zur Konsolidierung eines befriedeten Staates leisten.

Schlagwörter: Intersektionalität; kollektives Gedächtnis; Wiedergutmachung.

*Ya somos brazos fuertes hasta en nuestro gobierno,
hasta donde llegamos a luchar por el Pueblo.
¡Qué vivan las mujeres que sabemos luchar!
¡Qué vivan las mujeres que buscamos la paz!
¡Que vivan las mujeres!*

CANCIÓN INÉDITA DE PIEDAD JULIO RUIZ

Introducción

El surgimiento de escenarios de conflictos armados y guerras en el mundo ha ocasionado el menoscabo de los derechos humanos de la sociedad en general; sin embargo, la violencia de aquí derivada afecta a las mujeres de manera específica y diferenciada, en razón de que estas se encuentran sometidas en mayor medida a distintos vejámenes en contra de su libertad sexual, incluida la violación y esclavitud sexual, la coacción a la prostitución, el embarazo, el aborto y la esterilización forzados. Situaciones que si bien se presentan en contextos de paz –debido a la consolidación de escenarios de opresión y discriminación–, en escenarios de conflicto alcanzan mayor frecuencia y nuevos niveles de crueldad.¹

Por lo anterior, desde el derecho internacional se han proferido varios instrumentos que propenden por la protección de los derechos humanos de las mujeres, donde se describen una serie de medidas de satisfacción para la reparación de los daños que se hayan podido ocasionar, en los que se resalta especialmente la construcción de memoria que garantiza el derecho a la verdad de las mujeres víctimas (incorporada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]) en sus pronunciamientos con el fin de garantizar una reparación integral efectiva).

En Colombia, los operadores judiciales han adoptado estas disposiciones internacionales buscando contribuir a la materialización efectiva de los derechos esenciales de las víctimas del conflicto armado interno, para lo cual han tenido en cuenta un enfoque diferencial e interseccional para dar lugar a la creación de escenarios destinados a hacer visibles las vivencias de las mujeres víctimas, que se encuentran en la intersección de categorías diferenciales, lo que ha permitido mostrar una multiplicidad de relatos que contribuyen al esclarecimiento de la verdad y a su dignificación.²

¹ ONU Mujeres, Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres, *Manual de consulta de ONU Mujeres sobre las mujeres, la paz y la seguridad* (Ginebra: ONU Mujeres, 2012), 12, <https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2012/10/un-women-sourcebook-on-women-peace-and-security>.

² Tania Bolaños e Isabella Flisi, *Enfoque diferencial e interseccionalidad* (Bogotá: Fundación Max Planck para la Paz Internacional y el Estado de Derecho, Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, 2017), 58, <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/enfoquediferencialinterseccional.pdf>.

Aunado a lo anterior, de manera colectiva e independiente de la institucionalidad, las mujeres se han organizado dentro de la sociedad para expresar su inconformismo, realizando actos de denuncia pública frente a las graves violaciones de sus derechos humanos; esto las ha llevado a su empoderamiento como sujetos políticos,³ lo que implica que sean agentes activos y participativos dentro de la agenda pública. Así, las organizaciones de mujeres víctimas, a través de sus diversas manifestaciones y acciones simbólicas, han aportado a la construcción de un marco colectivo de memoria, lo que ha contribuido a la consolidación de escenarios de solidaridad y resistencia.

Ahora bien, las mujeres han decidido utilizar el arte como ejercicio de memoria colectiva para luchar por la dignidad humana y la búsqueda de la verdad, a fin de convertirlo en un mecanismo de denuncia que permita visibilizar la situación de violencia y discriminación que han debido afrontar y, por ende, como un instrumento de litigio indispensable para reivindicar sus derechos, que en ocasiones no suelen ser garantizados por el Estado.

Con base en lo anterior, en el presente texto se procederá a analizar cómo desde el derecho internacional se ha venido construyendo un marco jurídico para la protección real de los derechos de las mujeres, que históricamente han sido conculcados, situación que se evidencia con mayor fuerza en contextos de conflicto. Igualmente, se mostrará que el papel de las mujeres víctimas resulta fundamental en la agenda pública, en razón de que ellas –como protagonistas en el espacio público– deciden organizarse de forma colectiva para realizar actos de resistencia y lucha contra el olvido, con el único objetivo de reclamar la garantía de sus derechos a la verdad y la memoria a través de espacios de solidaridad y denuncia.

Por último, a partir de algunos casos se ilustrará la manera en que las mujeres, por medio de su identidad y patrimonio cultural, llevan a cabo manifestaciones artísticas dentro del territorio nacional con el propósito de visibilizar y denunciar el conflicto armado interno, buscando un reconocimiento por parte del Estado y exigiendo una administración efectiva de la justicia que garantice sus derechos esenciales. Además, el arte se constituye en un instrumento que sirve para promover la transformación social y contribuye a la superación del periodo de victimización transitando hacia una etapa de resiliencia y dignificación para consolidar escenarios de paz.⁴

³ Lelya Troncoso e Isabel Piper, “Género y memoria: articulaciones críticas y feministas”, *Athena Digital. Revista de Pensamiento e Investigación Social* 15, n.º 1 (2015): 82.

⁴ Valentina Ordóñez, “Los tejidos de Mampuján: una lectura desde la reparación simbólica”, en *Reparación simbólica: jurisprudencia, cantos y tejidos*, ed. por Yolanda Sierra (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018), 291-343.

1. Escenarios de graves violaciones de los derechos humanos contra las mujeres en contextos de conflicto

De conformidad con lo establecido por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), se considera que “el reconocimiento de que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación y, por consiguiente, una violación de los derechos humanos, sirve de punto de entrada para comprender el contexto general del que surge dicha violencia”;⁵ el cual se ha venido consolidando debido a las relaciones de poder históricamente desiguales entre las mujeres y los hombres, que se manifiestan tanto en la vida pública como privada.

La violencia contra las mujeres asume numerosas formas que se presentan en una serie continua de manifestaciones múltiples, interrelacionadas y a veces recurrentes. Igualmente, existen factores de riesgo conexos que exacerbaban la situación de violencia contra las mismas, entre los que se destacan: la condición económica, la raza, la edad, la orientación sexual, situaciones de discapacidad, el origen étnico, la nacionalidad, la religión, la situación de migración, el conflicto armado, entre otros.

Asimismo, existen otros escenarios de dominación hacia las mujeres, como es el caso de la explotación del trabajo productivo y reproductivo, el control sobre su sexualidad, la capacidad de reproducción y las estructuras estatales que legitiman e institucionalizan las desigualdades de género; además, en tiempos de guerra y desintegración social, estas prácticas alcanzan mayor frecuencia y nuevos niveles de crueldad.⁶

Si bien la ocurrencia de conflictos genera una violación masiva y sistemática de los derechos humanos de todos los individuos que se encuentran inmersos en esta situación –tal como sucede en los conflictos armados–, este tipo de violencia afecta a las mujeres de manera específica y diferenciada en razón de que ellas, además de estar sometidas a homicidios, ejecuciones extrajudiciales, desplazamiento forzado, desaparición forzada, enfrentan situaciones que atentan contra su libertad sexual, incluida la violación y esclavitud sexuales, la coacción a la prostitución, el embarazo, el aborto y la esterilización forzados.⁷

La violencia sexual en sus diversas manifestaciones se califica como crimen de guerra y lesa humanidad, según el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI).⁸ Algunos ejemplos pueden ubicarse en Argelia, Vietnam, Camboya,

⁵ Naciones Unidas, *Poner fin a la violencia contra la mujer: de las palabras los hechos* (Nueva York: Naciones Unidas, 2006), 27, https://www.un.org/womenwatch/daw/public/VAW_Study/VAW-Spanish.pdf.

⁶ ONU Mujeres, *Manual de consulta...*, 12.

⁷ Naciones Unidas, *Poner fin a la violencia...*, 52.

⁸ Corte Penal Internacional (CPI), “Estatuto de Roma”, artículo 7, [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

Bangladesh, Liberia, Bosnia-Herzegovina⁹ y Ruanda. En este último país fueron violadas entre 250.000 y 500.000 mujeres durante el genocidio de 1994; por su parte, en Bosnia, entre 20.000 y 50.000 mujeres durante el conflicto que comenzó en 1990, y aproximadamente 200.000 mujeres y niñas fueron violadas durante el conflicto armado de Bangladesh en 1971.¹⁰

Ahora bien, en América Latina este contexto no ha sido diferente, puesto que en países como Guatemala,¹¹ Argentina,¹² Chile,¹³ El Salvador,¹⁴ Haití,¹⁵ Colombia,¹⁶ Perú¹⁷ y México¹⁸ se presentaron diferentes escenarios de conflicto a finales del siglo XX, en donde las mujeres fueron gravemente violentadas debido a que la violencia sexual contra estas fue un arma de guerra ampliamente utilizada por los distintos actores del conflicto con el propósito de sembrar terror en las comunidades, ocasionar desplazamientos y debilitar a los grupos enemigos.

En este orden ideas, en escenarios de conflicto armado “las mujeres son particularmente vulnerables porque la estabilidad democrática está severamente

⁹ Marta Torres, “Entre el silencio y la impunidad: violencia sexual en escenarios de conflicto”, *La ventana. Revista de Estudios de Género* 5, n.º 41 (2015), 103.

¹⁰ Naciones Unidas, *Poner fin a la violencia...*, 54.

¹¹ Dentro de este conflicto armado, la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH) encontró una alta incidencia de violencia sexual perpetrada por militares, especialmente en zonas rurales o indígenas.

¹² Desde de 1984, se intentó documentar la violencia sexual perpetrada por las fuerzas armadas en distintos espacios: las casas de las víctimas, la vía pública, las cárceles y, especialmente, en centros clandestinos de detención (Torres, “Entre el silencio y la impunidad”, 92).

¹³ Durante la dictadura, casi todas las mujeres que fueron torturadas sufrieron también violencia sexual, sin distinción de edad. Al menos unas 316 fueron violadas, entre ellas 11 que estaban embarazadas (Rocío Montes, “Violadas, embarazadas y torturadas: las mujeres como botín de guerra en la dictadura de Pinochet”, *El País*, 11 de septiembre de 2019, https://elpais.com/internacional/2019/09/10/america/1568135550_217522.html).

¹⁴ En este conflicto, la Comisión de la Verdad manifestó que aproximadamente 30% de las combatientes sufrieron acoso sexual, abortos forzados y expulsión por embarazos.

¹⁵ Durante este conflicto, miembros del ejército, de la policía y de grupos paramilitares violaban a las mujeres por sus actividades políticas y su pertenencia a una organización popular (Torres, “Entre el silencio y la impunidad”, 93).

¹⁶ En el conflicto armado colombiano, hechos como la violación y la esclavitud sexual, la coacción a la prostitución, el embarazo, el aborto y esterilización forzados han sido evidentes y han dejado una cifra de al menos 26.534 mujeres afectadas desde el 1 de enero de 1985, según la Unidad para la Atención y la Reparación Integral a las Víctimas (Unidad para las Víctimas).

¹⁷ Durante el conflicto armado en Perú, las condiciones de marginación de las mujeres se agudizaron. Sufrieron violaciones, abuso sexual, abortos forzados, prostitución y más miseria (Torres, “Entre el silencio y la impunidad”, 95).

¹⁸ Aunque no existe un conflicto armado, es evidente la alta incidencia de violencia sexual: en el norte los feminicidios, perpetrados en Ciudad Juárez; en el sur, mujeres rurales e indígenas violadas por soldados en escenarios de conflicto en Guerrero y en Chiapas, así como numerosas violaciones a mujeres centroamericanas migrantes (Torres, “Entre el silencio la impunidad”, 96).

trastocada”;¹⁹ sin embargo, este tipo de violencia se naturaliza y las agresiones hacia las mujeres se vuelven invisibles, a pesar de las investigaciones realizadas por las comisiones de la verdad de cada país latinoamericano.

En el caso colombiano, si bien existe un marco de justicia transicional que busca la consolidación de la verdad y responsabilidad por los delitos cometidos dentro del contexto del conflicto armado, desafortunadamente el reconocimiento de la comisión de delitos de violencia sexual en muchas ocasiones es algo excepcional.²⁰ Sin duda alguna, la instrumentalización de la violencia sexual es utilizada como castigo y ejemplo dentro del orden arbitrariamente impuesto por los grupos armados, cuyo propósito es ejercer control en la esfera pública y privada de las comunidades.²¹

Aunado a lo anterior, es preciso señalar la existencia de violencia contra las mujeres en razón del género, la cual se determina como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”,²² así como toda forma de violencia que la afecte de manera desproporcionada.²³ Esta definición comprende diversas manifestaciones como violación, maltrato, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual, entre otras situaciones²⁴ que se enmarcan como graves violaciones de los derechos humanos y que ya han sido mencionadas.

De lo anterior se deduce que si bien la violencia contra las mujeres en razón del género se presenta en todos los espacios cotidianos de la vida de las mismas, esta tiende a intensificarse en el contexto de un conflicto armado, pues prácticas como los empalamientos y las violaciones colectivas son manifestaciones de esta sevicia perpetrada contra el cuerpo –lo que no es usual en situaciones de normalidad–.

En contextos de guerra se configura una batalla entre hombres que se libra a través de los cuerpos de las mujeres y adquiere formas extremas que apoyan y profundizan paradigmas preexistentes de lo que “debe ser” una mujer y de lo que

¹⁹ Torres, “Entre el silencio y la impunidad”, 107.

²⁰ Tania Vivas y Bernardo Pérez, “Sobre la situación de graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario en contra de las mujeres en el conflicto armado colombiano”, en *Derechos humanos, paz y posconflicto en Colombia*, ed. por Tania Vivas Barrera (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016), 61-106, <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14313/4/Derechos-humanos-paz-y-posconflicto-en-Colombia.pdf>.

²¹ Centro Nacional de Memoria Histórica, *¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad* (Bogotá: CNMH, DPS, 2013), 81, <https://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2016.pdf>.

²² Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), artículo 1. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.

²³ Naciones Unidas, *La violencia contra la mujer: 29/01/92 Cedaw*, Recomendación General 19, https://violenciagenero.org/sites/default/files/cedaw_1992.pdf.

²⁴ OEA, Convención de Belém do Pará, artículo 2.

“debe ser” un hombre, por lo que las violencias de género se presentan como un mecanismo para destruir o violentar a una comunidad o población determinada.²⁵

2. Medidas de satisfacción para la reparación integral a mujeres víctimas de graves violaciones de los derechos humanos: perspectiva internacional

Dentro del derecho internacional se han proferido varios instrumentos para la protección real y efectiva de los derechos humanos de las mujeres, entre los que se destaca la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (Cedaw), en la cual se exhorta a todos los Estados parte para que adopten “todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones”.²⁶

En el mismo sentido está la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), la cual dispone que “toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos”, tales como la vida, la integridad física, psíquica y moral, lo cual implica no ser sometida a torturas o tratos crueles, inhumanos y degradantes; el respeto por la libertad de expresión (donde se incluye la libertad de culto y de asociación); ser tratada como igual ante la ley; el respeto hacia ella y su familia; la igualdad de oportunidades de participar en escenarios del poder público, entre otros.²⁷

Pese a la existencia de instrumentos de derecho internacional de tanta relevancia como los mencionados –entre otros que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico internacional, donde la mujer ha sido el eje central de protección–, es indudable que cuando existen conflictos armados se presentan masivas y sistemáticas violaciones de los derechos humanos de la población civil en general, donde resaltan particularmente los derechos humanos de las mujeres que han sido gravemente conculcados en aquellos contextos.

Por ello se han emitido diversas resoluciones encaminadas a la construcción de medidas de satisfacción, cuyo propósito es garantizar una reparación integral

²⁵ Diana Guzmán y Sylvia Prieto, *Acceso a la justicia: mujeres, conflicto armado y justicia* (Bogotá: Dejusticia, 2013), 22, https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_364.pdf.

²⁶ Naciones Unidas, Asamblea General, *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General, Resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979, artículo 2, https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cedaw_SP.pdf.

²⁷ OEA, Convención de Belém do Pará, artículo 4.

efectiva a las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos. En este sentido, se destaca la Resolución 60/147 de 2005 denominada *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En la resolución se describe una serie de medidas encaminadas a obtener la satisfacción de las víctimas, tales como: i) medidas eficaces para conseguir que no se sigan presentando violaciones de los derechos; ii) la contribución al esclarecimiento de los hechos y con ello a la efectividad del derecho a la verdad de las víctimas; iii) la búsqueda de las personas desaparecidas, la declaración oficial por parte del Estado respecto de la violación de derechos que permita a su vez el restablecimiento de la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella, lo que en muchas ocasiones pueda implicar actos públicos de perdón y la aceptación de la responsabilidad; iv) las sanciones que se deriven de una sentencia judicial o de una decisión administrativa; v) actos conmemorativos en memoria de las víctimas; vi) la pedagogía en derechos humanos con base en los actos ocurridos, de tal forma que se busque evitar situaciones similares, entre otras.²⁸

En la misma línea de la Resolución 60/147 de 2005 se aprobó la *Declaración de Nairobi sobre el derecho de las mujeres y las niñas a interponer recursos y obtener reparaciones*, la cual dispone que este tipo de reparaciones deben ser cuidadosamente diseñadas con conciencia de género y a partir de enfoques especializados, integrados y multidisciplinarios que contribuyan a la reinserción, satisfacción y garantía de no reincidencia.²⁹

Por su parte, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta un enfoque diferencial para la protección y garantía de los derechos humanos de las mujeres, ha emitido una serie de resoluciones que tienen como fin salvaguardar y satisfacer los derechos de estas. En este sentido, se destaca la Resolución 1325 de 2000, en la cual se exhorta a todas las partes en un conflicto armado a que adopten medidas especiales para proteger a las mujeres y las niñas de la violencia por razón de género.³⁰

²⁸ Naciones Unidas, Asamblea General, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006, <https://undocs.org/es/A/RES/60/147>.

²⁹ Coalición por los Derechos de las Mujeres en Situación de Conflicto et al., *Declaración de Nairobi sobre el derecho de las mujeres y las niñas a interponer recursos y obtener reparaciones*, <https://www.fidh.org/IMG/pdf/DeclaraciondeNairobi-es.pdf>.

³⁰ Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, *Resolución 1325*, aprobada por el Consejo de Seguridad en su sesión 4213ª, S/RES/1325, 31 de octubre de 2000, <https://undocs.org/sp/S/RES/1325%282000%29>.

También se relacionan instrumentos como la Resolución 1820 de 2008 que hace un llamado a los Estados miembros para que cumplan con su obligación de enjuiciar a los responsables de delitos de violencia sexual, evidenciando la materialización de investigación y búsqueda de verdad;³¹ la Resolución 1889 de 2009 solicita que en los informes que presenten los países al Consejo haya información sobre las repercusiones de las situaciones de conflicto armado para las mujeres y las niñas, sus necesidades y obstáculos para su satisfacción;³² y la Resolución 2122 de 2013 que reconoce la necesidad de que exista información y análisis sobre los efectos del conflicto armado.³³

Asimismo, el Consejo de Seguridad insta a las comisiones de investigación para lograr la materialización del derecho a la verdad o el derecho a saber, el cual está en cabeza del Estado, al ser este un derecho colectivo que hunde sus raíces en la historia y que debe ser garantizado a las mujeres víctimas de graves violaciones de los derechos humanos, con el propósito de obtener su satisfacción y consolidar una reparación integral efectiva.³⁴

Por último, mediante sus pronunciamientos, la ONU ha manifestado la importancia y la necesidad de la construcción de memoria dentro de los procesos de reparación integral, pues a través de este tipo de actos se puede efectivizar el derecho a la verdad de las víctimas y lograr su dignificación.

3. Construcción de memoria como medida de satisfacción para la reparación integral

La construcción de memoria se ha establecido como un instrumento para la protección cultural y jurídica de los derechos humanos contemplada en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1948, pues en ella se encuentran derechos como el acceso a la justicia, la búsqueda de la verdad y el derecho

³¹ Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, *Resolución 1820*, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5916ª sesión, S/RES/1820, 19 de junio de 2008, [https://undocs.org/es/S/RES/1820\(2008\)](https://undocs.org/es/S/RES/1820(2008)).

³² Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, *Resolución 1889*, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6196ª sesión, S/RES/1889/2009, 5 de octubre de 2009, <https://undocs.org/sp/S/RES/1889%282009%29>.

³³ Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, *Resolución 2122*, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7044ª sesión, S/RES/2122, 18 de octubre de 2013, <https://undocs.org/sp/S/RES/2122%282013%29>.

³⁴ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la Resolución 1996/119 de la Subcomisión*, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997, <https://undocs.org/pdf?symbol=es/E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1>.

a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, reconociendo así la formación de memorias colectivas.³⁵

Por ello, en la Resolución 60/147 de 2005 de las Naciones Unidas se prevé la construcción de memoria como una medida de satisfacción para garantizar una reparación integral efectiva; en el mismo sentido lo dispone la Resolución 12/12 de 2009. En esta última se reconocen las relaciones mutuas entre el derecho a la verdad y el derecho de acceso a la justicia, así como el derecho a obtener un recurso y una reparación efectivos, reiterando la importancia de la preservación de la memoria histórica.³⁶

Por su parte, en algunas de sus decisiones, la Corte IDH ha decretado la construcción de memoria como medida de satisfacción para la reparación integral de las víctimas y ha enfatizado en su gran importancia para la garantía efectiva del derecho a la verdad.³⁷ Así, se destacan casos como 19 comerciantes *vs.* Colombia de 2000, Barrios Altos *vs.* Perú de 2001, la Cantuta *vs.* Perú de 2006, Masacre de la Rochela *vs.* Colombia de 2007 y Anzulado Castro *vs.* Perú de 2009.

La Corte IDH ha ordenado a los Estados responsables de graves violaciones de los derechos humanos realizar actos conmemorativos y de dignificación, como la construcción de monumentos, instalación de placas, solicitud de disculpas públicas, aceptación de responsabilidad y demás manifestaciones simbólicas que contribuyan a la materialización efectiva del derecho a la verdad.

En este orden de ideas, en Colombia se han implementado este tipo de medidas de satisfacción inicialmente con la Ley 975 de 2005 –Ley de Justicia y Paz–, pues en ella se dispone el deber de asegurar la preservación de la memoria histórica con el fin de reparar a las víctimas.

Posteriormente, en la Ley 1448 de 2011 –Ley de Víctimas– también se prevén medidas de satisfacción y reparación simbólicas que buscan reconocer públicamente el daño sufrido por las víctimas y, a través de ello, dignificarlas, incluyendo acciones como la difusión de la verdad, la realización de conmemoraciones y homenajes, entre otras. Todo esto con el objetivo de garantizar su derecho irrenunciable a la verdad, que finalmente busca el restablecimiento de su dignidad.³⁸

³⁵ Jörg Luther, “El derecho a la memoria como derecho cultural del hombre en democracia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 89 (2010), 57.

³⁶ Naciones Unidas, Asamblea General, *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos 12/12. El derecho a la verdad*, A/HRC/RES/12/12, 12 de octubre de 2009, <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/HRC/RES/12/12>.

³⁷ Lizandro Cabrera, “El derecho a la memoria y su protección jurídica: avance de investigación”, *Revista Pensamiento Jurídico*, n.º 36 (2013), 185.

³⁸ Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”, en *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, ed. por Catalina Díaz, Nelson Sánchez, Rodrigo Uprimny (Bogotá: ICTJ y Dejusticia, 2009), 31-70, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25595.pdf>.

En Colombia, el Consejo de Estado, en algunas de sus decisiones, ha adoptado las directrices interamericanas en materia de reparación para reconocer la *restitutio in integrum* de la víctima, aplicando de esta manera el control difuso de convencionalidad.³⁹ Por ello, en el Expediente 32988 de 2014, ordenó la remisión de la sentencia sobre la desaparición forzada de los señores José Elías Zapata Montoya y Félix Antonio Valle Ramírez al Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH), con el fin de que haga parte de su registro y contribuya a la construcción documental del país que busca preservar la memoria de la violencia generada por el conflicto armado interno.⁴⁰

En el Expediente 19939 de 2013, ordenó la elaboración de un documental en el que se hiciera una reseña de Luis Fernando Lalinde, quien fue víctima de tortura, desaparición forzada y homicidio por parte del Ejército Nacional; en dicho documental se debía reivindicar el buen nombre de la víctima.⁴¹ Igualmente, se resaltan los expedientes 49416 de 2017,⁴² 19345 de 2012⁴³ y 34.791⁴⁴ de 2016, donde se implementaron este tipo de medidas con el fin de generar procesos de construcción de memoria que contribuyan a la materialización efectiva de los derechos de las víctimas, buscando su reparación.

En el mismo sentido lo ha hecho el Tribunal de Justicia y Paz, que decretó la petición de disculpas públicas y la construcción de un monumento que dignifique a

³⁹ Daniela Camacho y Omar Cárdenas, “La consolidación de la reparación integral en virtud de la aplicación del control de convencionalidad por el juez contencioso administrativo”, *Revista Academia & Derecho*, n.º 19 (2019), 66.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Expediente 32988 de 28 de agosto de 2014, C. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Radicado 05001-23-25-000-1999-01063-01, <https://www.urosario.edu.co/Facultad-de-Jurisprudencia/Grupos-Investigacion/Derecho-Internacional/Sentencias/2014/03-2014-09-Rad-32988.pdf>.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Expediente 19939 de 27 de septiembre de 2013, C. P. Stella Conto Díaz del Castillo, Radicado 05001-23-26-000-1990-05197-01, <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/didh/despacho%20Stella%20Conto/Caso%20Desaparici%C3%B3n%20Forzada%20y%20Ejecuci%C3%B3n%20Extrajudicial%20Lalinde%20Lalinde.pdf>.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Expediente 49416 de 12 de octubre de 2017, C. P. Danilo Rojas Betancourth, Radicado 05001-23-31-000-2010-01922-01, [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-2010-01922-01\(49416\)\(1\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-2010-01922-01(49416)(1).pdf).

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Expediente 19345 de 18 de julio de 2012, C. P. Jaime Orlando Santofimio, Radicado 52-001-23-31-000-1998-00516-01, <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/didh/despacho%20Jaime%20Santofimio/Caso%20Muerte%20de%20soldado%20Delicias%20V.pdf>.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Expediente 34.791 de 25 de febrero de 2016, C. P. Jaime Orlando Santofimio, Radicado 52001-23-31-000-1998-00565-01, https://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/10-03-2016_52001233100019980056501.pdf.

las víctimas.⁴⁵ Así las cosas, los operadores judiciales dictan medidas de satisfacción en busca sentencias más proteccionistas de los derechos de las víctimas.

Por lo anterior, el Estado colombiano, a través del CNMH y en conjunto con la red colombiana de lugares de memoria, ha dado apertura a varios sitios para llevar a cabo estos procesos de resistencia y lucha contra el olvido que permiten visibilizar y dignificar a las víctimas del conflicto armado; entre ellos se destacan la galería y grupo de teatro El Tente, en Villavicencio (Meta); el museo itinerante El Mochuelo, en los Montes de María; el Centro de Memoria, Paz y Reconciliación (CMPR), en Bogotá; el Centro Comunitario Remanso de Paz en Pueblo Bello (Antioquia); el parque monumento de Trujillo, en Valle del Cauca, todos ellos creados con la finalidad de promover un intercambio de saberes, teniendo como base la construcción de la paz a partir de las vivencias reales del conflicto, a fin de reconocer los hechos de la violencia y garantizar el derecho a la verdad.

Con la firma del Acuerdo de Paz entre el Gobierno y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC-EP) se creó el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), dentro del cual surge la Comisión de la Verdad (CEV) a través del Acto Legislativo 01 de 2017. La CEV se concibe como una instancia que hace parte del proceso de justicia transicional, cuyo objetivo es el esclarecimiento de la verdad de los hechos ocurridos en el contexto de conflicto y la promoción de espacios de construcción de memoria, para que tanto víctimas como ofensores y población civil en general tengan pleno conocimiento de los casos de violaciones de los derechos humanos, pero también de las formas de reparación que se proponen desde el Estado y desde las víctimas como principales partícipes dentro de los procesos de reparación.

Finalmente, es preciso indicar que dentro de estos procesos de construcción de memoria, cuyo propósito es la reparación integral y la dignificación de las mujeres víctimas de graves violaciones de los derechos humanos, se debe aplicar el principio de enfoque diferencial y de análisis interseccional. El primero, reconoce que existen poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad; el segundo, muestra que estas características y matrices de opresión, dominación o discriminación no actúan por separado, sino que están interrelacionadas y actúan simultáneamente, complementando el principio de enfoque diferencial porque tienen en cuenta que dichas características no son categorías aisladas, sino que hay una relación e intersección entre ellas.⁴⁶ Todo esto, con el fin de obtener verdaderos efectos reparadores.

⁴⁵ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, M. P. Uldi Teresa Jiménez López, Radicado 110016000253200680077, <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/6342228/o/UBER+ENRIQUE+BANQU%C3%89Z+Y+OTRO+%2829+06+2010%29.pdf/4dae556c-ac62-452d-83d7-238c975610c1>.

⁴⁶ Bolaños y Flisi, *Enfoque diferencial...*, 18.

3.1. La memoria con perspectiva de género para garantizar el derecho a la verdad

La memoria es considerada una práctica social, política y cultural que es construida simbólicamente a partir de la interpretación del pasado, que se realiza de forma continua en el presente⁴⁷ y muestra efectos concretos en la consolidación de realidades.⁴⁸

Ahora bien, la relación entre memoria y género se articula necesariamente con la noción de identidad, en razón de que a través de la primera se construye el sentido de pertenencia de las mujeres, resignificando el pasado y empoderándose del presente para convertirlas en sujetos sociales.

No obstante, la noción de género no debe ser entendida como una categoría aislada y fuera de contexto, pues es necesario “analizar los diferentes sistemas de dominación que operan de manera conjunta y entrelazada”.⁴⁹ La construcción de memoria se encaminará a hacer visibles las vivencias de las mujeres víctimas que se encuentran en la intersección de categorías diferenciales, lo que permite mostrar una multiplicidad de relatos que contribuyan al esclarecimiento de la verdad.⁵⁰

Para garantizar el derecho a la verdad y la memoria, la Convención de Belém do Pará dispone que los Estados parte deben adoptar medidas orientadas a investigar y recopilar información pertinente sobre las causas, las consecuencias y la frecuencia de la violencia contra las mujeres, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra las mismas bajo una perspectiva interseccional.⁵¹

Al abordar de manera específica las situaciones de vulnerabilidad en las que se sitúan las mujeres, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha destacado que no todas ellas experimentan la misma forma de vulnerabilidad, ya que existen mujeres que se encuentran expuestas en mayor medida al menoscabo de sus derechos y a actos de violencia⁵² debido a la discriminación interseccionada en términos de género, etnia, edad, situación de discapacidad, pobreza, entre otras situaciones que crean obstáculos de acceso a la justicia. Por ello, los Estados están obligados a “actuar con debida diligencia para eliminar todo tipo de discriminación y racismo desde una perspectiva de género y de derechos humanos”.⁵³

⁴⁷ Maurice Halbwachs, “Memoria colectiva y memoria histórica”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 69 (1995), 219.

⁴⁸ Troncoso y Piper, “Género y memoria: articulaciones críticas y feministas”, 67.

⁴⁹ Troncoso y Piper, “Género y memoria: articulaciones críticas y feministas”, 85.

⁵⁰ Bolaños y Flisi, *Enfoque diferencial...*, 58.

⁵¹ OEA, Convención de Belém do Pará, artículos 8 y 9.

⁵² Andrea Zota, “Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 9 (2015), 77.

⁵³ CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, OEA/Ser.L/V/II, 9 de diciembre de 2011, 87, <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>.

Igualmente, dentro de su jurisprudencia, la Corte IDH ha desarrollado el análisis de las articulaciones de estos sistemas de opresión y las circunstancias que los agravan. Se puede resaltar el Caso del Penal Miguel Castro Castro *vs.* Perú, en el cual se estudiaron el alcance y las consecuencias de la violencia sexual de mujeres privadas de la libertad; el impacto desproporcionado de la violencia de género, en especial la violencia sexual en el contexto de conflicto armado, y, finalmente, las mujeres privadas de la libertad en estado de embarazo.

En el Caso Valentina Rosendo Cantú *vs.* México, la Corte presentó consideraciones importantes relacionadas con las múltiples formas de discriminación y violencia que puede sufrir una mujer indígena por su sexo, raza, etnia y posición económica.

Por su parte, en el Caso Masacre de las Dos Erres *vs.* Guatemala, la Corte abordó las razones por las cuales los conflictos armados se constituyen en una circunstancia que agrava la situación de las mujeres e incrementa el riesgo de ser víctimas de violencia. Y en el Caso González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México se articularon las discriminaciones de género, pobreza y edad –en especial al analizar la vulneración de derechos de dos víctimas menores de edad–, como situaciones complejas que deben ser analizadas específicamente.⁵⁴

De esta manera, la Corte IDH ha decretado medidas tendentes a la reparación integral de las víctimas y a su dignificación. Por ello, ha ordenado a los Estados adoptar medidas como “reabrir” investigaciones debido a la falta de recursos efectivos para garantizar el esclarecimiento de los hechos y llevar a cabo un reconocimiento público de responsabilidad en el que se muestren los obstáculos culturales, sociales y económicos para el efectivo acceso a la justicia,⁵⁵ así como actos públicos con la participación de las víctimas en donde se reconozca la realidad de marginación, exclusión y discriminación en razón de la etnia y el género.⁵⁶ Además, se ha ordenado levantar monumentos en memoria de las mujeres víctimas de homicidio por razones de género,⁵⁷ entre otras.

Todo esto, para garantizar de manera efectiva el derecho inalienable a la verdad de las mujeres víctimas de graves violaciones de los derechos humanos, buscando

⁵⁴ Zota, “Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos”, 80.

⁵⁵ Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro *vs.* Perú, 25 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 160, párr. 410, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf.

⁵⁶ Corte IDH, Caso Valentina Rosendo Cantú *vs.* México, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 216, párr. 224, <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/07/Sentencia-Corte-Interamericana-Caso-ROSENDO-CANTU.pdf>.

⁵⁷ Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 205, párr. 471, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.

su dignificación y satisfacción, teniendo en cuenta un enfoque diferencial e interseccional dentro de los procesos de reparación integral.

En Colombia, en el Grupo de Memoria Histórica (GMH) se ha analizado la importancia de la construcción de memoria con perspectiva de género, en razón de que las mujeres y los hombres no viven de manera idéntica la guerra y, a partir del reconocimiento de esta diferencia, se permite conferir visibilidad en sus relatos históricos y en sus experiencias. Lo anterior “contribuye a la representación de las mujeres como víctimas de crímenes específicos, muchas veces de naturaleza sexual, pero también como resistentes y combatientes, es decir, en últimas, como agentes de la historia”,⁵⁸ coadyuvando así al esclarecimiento de la verdad.

4. Toma de los espacios públicos como ejercicio democrático para garantizar el derecho a la verdad de las mujeres víctimas de graves violaciones de los derechos humanos

La toma de los espacios públicos es un ejercicio indispensable para la defensa de la democracia y los derechos humanos, pues a través de esta se pueden dar a conocer diversas opiniones y realizar actos como la “denuncia de un problema público; la afirmación de la identidad o visibilización de la situación de discriminación y marginalización de un grupo”.⁵⁹ Así es como las mujeres, de manera colectiva, se organizan dentro de la sociedad y expresan sus demandas de formas distintas y por medio de estrategias que llevan al empoderamiento como sujetos políticos dando a conocer cada una de sus historias.⁶⁰

Se evidencia la posibilidad que tienen las mujeres de reflexionar y asignar sentido a los pasados de violencia o represión, es decir, de recurrir a la capacidad de analizar política y socialmente sus experiencias, a fin de contribuir al desarrollo y la profundización de la democracia.⁶¹ Por ello, en contextos donde se han perpetrado graves violaciones de los derechos humanos, las mujeres han realizado manifestaciones con

⁵⁸ Grupo de Memoria Histórica, *La memoria histórica desde la perspectiva de género. Conceptos y herramientas* (Bogotá: Ediciones Semana, 2011), 70, https://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2011/la_reconstruccion_de_la_memoria_historica_desde_la_perspectiva_de_genero_final.pdf.

⁵⁹ CIDH, *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Protesta y Derechos Humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*, OEA/Ser.L/V/II, septiembre 2019, 5, <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>.

⁶⁰ Troncoso y Piper, “Género y memoria: articulaciones críticas y feministas”, 82.

⁶¹ Andrés Cancimance, “Memoria y violencia política en Colombia. Los marcos sociales y políticos de los procesos de reconstrucción de memoria histórica en el país”, *Revista Eleuthera*, n.º 9 (2013), 30.

fuerza simbólica para resignificar sus experiencias proponiendo transformaciones en la sociedad.⁶²

En este sentido, en Chile, se destaca la instalación en el espacio público del monumento *Mujeres en la memoria*, acto realizado por un grupo de mujeres militantes cuyo objetivo era “romper con la lógica hegemónica de memorialización del país”,⁶³ dando a conocer las historias de las mujeres dentro de la dictadura. Asimismo, durante la dictadura argentina surgió el colectivo de las Madres de Plaza de Mayo, quienes a través de la movilización social, con una puesta en escena, realizaron acciones de denuncia pública, reclamando memoria, verdad y justicia en torno a los familiares desaparecidos.⁶⁴

En México, se resalta la iniciativa *Cruces rosas*, la cual tenía como objetivo visibilizar y denunciar la violencia de género y los feminicidios que se estaban perpetrando en Ciudad Juárez; estas cruces se instalaban en sitios públicos y se convirtieron en una herramienta para denunciar la violación de los derechos humanos de las mujeres.⁶⁵ De esta forma, las mujeres rescatan una experiencia marginada y silenciada haciendo público y visible el recuerdo de las luchas pasadas y presentes.⁶⁶

Igualmente, se enfatiza en la obra *Zapatos rojos*, realizada por la artista Elina Chauvet, quien instaló en el espacio público una serie de zapatos pertenecientes a las víctimas. Esta obra se realizó inicialmente en México para denunciar la violencia de género y los feminicidios cometidos en Ciudad Juárez; sin embargo, con posterioridad se desplegó en países como Italia, Argentina, Chile, Ecuador, España y Reino Unido,⁶⁷ en donde a través de estas manifestaciones itinerantes en los sitios públicos se buscó visibilizar la situación de graves violaciones de los derechos humanos que afrontan las mujeres, y generar un espacio de solidaridad y denuncia colectiva.⁶⁸

En Colombia han surgido varios colectivos feministas comprometidos con la construcción de paz, verdad, justicia y reparación. Por ello, se resaltan la iniciativas

⁶² Grupo de Memoria Histórica, *La memoria histórica...*, 45.

⁶³ Troncoso y Piper, “Género y memoria: articulaciones críticas y feministas”, 82.

⁶⁴ Alejandro Burgos, Bernardo Carvajal y Ana Reyes, “El arte de dignificar: el caso Masacre de Villatina”, en *Reparación simbólica: cultura y arte para nueve casos de violaciones de los derechos humanos*, ed. por José Falconi, Liliana Mendoza y Yolanda Sierra (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020), 245-271.

⁶⁵ Derecho, Arte y Cultura, “Arte, dolor y mercado: moderación Yolanda Sierra León”, video de Youtube, 23:58, <https://www.youtube.com/watch?v=XRPOolUXsJI&t=807s>.

⁶⁶ Troncoso y Piper, “Género y memoria: articulaciones críticas y feministas”, 82.

⁶⁷ Mónica Vázquez, “‘Zapatos rojos’: arte y memoria colectiva contra el feminicidio”, *Pikara Magazine*, 11 de junio de 2015, <https://www.pikaramagazine.com/2015/06/zapatos-rojos-arte-y-memoria-feminicidio/>.

⁶⁸ Lina Moreno, Zulily Moreno y Michael Orwicz, “Estereotipos que resuenan en ‘Flor de Arena’: reflexiones sobre el cumplimiento de una condena por violencia de género”, en *Reparación simbólica: cultura y arte para nueve casos de violaciones de los derechos humanos*, ed. por José Falconi, Liliana Mendoza y Yolanda Sierra (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020), 187-216.

de Mujeres por la Paz,⁶⁹ la Ruta Pacífica de las Mujeres,⁷⁰ Madres de la Candelaria,⁷¹ la Red de Empoderamiento de las Mujeres de Cartagena de Indias y Bolívar⁷² y la Organización Wayuumsurat Mujeres Tejiendo Paz,⁷³ quienes han desempeñado un papel fundamental a través de la movilización social, realizando acciones simbólicas como forma de reconocimiento de su identidad y buscando recuperar la palabra de las mujeres y del diálogo entre ellas y con los otros⁷⁴ a partir de su activismo y empoderamiento.

En este sentido, se destaca la movilización contra las fumigaciones, la guerra y por la desmilitarización organizada por la Asociación de Mujeres del Municipio de Puerto Caicedo (Asmum), la cual contó con la participación de aproximadamente 3.560 mujeres provenientes del Putumayo, Cauca, Nariño, Valle del Cauca, Caquetá, Risaralda, Tolima, Huila, Santander, Barrancabermeja, Bolívar, Atlántico, Chocó, Antioquia y Bogotá.⁷⁵

De conformidad con lo anterior, se observa que “la toma de los espacios públicos por parte de las mujeres es la máxima expresión de la democracia, ya que no hay democracia si las mujeres no están incluidas, no hay igualdad si no se acaba con la discriminación contra las mujeres”.⁷⁶ Este tipo de prácticas –que se promueven en las calles, plazas y demás sitios públicos– contribuye a la transformación social, pues las mujeres dentro de estos escenarios realizan actos de denuncia pública que buscan el esclarecimiento de los hechos, a fin de garantizar la materialización del derecho a la verdad y consolidar espacios más dignificantes e incluyentes.

⁶⁹ Colectivo que se centra en la defensa del derecho a la paz desde las políticas públicas y trabaja por los derechos de las mujeres víctimas en el marco del conflicto armado desde un enfoque de género (Mujeres por la Paz, “Quiénes somos”, <http://mujeresporlapaz.org/quienessomos/>).

⁷⁰ Movimiento feminista que trabaja por la tramitación negociada del conflicto armado, visibilizando el impacto de la guerra en la vida y el cuerpo de las mujeres; conformado por 10.000 mujeres de más de 142 municipios (Ruta Pacífica de las Mujeres, “¿Quiénes somos?”, <https://rutapacifico.org.co/wp/quienes-somos/>).

⁷¹ Agrupación que apoya y difunde los derechos de las mujeres y les ofrece acompañamiento en la exigencia de sus derechos (Asociación Caminos de Esperanza Madres de La Candelaria, “¡16 años en busca de la verdad! Política de género”, <https://redesmadresdelacande.wixsite.com/madresdelacandelaria/politica>).

⁷² La Red sensibiliza, capacita y promueve los derechos humanos de las mujeres, brinda acompañamiento y asesoría sobre iniciativas o proyectos para la defensa de los DESC (Red de Empoderamiento de las Mujeres de Cartagena de Indias y Bolívar, “Quiénes somos”, <http://www.reddeempoderamiento.org/nosotros.ay>).

⁷³ Encargada de defender y promover los derechos colectivos de los pueblos indígenas, de las mujeres y de las víctimas del conflicto armado en busca de verdad, justicia y reparación (Mutepaz, “¿Quiénes somos?”, http://organizacionwayuumsurat.blogspot.com/p/quienes-somos_8997.html).

⁷⁴ Ruta Pacífica de las Mujeres, “¿Quiénes somos?”.

⁷⁵ CNMH, *El Placer: mujeres, coca y guerra en el Bajo Putumayo* (Bogotá: CNMH, Taurus, 2012), 361, <https://centrodememoriahistorica.gov.co/wp-content/uploads/2020/10/El-Placer-2020-web.pdf>.

⁷⁶ Moreno, Moreno y Orwicz, “Estereotipos que resuenan en ‘Flor de Arena’”, 195.

Finalmente, desde sus vivencias del conflicto, las mujeres han aportado a la construcción de memorias colectivas⁷⁷ otorgándoles un potencial político de transformación social; además, a partir de estas narrativas se pueden resignificar estas experiencias, las cuales les confieren liderazgo y visibilidad en la agenda pública a través de sus procesos de resistencia y lucha contra el olvido, y las convierten en sujetos políticos.⁷⁸

4.1. El papel de la mujer como sujeto político en la construcción de memoria y dignificación

La población que ha sufrido el menoscabo de sus derechos ha incorporado la memoria como una necesidad por conservar su historia viva a través de la socialización de sus vivencias, experiencias y recuerdos individuales para alcanzar un macro-recuerdo colectivo.⁷⁹ De esta manera, las organizaciones de mujeres víctimas, por medio de sus diversas manifestaciones y acciones simbólicas, han construido un marco colectivo de memoria, el cual contribuye a la consolidación de escenarios de solidaridad y dignificación, aportando a la reconstrucción del tejido social, como en el caso de la Ruta Pacífica (antes mencionada).⁸⁰

Las mujeres, rescatando formas convencionales de organización comunitaria adaptadas al contexto actual, demuestran su capacidad y persistencia, pues son pacifistas que proponen métodos y acciones alternativas de transición a partir de la construcción de memoria colectiva para “dar continuidad en la búsqueda digna de una democracia real con justicia social, que garantice una paz sostenible”,⁸¹ resaltando así su papel fundamental dentro de estos procesos de resistencia y memoria-lización, y posicionándose como sujetos políticos que promueven el cambio social.

En consecuencia, reconocer el potencial político que ostenta la construcción de memoria coadyuva a la transformación social, en la medida en que las mujeres como lideresas “crean mecanismos de resistencia y formas de construir paz, acordes a sus múltiples identidades, confrontando la violencia con estrategias colectivas”.⁸²

⁷⁷ Marta Herrera y Carol Pertuz, “Narrativas femeninas del conflicto armado y la violencia política en Colombia: contar para rehacerse”, *Revista de Estudios Sociales*, n.º 53 (2015), 153, <http://dx.doi.org/10.7440/res53.2015.12>.

⁷⁸ Grupo de Memoria Histórica, *La memoria histórica...*, 56.

⁷⁹ Giovanny Bogoya, “El papel de la memoria colectiva: una experiencia con mujeres víctimas del conflicto en el municipio de Granada, Cundinamarca”, *Revista Ciudad Paz-ando* 10, n.º 2 (2017): 33, <https://doi.org/10.14483/2422278X.12220>.

⁸⁰ Cancimance, “Memoria y violencia política en Colombia”, 31.

⁸¹ Jakeline Vargas y Ángela Díaz, “Enfoque de género en el acuerdo de paz entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP: transiciones necesarias para su implementación”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, n.º 39 (2018): 396, <http://dx.doi.org/10.12795/araucaria.2018.i39.19>.

⁸² Vargas y Díaz, “Enfoque de género en el acuerdo de paz entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP: transiciones necesarias para su implementación”, 396.

En este sentido, las mujeres víctimas inician una trayectoria de búsqueda de sus seres queridos asesinados o desaparecidos y, durante este recorrido de investigación y esclarecimiento de la verdad, “se encuentran con otras mujeres, y con ellas tejen agendas propias y lugares de encuentro que se convierten en escuelas políticas”⁸³ que les dan visibilidad y protagonismo a través de la articulación de cada una de sus experiencias.

Es necesario mencionar el papel estratégico de las mujeres como constructoras de paz tanto en tiempos de guerra como en etapas de implementación de acuerdos y posconflicto, tal como se vio en el caso colombiano, donde la participación de las mujeres fue esencial en la construcción e implementación de los acuerdos de paz, pues a través de su inclusión en las mesas de diálogo se logró la incorporación del enfoque de género como un principio orientador del documento final que terminó con el conflicto armado interno.⁸⁴

La intervención de las mujeres en la agenda pública es indispensable porque ellas, a través de sus procesos de construcción de memoria y dignificación, se empoderan sociopolíticamente y logran exhortar al Estado y a sus diferentes instituciones, a fin de que se integren sus relatos y experiencias en la formulación de reparaciones simbólicas reales que se vean reflejadas en garantías de satisfacción y no repetición mediante un reconocimiento social, político y cultural que les permita reconstruir su vínculo social fracturado por el conflicto armado.⁸⁵ Todo esto con el propósito de obtener una transición del lugar de víctimas de la guerra hacia una ciudadanía plena, que aporte a la reconstrucción del tejido social y a la consolidación de un escenario de paz.⁸⁶

Bajo este panorama, un ejemplo que ilustra claramente la situación planteada es el proceso de memoria colectiva que han desarrollado las mujeres pertenecientes a la iniciativa “Mujeres tejiendo sueños y sabores de paz en Mampuján”, conocidas como las Tejedoras de Mampuján, quienes han elaborado una serie de tejidos que documentan el conflicto armado colombiano, buscando así superar el trauma y logrando transitar a un escenario de resiliencia. En consecuencia, “las mujeres han evidenciado un cambio sustancial en su rol de víctimas a la consolidación de su rol como sujetas

⁸³ Grupo de Memoria Histórica, *La memoria histórica...*, 56.

⁸⁴ Vargas y Díaz, “Enfoque de Género en el acuerdo de paz entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP: transiciones necesarias para su implementación”, 395.

⁸⁵ Mónica Iza, “Interseccionalidad y construcción de paz territorial en Colombia: análisis desde el caso de las mujeres de Buenaventura”, *Revista Ciudad Paz-ando* 11, n.º 2 (2018): 27, <https://doi.org/10.14483/2422278X.13757>.

⁸⁶ Mariana Castrellón y Catherine Romero, “Enfoque de género en la implementación de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras: una propuesta para la caracterización de las mujeres y niñas víctimas del conflicto armado en Colombia”, *Revista CS*, n.º 19 (2016): 92, <http://dx.doi.org/10.18046/recs.119.2166>.

políticas y es el arte el que ha hecho posible esto”,⁸⁷ pues su papel fue transformarse de víctimas a lideresas, lo que les ha permitido reconstruir su dignidad.

4.2. Implementación del arte para la visibilización y denuncia de las graves violaciones de los derechos humanos de las mujeres

La implementación del arte es fundamental en escenarios de graves violaciones de derechos humanos, debido a que “el arte es un ejercicio de memoria colectiva, que sirve para luchar por la dignidad humana y la búsqueda de la verdad”,⁸⁸ pues este desempeña el rol social que el Estado en muchas ocasiones no asume, al visibilizar los hechos causantes del ilícito y procurar la materialización de la justicia. De esta manera, a través de las manifestaciones artísticas “se pueden revelar situaciones, contextos, verdades ocultas, haciendo visible lo invisible”,⁸⁹ convirtiéndose así en un poderoso mecanismo de exigencia, resistencia y denuncia.

Desde el arte feminista “se ha realizado un análisis de las estructuras misóginas de poder con una estética performativa que propone nuevos modelos para relacionarse con el cuerpo humano, y nuevas activaciones del espectador en su relación con la obra de arte”.⁹⁰ Así las cosas, se resalta la pieza artística *Blue Dress*,⁹¹ diseñada por la artista y activista política sudafricana Judith Manson, donde se surte un acto de conmemoración femenina de la activista Phila Ndwandwe, quien fue parte del Movimiento de Liberación contra el régimen del *apartheid*.

Para el caso colombiano, las mujeres víctimas del conflicto armado interno han incorporado el arte y el patrimonio cultural de sus comunidades, transformándolo en el instrumento de litigio más importante para mostrar la situación de violencia que han tenido que afrontar.⁹² De esta forma, las Tejedoras de Mampuján “recapitulan su pretérito, su unidad, convirtiendo el simple acto de tejer en un acto de denuncia, corrección de estigmas generados por los armados y permite la transformación

⁸⁷ Lina Moreno, “El arte y las garantías de no repetición de graves violaciones a los derechos humanos”, en *Reparación simbólica: jurisprudencia, cantos y tejidos*, ed. por Yolanda Sierra (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018), 71.

⁸⁸ Yolanda Sierra, “Litigio artístico para Ayotzinapa”, en *Reparación simbólica: cultura y arte para nueve casos de violaciones de los derechos humanos*, ed. por José Falconi, Liliana Mendoza y Yolanda Sierra (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020), 125.

⁸⁹ Sierra, “Litigio artístico para Ayotzinapa”, 115.

⁹⁰ Moreno, Moreno y Orwicz, “Estereotipos que resuenan en ‘Flor de Arena’”, 207.

⁹¹ A través de esta obra se buscó representar la violencia de género durante el régimen del *apartheid*.

⁹² Yolanda Sierra, *El concepto de litigio estético*, Serie Documentos de Trabajo. Departamento de Derecho Constitucional, ed. por Paola Andrea Acosta, 1-18 (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 2, <https://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/4/2017/09/DOC-DE-TRABAJO-83.pdf>.

de su comunidad”⁹³ dejando a un lado el periodo de victimización y transitando así hacia una etapa de superación de la adversidad a través del arte.

Asimismo, el proyecto denominado *Máscaras de la Verdad*, en cabeza de Carolina Olmos y las mujeres víctimas, representa a través del arte distintas situaciones derivadas del conflicto armado, tales como la violencia sexual, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la amenaza de tortura, como un vehículo para expresar las injusticias, desde el cual las comunidades narran sus propias verdades para su sanación.

En el mismo orden de ideas, se resaltan algunas iniciativas no oficiales que involucran la voz de las víctimas y se convierten en un medio para litigar derechos, tales como las obras teatrales denominadas *El olvido está lleno de memoria* y *Renacer*, representadas por el grupo de mujeres Tumatai. En estas obras, las mujeres y madres que han perdido a sus hijos e hijas en medio de la violencia ejercen actos de resistencia y dignificación, pues estas manifestaciones artísticas se convierten en herramientas para la sensibilización, la denuncia, la reconstrucción y la recuperación de la memoria histórica de la región de Tumaco.⁹⁴

Adicionalmente, en el departamento del Chocó, las mujeres víctimas conocidas por el documental *Las musas de Pogue* han utilizado el canto como un medio de resistencia, edificación, documentación, sanación y denuncia del conflicto armado, pues, por medio de los alabaos o cantos fúnebres –patrimonio cultural propio de su región–, conmemoran la masacre ocurrida en este territorio con el propósito de realizar actos de memoria y resistencia.⁹⁵

De esta manera, “el arte se ha convertido en el medio más poderoso para reclamar y expresar el sentimiento de inconformidad judicial latente en la sociedad, tal como lo sugiere la teoría sociológica del arte”.⁹⁶ Además, el patrimonio cultural y las prácticas o los rituales artísticos de las comunidades víctimas del conflicto armado se convierten en un instrumento de litigio indispensable, pues contribuyen a “la investigación de crímenes complejos, así como a confrontar la impunidad criminal y las fallas del sistema de administración de justicia”,⁹⁷ visibilizando la situación de vulneración de los derechos humanos de las mujeres. No obstante, como se ha venido reiterando, a través del arte las mujeres generan espacios de solidaridad, memoria y resistencia, a fin de romper el silencio, reivindicar su derecho a la verdad y buscar su dignificación.

⁹³ Ordóñez, “Los tejidos de Mampuján: una lectura desde la reparación simbólica”, 317.

⁹⁴ Sierra, “El concepto de litigio estético”, 7.

⁹⁵ Yolanda Sierra, “Reparación simbólica, litigio estético y litigio artístico: reflexiones en torno al arte, la cultura y la justicia restaurativa en Colombia”, en *Reparación simbólica: jurisprudencia, cantos y tejidos*, ed. por Yolanda Sierra (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018), 17-42.

⁹⁶ Sierra, “Litigio artístico para Ayotzinapa”, 106.

⁹⁷ Sierra, “Litigio artístico para Ayotzinapa”, 117.

Conclusiones

Históricamente, las mujeres han sido víctimas de graves violaciones de los derechos humanos, debido a la consolidación de sistemas de opresión que perpetúan la discriminación y violencia contra ellas. Además, en tiempos de guerra y desintegración social, este tipo de situaciones alcanza mayor frecuencia y nuevos niveles de crueldad.

Por ello, dentro del derecho internacional se han creado una serie de instrumentos encaminados a la protección y garantía de los derechos de las mujeres víctimas, resaltando la Cedaw, la Convención de Belém do Pará y la Declaración de Nairobi sobre el derecho de las mujeres y las niñas a interponer recursos y obtener reparaciones, las cuales han sido diseñadas teniendo en cuenta un enfoque diferencial y un análisis interseccional que busca la materialización de una reparación integral efectiva.

Lo anterior ha sido complementado e interpretado por medio de distintos instrumentos internacionales de *soft law*, principalmente emitidos por las Naciones Unidas, donde se ha establecido que la construcción de memoria es fundamental para garantizar el derecho a la verdad de las mujeres víctimas de graves violaciones de los derechos humanos, así como de la sociedad en general. Igualmente, dentro de sus decisiones, la Corte IDH ha ordenado varias medidas de reparación tendientes a la construcción y preservación de la memoria, garantizando de esta forma el derecho a la verdad de las víctimas.

Es necesario resaltar el papel fundamental que tienen las mujeres dentro de los procesos de reparación y reconstrucción del tejido social, puesto que ellas han aportado a la construcción de memoria a través de diversas manifestaciones simbólicas en las que han afirmado su identidad y visibilizado situaciones de discriminación, mismas que han sido plasmadas en el espacio público donde se han realizado actos de denuncia en busca del esclarecimiento de la verdad, para dar lugar a espacios más dignificantes e incluyentes.

Dado lo anterior, la participación activa de las víctimas es crucial para suplir sus necesidades y garantizar sus derechos fundamentales y humanos. De esta manera, las mujeres, desde sus vivencias del conflicto, han aportado a la construcción de memorias colectivas dándoles un potencial político de transformación social que contribuye a su dignificación y visibilización en la agenda pública, lo que las convierte en sujetos políticos que promueven el cambio social y la construcción de paz.

Finalmente, dentro de estos procesos de resistencia, memoria y dignificación, el arte tiene un papel fundamental pues se ha convertido en un poderoso mecanismo para denunciar la situación de violencia y discriminación que han tenido que afrontar las mujeres. No obstante, el arte también ha servido para resignificar experiencias del pasado de las mujeres víctimas, quienes a través de sus manifestaciones culturales y simbólicas han logrado generar espacios de solidaridad, dignificación y reconstrucción del tejido social, a fin de aportar a la consolidación de escenarios de paz y transformación.

Bibliografía

- ASOCIACIÓN CAMINOS DE ESPERANZA MADRES DE LA CANDELARIA. “¡16 años en busca de la verdad! Política de género”. <https://redesmadresdelacande.wixsite.com/madresdelacandelaria/politica>.
- BOGOYA, Giovanni. “El papel de la memoria colectiva: una experiencia con mujeres víctimas del conflicto en el municipio de Granada, Cundinamarca”. *Revista Ciudad Paz-andó* 10, n.º 2 (2017): 29-39. <https://doi.org/10.14483/2422278X.12220>.
- BOLAÑOS, Tania e Isabella FLISI. *Enfoque diferencial e interseccionalidad*. Bogotá: Fundación Max Planck para la Paz Internacional y el Estado de Derecho, Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, 2017. <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/enfoquediferencialinterseccional.pdf>.
- BURGOS, Alejandro, Bernardo CARVAJAL y Ana REYES. “El arte de dignificar: el caso Masacre de Villatina”. En *Reparación simbólica: cultura y arte para nueve casos de violaciones de los derechos humanos*, editado por José FALCONI, Liliana MENDOZA y Yolanda SIERRA, 245-271. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.
- CABRERA, Lizandro. “El derecho a la memoria y su protección jurídica: avance de investigación”. *Revista Pensamiento Jurídico*, n.º 36 (2013): 173-188.
- CAMACHO, Daniela y Omar CÁRDENAS. “La consolidación de la reparación integral en virtud de la aplicación del control de convencionalidad por el juez contencioso administrativo”. *Revista Academia & Derecho*, n.º 19 (2019): 49-86.
- CANCIMANCE, Andrés. “Memoria y violencia política en Colombia. Los marcos sociales y políticos de los procesos de reconstrucción de memoria histórica en el país”. *Revista Eleuthera*, n.º 9 (2013): 13-38.
- CASTRELLÓN, Mariana y Catherine ROMERO. “Enfoque de género en la implementación de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras: una propuesta para la caracterización de las mujeres y niñas víctimas del conflicto armado en Colombia”. *Revista CS*, n.º 19 (2016): 69-113. <http://dx.doi.org/10.18046/recs.i19.2166>.
- CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA (CNMH). *¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad*. Bogotá: CNMH, DPS, 2013. <http://www.centrode-memoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2016.pdf>.
- CNMH. *El Placer: mujeres, coca y guerra en el Bajo Putumayo*. Bogotá: CNMH, Taurus, 2012. <https://centrode-memoriahistorica.gov.co/wp-content/uploads/2020/10/El-Placer-2020-web.pdf>.
- COALICIÓN POR LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN SITUACIÓN DE CONFLICTO. *Declaración de Nairobi sobre el derecho de las mujeres y las niñas a interponer recursos y obtener reparaciones*. <https://www.fidh.org/IMG/pdf/Declaracionde-Nairobi-es.pdf>.
- CIDH. *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*. OEA/Ser.L/V/II, 9 de diciembre de 2011. <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>.

- CIDH. *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Protesta y Derechos Humanos Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*. OEA/Ser.L/V/II, septiembre de 2019. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>.
- DERECHO, ARTE Y CULTURA. “Arte, dolor y mercado: moderación Yolanda Sierra León”. Video de Youtube, 23:58. <https://www.youtube.com/watch?v=XRPOolUXsJI&t=807s>.
- GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. *La memoria histórica desde la perspectiva de género. Conceptos y herramientas*. Bogotá: Ediciones Semana, 2011. https://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2011/la_reconstruccion_de_la_memoria_historica_desde_la_perspectiva_de_genero_final.pdf.
- GUZMÁN, Diana y Sylvia PRIETO. *Acceso a la justicia: mujeres, conflicto armado y justicia*. Bogotá: Dejusticia, 2013. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_364.pdf.
- HALBWACHS, Maurice. “Memoria colectiva y memoria histórica”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 69 (1995): 209-222.
- HERRERA, Marta y Carol PERTUZ. “Narrativas femeninas del conflicto armado y la violencia política en Colombia: contar para rehacerse”. *Revista de Estudios Sociales*, n.º 53 (2015): 150-162. <http://dx.doi.org/10.7440/res53.2015.12>.
- IZA, Mónica. “Interseccionalidad y construcción de paz territorial en Colombia: análisis desde el caso de las mujeres de Buenaventura”. *Revista Ciudad Paz-ando* 11, n.º 2 (2018): 16-28. <https://doi.org/10.14483/2422278X.13757>.
- LUTHER, Jörg. “El derecho a la memoria como derecho cultural del hombre en democracia”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 89 (2010): 45-76.
- MONTES, Rocío. “Violadas, embarazadas y torturadas: las mujeres como botín de guerra en la dictadura de Pinochet”. *El País*, 11 de septiembre de 2019. https://elpais.com/internacional/2019/09/10/america/1568135550_217522.html.
- MORENO, Lina. “El arte y las garantías de no repetición de graves violaciones a los derechos humanos”. En *Reparación simbólica: Jurisprudencia, cantos y tejidos*, editado por Yolanda SIERRA, 43-80. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- MORENO, Lina, Zully MORENO y Michael ORWICZ. “Estereotipos que resuenan en ‘Flor de Arena’: reflexiones sobre el cumplimiento de una condena por violencia de género”. En *Reparación simbólica: cultura y arte para nueve casos de violaciones de los derechos humanos*, editado por José FALCONI, Liliana MENDOZA y Yolanda SIERRA, 187-216. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.
- MUTEPAZ. “¿Quiénes somos?”. http://organizacionwayuumunsurat.blogspot.com/p/quienes-somos_8997.html.
- NACIONES UNIDAS. *Poner fin a la violencia contra la mujer: de las palabras los hechos*. Nueva York: Naciones Unidas, 2006. https://www.un.org/womenwatch/daw/public/VAW_Study/VAW-Spanish.pdf.

- ONU MUJERES, ENTIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO Y EL EMPODERAMIENTO DE LAS MUJERES. *Manual de consulta de ONU Mujeres sobre las mujeres, la paz y la seguridad*. Ginebra: ONU Mujeres, 2012. <https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2012/10/un-women-sourcebook-on-women-peace-and-security>.
- ORDÓÑEZ, Valentina. “Los tejidos de Mampuján: una lectura desde la reparación simbólica”. En *Reparación simbólica: jurisprudencia, cantos y tejidos*, editado por Yolanda SIERRA, 291-343. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- RED DE EMPODERAMIENTO DE LAS MUJERES DE CARTAGENA DE INDIAS Y BOLÍVAR. “Quiénes somos”. <http://www.reddeempoderamiento.org/nosotros.ay>.
- RUTA PACÍFICA DE LAS MUJERES. “¿Quiénes somos?”. <https://rutapacifica.org.co/wp/quienes-somos/>.
- SIERRA, Yolanda. *El concepto de litigio estético*. Serie Documentos de trabajo. Departamento de Derecho Constitucional, editado por Paola Andrea ACOSTA, 1-18. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. <https://icrp.uxternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/4/2017/09/DOC-DE-TRABAJO-83.pdf>.
- SIERRA, Yolanda. “Reparación simbólica, litigio estético y litigio artístico: reflexiones en torno al arte, la cultura y la justicia restaurativa en Colombia”. En *Reparación simbólica: jurisprudencia, cantos y tejidos*, editado por Yolanda SIERRA, 17-42. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- SIERRA, Yolanda. “Litigio artístico para Ayotzinapa”. En *Reparación simbólica: cultura y arte para nueve casos de violaciones de los derechos humanos*, editado por José FALCONI, Liliana MENDOZA y Yolanda SIERRA, 97-144. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.
- TORRES, Marta. “Entre el silencio y la impunidad: violencia sexual en escenarios de conflicto”. *La ventana. Revista de Estudios de Género* 5, n.º 41 (2015): 73-112.
- TRONCOSO, Lelya e Isabel PIPER. “Género y memoria: articulaciones críticas y feministas”. *Athenea Digital. Revista de Pensamiento e Investigación Social* 15, n.º 1 (2015): 65-90.
- UPRIMNY, Rodrigo y María PAULA SAFFON. “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”. En *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, editado por Catalina DÍAZ, Nelson SÁNCHEZ, Rodrigo UPRIMNY, 31-70. Bogotá: ICTJ y Dejusticia, 2009. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25595.pdf>.
- VARGAS, Jakeline y Ángela DÍAZ. “Enfoque de Género en el acuerdo de paz entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP: transiciones necesarias para su implementación”. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, n.º 39 (2018): 389-414. <http://dx.doi.org/10.12795/araucaria.2018.i39.19>.
- VÁZQUEZ, Mónica. “‘Zapatos rojos’: arte y memoria colectiva contra el feminicidio”. *Pikara Magazine*, 11 de junio de 2015. <https://www.pikaramagazine.com/2015/06/zapatos-rojos-arte-y-memoria-feminicidio/>.

- VIVAS, Tania y Bernardo PÉREZ. “Sobre la situación de graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario en contra de las mujeres en el conflicto armado colombiano”. En *Derechos humanos, paz y posconflicto en Colombia*, editado por Tania VIVAS BARRERA, 61-105. Colombia: Universidad Católica de Colombia, 2016. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14313/4/Derechos-humanos-paz-y-posconflicto-en-Colombia.pdf>.
- ZOTA, Andrea. “Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 9 (2015): 67-85.

Normatividad

- CPI. “Estatuto de Roma”. [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006. <https://undocs.org/es/A/RES/60/147>.
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Resolución 34/180, 18 de diciembre de 1979. https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cedaw_SP.pdf.
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos. 12/12. El derecho a la verdad*. A/HRC/RES/12/12, 12 de octubre de 2009. <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/HRC/RES/12/12>.
- NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión*. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 de 2 de octubre de 1997. <https://undocs.org/pdf?symbol=es/E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1>.
- NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE SEGURIDAD. *Resolución 1325*, aprobada por el Consejo de Seguridad en su sesión 4213ª. S/RES/1325, 31 de octubre de 2000. <https://undocs.org/sp/S/RES/1325%282000%29>.
- NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE SEGURIDAD. *Resolución 1820*, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5916ª sesión. S/RES/1820, 19 de junio de 2008. [https://undocs.org/es/S/RES/1820\(2008\)](https://undocs.org/es/S/RES/1820(2008)).
- NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE SEGURIDAD. *Resolución 1889*, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6196ª sesión. S/RES/1889/2009, 5 de octubre de 2009, <https://undocs.org/sp/S/RES/1889%282009%29>.

NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE SEGURIDAD. *Resolución 2122*, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7044ª sesión. S/RES/2122, 18 de octubre de 2013, <https://undocs.org/sp/S/RES/2122%282013%29>.

NACIONES UNIDAS. *La violencia contra la mujer: 29/01/92 Cedaw*. Recomendación General 19, https://violenciagenero.org/sites/default/files/cedaw_1992.pdf.

OEA. “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará)”. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C. Expediente 19345 de 18 de julio de 2012, C. P. Jaime Orlando Santofimio, Radicado 52-001-2331-000-1998-00516-01. <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/didh/despacho%20Jaime%20Santofimio/Caso%20Muerte%20de%20soldado%20Delicias%20V.pdf>.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B. Expediente 19939 de 27 de septiembre de 2013, C. P. Stella Conto Díaz del Castillo, Radicado 05001-23-26-000-1990-05197-01. <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/didh/despacho%20Stella%20Conto/Caso%20Desaparici%C3%B3n%20Forzada%20y%20Ejecuci%C3%B3n%20Extrajudicial%20Lalinde%20Lalinde.pdf>.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA. Expediente 32988 de 28 de agosto de 2014, C. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Radicado 05001-23-25-000-1999-01063-01. <https://www.urosario.edu.co/Facultad-de-Jurisprudencia/Grupos-Investigacion/Derecho-Internacional/Sentencias/2014/03-2014-09-Rad-32988.pdf>.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C. Expediente 34.791 de 25 de febrero de 2016, C. P. Jaime Orlando Santofimio, Radicado 52001-23-31-000-1998-00565-01. https://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/10-03-2016_52001233100019980056501.pdf.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B. Expediente 49416 de 12 de octubre de 2017, C. P. Danilo Rojas Betancourth, Radicado 05001-23-31-000-2010-01922-01. [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-2010-01922-01\(49416\)\(1\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-2010-01922-01(49416)(1).pdf).

CORTE IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 160. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf.

CORTE IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 205. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.

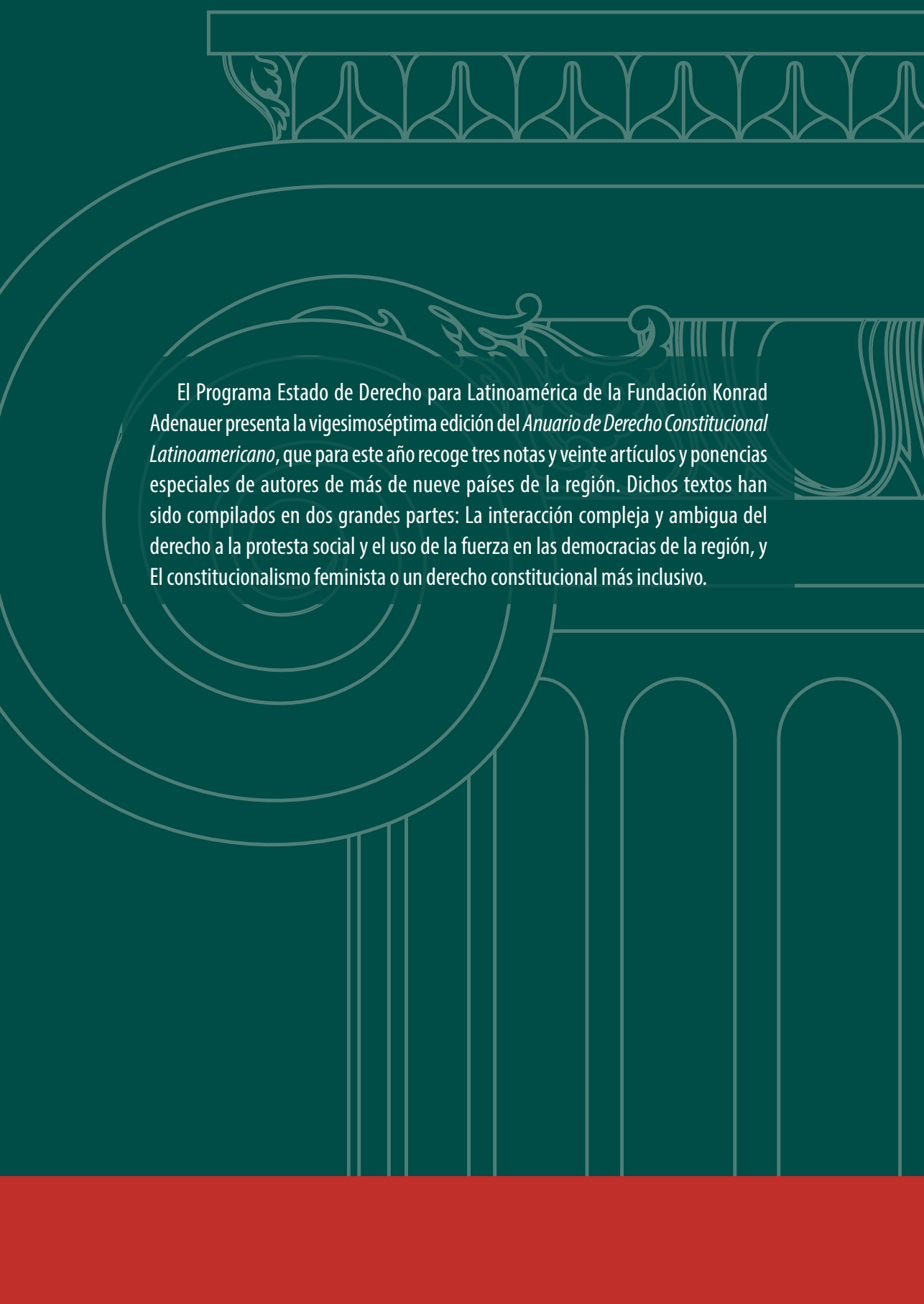
CORTE IDH. Caso Valentina Rosendo Cantú vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 216. <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/07/Sentencia-Corte-Interamericana-Caso-ROSENDO-CANTU.pdf>.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA DE JUSTICIA Y PAZ. M. P. Uldi Teresa Jiménez López, Radicado 110016000253200680077. <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/6342228/o/UBER+ENRIQUE+BANQU%C3%89Z+Y+OTRO+%2829+06+2010%29.pdf/4dae556c-ac62-452d-83d7-238c975610c1>.

Instrucciones para la presentación de artículos

1. Los artículos estarán escritos en español o portugués. En caso contrario, la posibilidad de traducirlos deberá ser discutida de manera oportuna con el equipo editorial del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.
2. Se acompañarán de un **resumen** de hasta 900 caracteres (espacios incluidos), 150 palabras, y tres **palabras clave**.
3. El equipo editorial del *Anuario* determinará qué material será publicado. La decisión se comunicará oportunamente a cada autor.
4. El material enviado debe ser original e inédito. Si luego de publicado en el *Anuario*, el autor desea reproducirlo en otro medio, deberá dejarse constancia de la primera publicación.
5. Los artículos se enviarán en formato electrónico (archivo de Word o compatible) a iusla@kas.de
6. La extensión de los trabajos, en principio, no superará los 40.000 caracteres (aproximadamente 25 páginas del *Anuario*). El equipo editorial considerará las situaciones excepcionales.
7. La página 1 contendrá la siguiente información:
 - a) Nombre del autor* y, entre paréntesis, el país de origen.
 - b) En la nota a pie de página correspondiente al * deberá escribir:
 - i) Referencia curricular de hasta 30 palabras.
 - ii) Dirección electrónica (que se publicará).
 - iii) Código orcid.
 - d) Título del artículo.
 - e) Los agradecimientos, aclaraciones o comentarios sobre el origen del texto se incluirán en nota a pie de página junto al título del artículo.

8. El autor deberá enviar su dirección postal para la remisión de los ejemplares del *Anuario*, una vez sea publicado.
9. Para los títulos internos se empleará la numeración decimal (1, 1.1, 1.1.1). Es aconsejable que no haya más de *tres* niveles de títulos internos.
10. No es conveniente usar la numeración automática de títulos y apartados porque puede dar lugar a errores en la etapa de diagramación. Por el mismo motivo conviene evitar las referencias cruzadas.
11. Las mayúsculas se emplearán de acuerdo con las normas ortográficas vigentes. En particular, se escribirán con minúscula los nombres de los meses y días de la semana (*noviembre, lunes*), los cargos, títulos y dignidades, excepto cuando aparezcan abreviados (*magistrado, fiscal, doctor*), así como los nombres *genéricos* de entidades de cualquier clase y jerarquía (*un juzgado de primera instancia, los tribunales constitucionales*).
12. Las **referencias y bibliografía** deben seguir, de manera rigurosa, el *Manual de estilo Chicago-Deusto. Guía breve para citas y referencias bibliográficas*, pp. I-VII (Bilbao: Deusto, 2014), <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/otraspub/otraspubo7.pdf>.



El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer presenta la vigesimoséptima edición del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, que para este año recoge tres notas y veinte artículos y ponencias especiales de autores de más de nueve países de la región. Dichos textos han sido compilados en dos grandes partes: La interacción compleja y ambigua del derecho a la protesta social y el uso de la fuerza en las democracias de la región, y El constitucionalismo feminista o un derecho constitucional más inclusivo.