

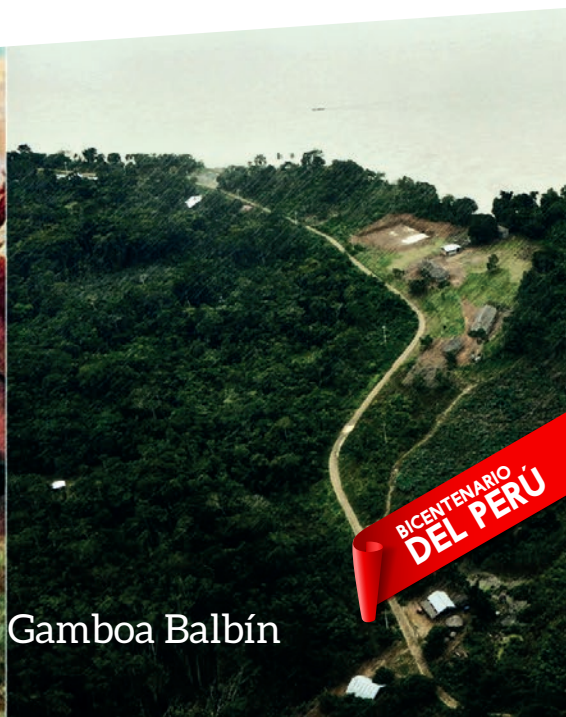
- ACTIVIDADES
1. Taller con actores e
  2. Reunión con jóvenes
  3. Reunión con mujeres
  4. Reunión con sabios
  5. Asamblea com



DERECHO  
AMBIENTE Y  
RECURSOS  
NATURALES



# LA DUALIDAD DISCURSIVA DEL DERECHO



César Leonidas Gamboa Balbín

BICENTENARIO  
DEL PERÚ

# LA DUALIDAD DISCURSIVA DEL DERECHO

César Leonidas Gamboa Balbín

## LA DUALIDAD DISCURSIVA DEL DERECHO

---

**Autor:**

César Leonidas Gamboa Balbín

**Foto de portada:**

Collage de elaboración propia con fotos de libre uso y una de Rolando Mondragón/DAR en el extremo inferior derecho.

**Coordinación de la publicación:**

Pamela Cifuentes Roca

**Editado por:**

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR)  
Calle Cartagena 130, Pueblo Libre, Lima - Perú  
Correo electrónico: dar@dar.org.pe  
Página web: www.dar.org.pe

**Impreso por:**

Nauttica Media Design SAC  
RUC 20600005783  
Dirección: Calle Las Malvas 163 Ofic. 401, Urb. Los Recaudadores, Ate, Lima, Perú  
Correo: info@nautticamedia.com  
Celular: 952189859

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2021-04142

Primera edición: abril 2021, consta de 1000 ejemplares.

Se terminó de imprimir en junio 2021.

---

Está permitida la reproducción parcial o total de este libro, su tratamiento informático, su transmisión por cualquier forma o medio, sea electrónico, mecánico, por fotocopia u otros; con la necesaria indicación de la fuente.

Esta publicación es posible gracias al financiamiento de Charles Stewart Mott Foundation, Ford Foundation, Open Society Foundations y Coalición Flamenca para la Cooperación Norte Sur 11.11.11. El contenido de esta publicación es responsabilidad exclusiva de sus autores, y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de Charles Stewart Mott Foundation, Ford Foundation, Open Society Foundations y Coalición Flamenca para la Cooperación Norte Sur 11.11.11..

---

Hecho e impreso en el Perú.

# AGRADECIMIENTO

Quisiera agradecer el infinito apoyo de mi familia. A mis padres, por lo que significó su apoyo afectivo y material en todo momento. Freddy, Mercedes y mi hermana Aída me hicieron la vida más fácil en todos estos años de escribir en silencio. Ellos se merecen mucho más que estas sencillas palabras, por su propia existencia y por vencer los límites inconmensurables de mi ser con su amor, cariño y fe.

También quiero agradecer a mis amigos de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y a mi amor Pilar, quien me acompaña día a día con su esperanza y sus sueños, ahora mi esposa y compañera de toda la vida. Y a mis amigos eternos de la “La Casa de Cartón”, viejas amistades que vivieron conmigo algo que es imborrable para nosotros.

Este libro no hubiera sido posible sin el apoyo de profesores y colegas que en discusiones académicas y encuentros coloquiales me permitieron apreciar otras visiones sobre el derecho y sus distintas expresiones. En el Perú, tanto en la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Federico Villarreal como en la Facultad y el Doctorado de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Decana de América.

Asimismo, este libro fue enriquecido en los interminables debates del Curso de Especialización Superior en Derechos Humanos del Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador), con compañeros de los distintos países andinos. Debo mucho a la Universidad Andina Simón Bolívar y a la Agencia Suiza de Cooperación y Desarrollo (COSUDE) por mi participación como Becario en el Curso y por el financiamiento del trabajo de investigación final del curso, base en parte de esta obra.

Agradezco a Cristóbal Aljovín y a Sinesio López por la confianza depositada en mí como miembro del proyecto “Historia de las elecciones en el Perú desde la Cortes de Cádiz hasta nuestros días”, financiando por el Fondo para el Fortalecimiento Democrático - Siembra Democracia (IEP - Ford Foundation - Universidad Nacional Mayor de San Marcos).

También debo mencionar a los colegas de Derecho, Ambiente y Recursos Naturales DAR, que me han ayudado sobremedida para concluir con algunas ideas de esta obra en estos últimos años de revisiones inconclusas.

A todos ellos mi más sincero agradecimiento.

Lima, 11 de junio de 2007

Después de algunos años, he querido reunir estos ensayos sobre distintas ramas del derecho que encierran una perspectiva crítica de lo que definimos por lo jurídico. Sólo me queda agradecer a mi esposa Pilar y a mis hijos, que han sabido tener la paciencia por mis ausencias, sabiendo cuánto los amo.

Lima, 10 de septiembre de 2020

**César Leonidas Gamboa Balbín**



*A Freddy Gamboa y  
A Gabriel Arcadio*

*Porque la razón nos vuelva a encontrar  
(1952-1978-2007)*

# CONTENIDO

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	<b>11</b>
---------------------------	-----------

## **INTRODUCCIÓN**

<b>VEINTE AÑOS DE UNA DUALIDAD</b> .....	<b>13</b>
--	-----------

1. Ascenso del pensamiento global unificador .....	16
2. Una historia de derechos inacabados .....	18
3. La emergencia de los derechos humanos .....	20
4. El último debate de los bienes comunes en el Perú .....	23
Bibliografía .....	27

## **PRIMER SEUDO-ENSAYO**

<b>HEGEL: ¿QUÉ DEBE PREVALECER: ORDEN O LIBERTAD?</b> .....	<b>31</b>
---	-----------

Introducción .....	31
1. Dualidades de la interpretación hegeliana .....	33
2. Hegel y la eticidad .....	39
2.1. El origen de la eticidad no es liberal .....	39
2.2. Jusnaturalismo “abstracto” .....	40
2.3. Moral hegeliana .....	42
2.4. Tensión comunitaria - liberal: libertad individual .....	44
3. Hegel y el contrato social .....	46
3.1. Espacio privado: construcción de la sociedad civil .....	48
3.2. El individualismo social y la sociedad civil .....	49
3.3. Críticas al Estado liberal y el Estado hegeliano .....	50
4. El derecho y la política internacional .....	53
Conclusiones .....	57
Bibliografía .....	59

## **SEGUNDO SEUDO-ENSAYO**

### **DE LO INSUFICIENTE DE LA TRADICIÓN DE LA PARTICIPACIÓN**

<b>POLÍTICA</b> .....	<b>62</b>
-----------------------	-----------

Introducción .....	62
1. Antecedentes .....	63
1.1. La vieja tensión individuo y comunidad .....	63
1.2. Construcción de lo “nacional” en las elecciones del siglo XIX .....	65
1.3. El espacio local: “sumisión” de la ley electoral .....	67
2. Aspectos histórico-jurídicos sobre las elecciones indirectas y directas .....	68
2.1. Sufragio y procedimiento electoral .....	69
2.2. Periodificación del derecho electoral .....	71
2.3. El modelo electoral gaditano .....	76

3. Elecciones directas en el Perú del siglo XIX .....	83
3.1. Antecedente de las elecciones directas "liberales": el decreto del Protectorado de 1822 .....	87
3.2. Primer marco electoral "liberal": el decreto de Ureta de 1855 .....	89
3.3. Segundo marco electoral "liberal": la Constitución de 1856 y la Ley de Elecciones de 1857 .....	94
3.4. El retorno liberal: el decreto de Prado de 1866 y la Constitución de 1867 ..	98
Conclusiones .....	103
Bibliografía.....	107

### **TERCER SEUDO-ENSAYO**

#### **EL MAR DE LOS DERECHOS HUMANOS.....112**

Introducción .....	112
1. Antecedentes .....	114
1.1. Propósito formal de los derechos humanos .....	116
1.2. Propósito fundamental de los derechos humanos .....	118
2. Primera generación de derechos humanos.....	119
2.1. Cimiento histórico de la primera generación.....	119
2.2. Cimiento filosófico de la primera generación .....	122
2.3. Positivación de la primera generación.....	126
3. Segunda generación de derechos humanos .....	131
3.1. Cimiento histórico de la segunda generación .....	132
3.2. Cimiento filosófico de la segunda generación .....	135
3.3. Positivación de la segunda generación .....	139
4. Tercera generación de derechos humanos .....	141
4.1. Evolución de los derechos humanos de tercera generación .....	141
4.2. La crítica liberal hacia la eclosión de los derechos .....	144
4.3. Cimiento filosófico del derecho humano subjetivo .....	147
4.3.1. Elementos del derecho subjetivo .....	148
4.3.2. Derecho subjetivo vs. sujeto de derecho .....	149
4.4. Positivación de la tercera generación de derechos .....	152
Conclusiones .....	154
Bibliografía.....	156

### **CUARTO SEUDO-ENSAYO**

#### **EL DERECHO DEL MAR..... 169**

Introducción .....	169
1. Antecedentes.....	170
1.1. Antecedentes normativos.....	171
1.2. La constitucionalidad de la adhesión a la Convemar.....	176
2. El Perú y la Convemar .....	178
2.1. Antecedentes de la Convemar .....	178
2.2. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.....	179
2.3. Aspectos normativos y técnicos.....	180

3. Virtudes y vicios de la Convemar .....	181
3.1. La seguridad jurídica internacional .....	182
3.2. La delimitación marítima. ....	183
3.3. La pesca en alta mar, más allá de las 200 millas .....	186
3.4. La participación en la regulación de los fondos marinos .....	187
3.5. La navegación y sobrevuelo de buque y aviones de bandera peruana. ....	189
3.6. La protección al medio ambiente marino .....	190
3.7. La investigación científica marina y el desarrollo y transmisión de tecnología marina. ....	191
Conclusiones .....	193
Bibliografía. ....	196

## **QUINTO SEUDO-ENSAYO**

<b>EL TEMOR AL CAMBIO: ACUERDO DE ESCAZÚ.....</b>	<b>199</b>
Introducción .....	199
1. Antecedentes y cambios en el derecho internacional .....	200
1.1. Antecedentes de la negociación .....	201
1.2. Rol de la sociedad civil en el derecho internacional ambiental .....	205
1.3. Derrumbando falsedades: pérdida de la soberanía .....	206
2. Retos en la implementación del Acuerdo de Escazú en el Perú .....	212
2.1. El Acuerdo de Escazú y desarrollo sostenible. ....	212
2.2. Transparencia y acceso a justicia ambiental en el Acuerdo de Escazú. ...	214
2.3. Participación ambiental en el Acuerdo de Escazú .....	217
3. Retos de participación ambiental y el Acuerdo de Escazú .....	220
Conclusiones .....	225
Bibliografía. ....	227

## **EPÍLOGO**

<b>DE AQUÍ Y EN VEINTE AÑOS.....</b>	<b>232</b>
Los retos del Covid-19.....	237
Concluyendo.....	240
Bibliografía.....	241

## **ANEXO**

### **LISTA DE TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS**

<b>HUMANOS SUSCRITOS POR EL PERÚ .....</b>	<b>242</b>
1. Derecho de asilo y derecho internacional humanitario .....	242
2. Derechos civiles y políticos. ....	244
3. Derechos económicos, sociales y culturales. ....	246
4. Nuevos derechos humanos. ....	252

<b>NOTAS SOBRE LOS TRABAJOS ANTECEDENTES DE ESTA OBRA.....</b>	<b>256</b>
--	------------

# PRESENTACIÓN

“Comunes lectores, perdónenme mis paradojas. Son necesarias al reflexionar, y qué puedo decirles, amo ser un hombre más de paradojas que de prejuicios”.

**J.J. Rousseau.** *Émile ou de L'Éducation*

Comenzaré con una confesión personal sobre el origen de esta obra. Al finalizar mis estudios universitarios de derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (2000), Universidad Decana de América, una singular motivación me llevó, finalmente, a abrazar mi formación como abogado enmarcado por mi preocupación en lo social, y desde entonces comencé a explorar en diversos campos “jurídicos” la posibilidad —como cualquier ambicioso joven que quiere cambiar el mundo— de transformar el derecho en un instrumento que solucione los problemas que aquejan a nuestro país. El régimen fujimorista acababa y uno comenzaba a soñar en libertad. A la par que realizaba prácticas en la Cancillería del Perú y era parte del proyecto sobre historia de las elecciones del Fondo “Siembra Democracia” (2002-2004), inicié dos tareas personales importantes para mi posterior formación académica e intelectual: la primera, la traducción del francés al castellano de una serie de artículos y ponencias relacionadas con la filosofía del derecho, compilados en diversos libros arribados a la Biblioteca de la Facultad de Derecho de mi *alma mater*, y la segunda, la redacción de un trabajo de investigación sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, como base de mi futura tesis para obtener el grado de Magíster y Doctorado.

A partir de estos estudios se fue desbordando aún más mi pasión por el derecho francés y la filosofía del derecho, hasta llegar a la historia del derecho, los derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas. En ese sentido, esta obra agrupa las digresiones académicas que en varios momentos me atascaron la lectura de libros en la biblioteca de la Facultad de Derecho de San Marcos, una serie de exploraciones jurídicas bajo un marco teórico crítico del derecho contemporáneo a razón de algunos alcances de juristas y filósofos como Boaventura de Sousa Santos, Oscar Correas y Slavoj Zizek. Estos maestros han construido una teoría crítica al derecho postmoderno y a través de sus textos han marcado un derrotero en la perspectiva crítica del derecho. A pesar de que cada “seudo-ensayo” que presento en esta obra tuvo su propio sentido, estos están relacionados a la necesidad de otorgar un carácter crítico y sociopolítico al derecho, meta que esperamos cumplir con esta obra.



Así, estos escritos son producto de la dedicación de hace unos años en explorar e investigar bibliotecas, manuscritos, libros y algunas fuentes hemerográficas en materia de filosofía del derecho, historia del derecho, derechos humanos y derecho del mar (2000-2003); y la inclusión del debate actual alrededor de los cambios políticos y legales en el marco de la Covid-19 y la ratificación del Acuerdo de Escazú. En los primeros ensayos elaborados, hacemos una rápida revisión del texto para actualizar su redacción, por lo que no presentamos temas novedosos o profundos en relación con el derecho. Sin embargo, estos ensayos intentan exhibir reflexiones que se dieron finalmente en años posteriores, y desde allí aclaran algunas contradicciones narrativas.

Esta obra es un trabajo que se desprende del apoyo desmedido de mis padres. Desde que tengo memoria, mi padre y yo charlábamos en largas tardes en la pequeña sala de nuestro hogar. Tiempo después, al entrar a la universidad, la génesis de esta obra nacia de esas interminables discusiones teóricas y coloquiales sobre el derecho y su función política. Mi padre me enseñó todo lo que sé y la riqueza de esta investigación transmite lo poco que aprendí sobre temas tan apasionantes como el derecho y su carácter teleológico. Hubiera querido que tenga en sus manos esta obra. De mi madre, sólo quiero decir que conocí cómo amar amándola a ella aún más. No puedo negar que, de pequeño, tomarle la mano era el fin de mi propia existencia; ahora de grande entiendo todo ese cariño. Vale decir que este libro no sólo encierra el final de una primera etapa de mi vida, sino que es el pequeño esbozo del resultado de reconocermelo como un profesional imbuido en un contexto esperanzador.

Finalmente, esta publicación es el inicio de una nueva serie sobre Derecho, Ambiente y Recursos Naturales - DAR para promover la investigación de una serie de temas relacionados con la gobernanza de los recursos naturales, la vigencia de los derechos humanos y la sostenibilidad económica de nuestro país. En el aspecto personal, esta publicación intenta sintetizar algunas ideas sobre el derecho y la política, ideas que vagaron constantemente en nuestras vidas universitarias y profesionales. Después de años como meros manuscritos de otros artículos, estos pseudo-ensayos son sólo comentarios de temas políticos y jurídicos que dejan de traducir su importancia, porque son las mismas discusiones que se vienen dando con respecto al rol del derecho como un instrumento crítico o dominante de las relaciones de poder entre Estado, mercado y ciudadanos. Es una forma de comenzar a estudiar el derecho y entender el cuerpo omnipresente y a veces invisible del poder desde la filosofía, la historia o el mismo derecho. El encontrar la dualidad discursiva es la ambición de encontrar la paz y el desarrollo como sociedad.

**Lima, 10 de septiembre de 2020**

César Leonidas Gamboa Balbín

## INTRODUCCIÓN

# VEINTE AÑOS DE UNA DUALIDAD\*

“El sentido de la realidad no es mera valoración, es en alto grado una conciencia objetiva. Así, no podemos desrealizar el mundo, quitándole toda consistencia a la objetividad, y dándole las valoraciones subjetivas la capacidad plena de entender el mundo y de actuar sobre una ficción”.

**Darío Botero Uribe.** *Teoría Social del Derecho* (Bogotá, 2001).

La intención de esta suma de artículos será mostrar de manera sencilla la dualidad entre el discurso jurídico y el discurso social, es decir, llevar a la palestra el unívoco carácter teleológico del derecho como eje transversal de las “políticas jurídicas” contemporáneas. En ese sentido, la intención de estos ensayos es permitirnos encontrar puntos comunes para una reflexión de lo que concebimos como derecho en el Perú, una noción que se convierte en una dualidad de discursos: el formal y el real.

En el año 2000, se pensaba en el nacimiento de esperanzas y en la construcción de un mejor “derecho” —al menos para una parte de peruanos, se venía un tiempo de democracia post fujimorista—, es decir, la idea de construir un ficticio orden establecido que nos ocultara la realidad social y nos permitiera tener la esperanza de que todo podía cambiar. Es algo que queríamos creer como una bandera que soporta nuestras ansias de libertad, pero después de veinte años, nada más alejado de la verdad. Existía, pues, un desdoblamiento entre el fondo y la forma: las historias paralelas de la libertad “postmoderna” y de su “lógica de dominación” se entrecruzan en esta deconstrucción de discursos jurídicos, formando un orden completamente aparente en la realidad institucional del Estado peruano, que veinte años después derivó en un régimen político corrupto institucionalizado. Este orden está total e integralmente ligado a una concepción de lo que concebimos por sociedad y ser humano, en este caso, una concepción donde prima la acumulación de las riquezas como el único objetivo primordial del desarrollo.

---

\* Actualizamos esta introducción, adecuándola al contexto actual y a los retos que nos depara un ciclo de regresión de derechos y de obstáculos en el crecimiento económico de América Latina.

El derecho es el fetiche moderno de la sociedad actual. El ordenamiento jurídico (transnacional, nacional o local) es una ilusión de convivencias pacíficas, reglas jurídicas que se construyen y se recrean bajo una sola finalidad: la de continuar desarrollándonos. Para ello, el derecho es sumamente importante. La fuerza de lo jurídico radica en la creencia del “deber ser” como “ser”, es decir, el poder de la palabra posee tanto valor como el hecho que se conoce a través de ésta. La fuerza del derecho actual —asimilado como “nuestro”, “propio”, es decir, de “occidental” pasa a ser “universal-trascendental”<sup>1</sup>— reside en el dominio de lo formal (“la palabra”) materializado en la norma, y reproducido a través de la coerción del Estado. Más aún, amparándose en la norma, el derecho se extiende hacia los confines de las mentes de los hombres, hacia las prácticas sociales con relevancia política, económica, social, y a los imaginarios colectivos fragmentados de nuestras sociedades diversas, que viene atacando ahora el mundo “informal” en una sociedad como la peruana, llena de subalteridades. Esta fuerza del derecho, pues, está al servicio de este desdoblamiento que nos hace creer que el mundo de las normas es el mundo del “ser”, cuando claramente no lo es.

A principios de 2000, se veía con mucho optimismo lo que se venía. Sin embargo, este discurso posmodernista ocultaba, desde su optimismo compartido hasta su tecnicismo uniforme, una actitud acrítica frente a la realidad social<sup>2</sup>, una posible legitimidad de la multiplicidad, pero también una fragmentación irracional de la realidad social, una lógica que crea una inconmensurabilidad entre el ser y la realidad, entre los propios seres humanos. Es como si la acumulación de la riqueza y las oportunidades nos enceguerciera para no ver la inequidad que generaba este modelo de concebir y proseguir con el desarrollo. Por ejemplo, esto no se debe ya más a la era de la televisión ni al uso de tablets y celulares que no nos permiten ver al otro en su peculiar urbanidad, sino que el espacio social pasa a ser uno más digital, más inmaterial: el del narcisismo cultural.

Aún dejando de lado nuestro alarmismo y pasados los años, no se puede negar ahora que se acerca un período sombrío en esta época de transición de las sociedades occidentales. El contexto de la Covid-19 ha agravado esta situación de desigualdades que no queríamos observar. Las contradicciones sociales se agudizarán aún más y las exigencias políticas y socioeconómicas mutarán en marcos jurídicos “supuestamente” liberalizadores en función de nuestro bienestar económico. El derecho se convertirá, desde la hermenéutica hasta

- 
- 1 Al parecer, los atisbos de preocupación aún se mantienen sobre el peligroso etnocentrismo occidental en las ciencias sociales —sin mencionar las ciencias jurídicas—: “La ignorancia occidental es doblemente desafortunada: niega a la filosofía política occidental protección contra un sesgo etnocéntrico y, de esa manera, impide que adquiera principios políticos auténticamente universales, indispensables para lidiar con un mundo cada vez más interdependiente” (Parekh, 1996: 19).
  - 2 Volviendo a la lógica acrítica, este es un elemento ordinario de la sociedad actual: “Los efectos del declive de la capacidad crítica son notables en el eco que han tenido en tiempos recientes los múltiples anuncios sobre el fin de las ideologías, sobre el fin de la historia, sobre el fin de la racionalidad, sobre el fin de la epistemología, sobre el fin de la ciencia. Anuncios alarmistas, todos exagerados y sin fundamentos sólidos, más cercanos a las noticias de la prensa amarillista, cuyo impacto se debe más bien al apoyo que ofrecen precisamente a ciertas ideologías afines con el silencio de la crítica” (Olivé, 1999: 24).

la argumentación jurídica, en el campo final de las concesiones del sistema de explotación y de la lógica de dominación en el cual el movimiento emancipatorio intentará alzar alguna de sus banderas de lucha por la libertad, la igualdad y la identidad, bajo el yugo del “interés general”. Bajo este marco social de discursos, el terreno de lo “práctico” se torna cada vez más importante y la especialización del derecho nos exige comprender que la técnica jurídica es una herramienta que debe ser utilizada para reconocer a los ignorados, para proteger a los desprotegidos, para incluir a los excluidos, para defender a los indefensos, para construir una sociedad plenamente igualitaria. Aquí guardo aún cierto optimismo.

Pero para ello, para construir una sociedad igualitaria o al menos con la posibilidad de acceder a bienes, es necesario reconocer esa dualidad entre la narrativa jurídica y sus verdaderas finalidades. Este grave problema que nos aqueja no deja de estar exento de enajenaciones y de discursos duales. El peligro que corremos es tornar en fin nuestro instrumento y convertir en un “medio” al ser humano, como sucede cuando comenzamos a definir qué o quién detenta el poder, ya sea en la esfera pública, en la esfera de lo privado o en la esfera de lo social.

El derecho no es más que una herramienta jurídica, una forma por la cual debemos llegar al fin de nuestra sociedad y vencer el estado de indefensión en que se encuentra la mayoría de los ciudadanos. Desde el derecho de marcas hasta el estudio del procedimiento judicial, las disciplinas jurídicas son instrumentos ideológicos y técnico-jurídicos de explotación y de exclusión, por donde se filtra la lógica de dominación y sus elementos teóricos, los cuales debemos aprender a reconocer (Cappelletti, 1974: 5-6). Usemos el derecho como forma libertaria del ser genérico; sin embargo, desconfiemos de éste como fin de todas nuestras acciones emancipatorias. Es necesario, pues, hacer una “remoción cultural” dentro del conocimiento jurídico —si existe—, alejarnos y acercarnos dialécticamente al campo jurídico desde visiones encontradas, contra un sistema y una lógica del pensar que nos convierta en operadores jurídicos de la “cotidiana formalidad”, administradores de nuestros propios intereses y remuneraciones, alejados de la búsqueda por una “legítima igualdad”.

Los espacios sociales del derecho han transcurrido según las relaciones económicas, políticas y sociales que se han ido entretrejiendo en las sociedades actuales bajo el paradigma de la nueva “normalidad”, otrora la defensa de la libertad. El discurso jurídico de los “opresores” es parte de la historia “oficial” de la sociedad. Hace veinte años, el ámbito mundial globalizado se traducía en un proceso de hegemonización de las instituciones sociales y jurídicas que, ciertamente, puede asemejarse a la transformación de la historia del sistema capitalista con la aparición de la codificación legal<sup>3</sup>, una historia plagada de

3 “El derecho romano, fundamento del código capitalista, renació igualmente bajo el régimen medioeval, en contraste con el propio derecho canónico, como lo constata Antonio Labriola. Y el municipio, célula de la democracia liberal, surgía también dentro de la misma organización social. Pero nada de esto significó una efectiva transformación del orden histórico, sino a partir del momento de que la clase burguesa tomó revolucionariamente en sus manos el poder. El código burgués requirió la victoria política de la clase en cuyos intereses se inspiraba” (Mariátegui, 1979: 102).

dualidades en el discurso jurídico y en sus verdaderos fines. Esto no ha cambiado con el fin de la narrativa del multilateralismo a la abrupta y bruta emergencia del pensamiento conservador y chauvinista de 2020.

Frente a la propuesta de una dogmática jurídica “tradicional” acrítica, plenamente operativa y mecanicista en el estudio de las instituciones jurídicas (“interrelación dialéctica entre la teoría jurídica y la realidad social”), debemos proponernos descubrir sencillamente la dualidad entre el discurso jurídico y la realidad social en el cual se desdoblan los discursos jurídicos “postmodernos” a través del rastreo del carácter teleológico de incentivos y “castigos” a conductas señaladas por normas, procedimientos e instituciones en el espacio jurídico transnacional (internacional, regional), nacional y local, una dualidad que nos evoca un manto de oscurantismo medieval.

## 1. Ascenso del pensamiento global unificador

Debemos empezar a reconocer las dualidades en el derecho y la política internacional a inicios del siglo XX. Un primer grupo de dualidades discursivas del “nuevo orden” lo encontraremos en el espacio transnacional. Por más que nos neguemos a observar una realidad palpable, la sociedad “interestatal” ha sufrido radicales cambios a raíz del desarrollo de la sociedad contemporánea: la globalización en su dimensión jurídica (“internacionalización de las instituciones sociojurídicas”) responde a la reacumulación y redirección del capital en el ámbito mundial y a su nueva forma de jerarquización política dentro del sistema social. Por lo pronto, reconocemos una serie de dualidades en éste como en otros ámbitos y espacios jurídicos.

Desde un plano filosófico político, la lucha entre los intereses de los países centrales, periféricos y semiperiféricos en un nuevo orden internacional que no termina por acomodarse, nos muestra la concepción ideológica dominante del “pensamiento moderno” y, por tanto, de la sociedad y del derecho contemporáneo. Los intentos por compatibilizar un nuevo orden internacional son parte de este proceso de omnipresencia de las “teorías del desarrollo” (De Rivero, 2001, 17), del fenómeno de la globalización como forma de “pensamiento único” y del proceso de estandarización de las sociedades humanas (Santos, 1998: 202; Forero, 1998: 19). Es, quizás, otro medio de hegemonización “posmoderna”, consciente, “virtual” o formal, del sistema económico mundial que se manifiesta en el derecho transnacionalizado y a través de este, en los ordenamientos jurídicos nacionales.

El proceso político de hegemonización económica, social y jurídica de las dotaciones culturales pertenecientes al sistema de producción bajo el discurso jurídico de la libertad, y en casos más contemporáneos, el bien común, interés



público o “interés nacional”, continúa en expansión, pese a las vicisitudes actuales. Las dualidades que se producen a través de la “subsunción formal del trabajo al capital” —estemos en la etapa capitalista en que estemos (Negri y Hardt, 2002; Petras, 2001; Moreano, 2002)— absorben, de extremo a extremo, los discursos liberales, democráticos y de las diversas plataformas de luchas sociales, de las reivindicaciones de identidad cultural de los pueblos indígenas, de las naciones, de las minorías, hasta las exigencias socioeconómicas de los ciudadanos, de los más pobres en pleno siglo XXI<sup>4</sup>. Incluso esta emergencia de derechos puede traer en su propio seno las mismas contradicciones de opresión del nuevo orden mundial.

En consecuencia, las visiones de la “historia postmoderna del hombre” (Febvre, 1993; Vovelle, 2003) viven la afrenta de un nuevo orden internacional a raíz del supuesto debilitamiento del antiguo *Orden Internacional Westfaliano* (Romano y Tenenti, 1971: 104; Yáñez, 1983: 5; Lyons y Mastanduno, 1995: 15). El derecho contemporáneo ha manifestado más divorcios entre las realidades sociales y los discursos metateóricos. La dualidad se manifiesta en las múltiples contradicciones entre el orden institucional y democrático de la comunidad internacional y las instituciones jurídicas del nuevo orden internacional inaugurado en la década de 1990<sup>5</sup>. Un claro ejemplo lo encontramos en los medios de solución de conflictos o controversias internacionales; la legitimidad de las “acciones preventivas” como acciones de guerra de carácter “defensivo-disuasivo”; la utilización del discurso de la lucha por los derechos humanos para múltiples violaciones a estas protecciones jurídicas; la legitimidad de las acciones bélicas a través de la lucha contra el terrorismo; el vacío de los ritos políticos y de participación política de la democracia contemporánea vaciando de contenido el derecho a elegir y ser elegido; el divorcio entre el sistema legal nacional y los espacios locales y sus prácticas informales, etc.

Bajo este proceso de globalización del derecho, la tensión entre las visiones de Hegel (“monarquía universal”) y Kant (“paz perpetua”) sobre la comunidad internacional no pierde vigencia. Hegel nos provee de instrumentos políticos para captar el nivel y la intensidad de instrumentalización de los discursos jurídicos en el mundo contemporáneo, más aún cuando se tiene fe ciega en la democracia, en la lucha por los derechos humanos, en la lucha contra el terrorismo, en la indiferencia por las víctimas de las guerras actuales, en el pesar de convivir con el “diferente”, entonces son solamente discursos que ocultan un rechazo al “otro”. Hegel nos proporciona la capacidad para detectar “la última ratio” de los

4 Una dualidad que Hegel había ya mencionado hace doscientos años: “Una federación universal de los pueblos para fundar la paz imperecedera, que sería la matriz de un solo pueblo o que sería un único pueblo —la individualidad de los pueblos sería abolida— se convertiría en una Monarquía Universal” (Planty-Bonjour, 2001: 86). *La traducción es del autor.*

5 Estas dualidades se presentan como un proceso político que despliega un programa consciente e inconsciente sobre la base de ideas libertarias y asimiladas al carácter teleológico del desarrollo de la “lógica de mercado”. Esto se ha visualizado con mayor claridad a partir de la década de 1990. Después de la caída del “Muro de Berlín” —“la caída del Imperio Soviético”, el ingreso a la “unipolaridad mundial”— se inicia una serie de cambios políticos y, más que nada, la acentuación de las dualidades de los discursos jurídicos a raíz de la reforma de los aparatos estatales según el programa neoliberal vigente del “Consenso de Washington”.

discursos del derecho. Esas dobles intenciones que están bajo los programas de “paz y desarrollo” (“teorías del desarrollo”) y que se nos escapan de las manos actualmente por encontrarnos imbuidos en la ideología de la “lógica de mercado” tienen como base el nuevo paradigma de la libertad “posmoderna”: atomización del individuo para evitar su organicidad social.

Es sumamente fácil mostrar las contradicciones de la política y la economía en función del modelo de la sociedad contemporánea bajo los mantos del discurso jurídico de la libertad, pues están siendo cuestionados por pensamientos conservadores como idearios progresistas. En ese sentido, el pensamiento político hegeliano sería un interesante instrumento para el análisis de la sociedad internacional actual. Esta perspectiva teórica podría explicarnos una sociedad supuestamente promotora de libertades, pero indiferente al mundo de las inequidades; Estados centrales omnipotentes en relación con el gran mercado transnacional y sus agencias de cooperación técnica órganos que controlan y ejecutan las políticas neoliberales del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial o el Banco Interamericano, y el derecho internacional, sombra de una “paz perpetua kantiana” y, más bien, embrión de un sistema jurídico cuya única fuente formal sería el constitucionalismo de los países centrales y su fuente material: la política exterior e interna de estos países, base legítima —no válida— de la violación de derechos o de su usurpación.

Hegel nos presenta la tensión entre lo individual y lo colectivo, entre el liberalismo político y la construcción de los presupuestos de la comunidad, del interés general, del bien común, una pseudo-representación capturada de los intereses particulares provenientes de nuestra transformación de sociedad en mercado. La dialéctica entre la filosofía liberal y comunitarista, entre la eticidad hegeliana y la autonomía moral kantiana, y entre el modelo imperialista y el modelo democrático de una posible futura comunidad internacional basada en la narrativa del unilateralismo, cada una de ellas muestra la tensión actualmente existente del nuevo orden de las cosas. Entender el desarrollo del sistema económico mundial pasa por entender el derecho y la política internacional, así como por aceptar que el nuevo discurso jurídico forma parte de la propuesta política del orden internacional en transición. Creemos que sólo interesa saber que la opresión es estructural y, hoy por hoy, sigue vigente y legitimada a través de la dualidad de los supuestos discursos de “liberalización”, a ser reemplazados por los del “bien común”.

## 2. Una historia de derechos inacabados

La historia política occidental, que nos involucra a nosotros como americanos, se expresa en una “historia oficial” y en una “historia paralela” de los países de Latinoamérica. Por mucho tiempo hemos vivido la “leyenda negra” de la democracia —idea inversa de Annino—, es decir, bajo el “moderno velo de la ignorancia” liberal —idea inversa de Rawls—, Latinoamérica proviene de un pacto

social entre iguales. Las narrativas “tradicionales” decimonónicas afirmaban que las repúblicas representativas latinoamericanas estaban compuestas por ciudadanos con las mismas libertades —por ejemplo, el derecho a acceder a la justicia o el derecho a elegir y ser elegido— y que se reconocían como iguales —la ley nacional los tutelaba a todos por igual—. Ciertamente, esto era así solamente para algunos: los criollos varones en el discurso constitucional y legal decimonónico (Annino, 1995: 7)<sup>6</sup>, lo que aún se sigue expresando en muchos países como privilegios o como un sistema clientelar para huir de la aplicación de la ley penal o sacar ventajas de la ley civil.

En ese sentido, el estudio de la historia de las elecciones del siglo XIX nos permite la reconstrucción de los sistemas de la lógica de dominación en los discursos jurídicos “tradicionales”, especialmente en el derecho latinoamericano. Esta historia nos posibilita apreciar el control de las élites sobre medios, órganos y procedimientos electorales que buscan elegir autoridades para representar “supuestamente” a todos los ciudadanos (Gamboa, 2003a: 195-197). Asimismo, el discurso jurídico nacional, honestamente preocupado por construir una nueva forma de orden social, legitimó a través del derecho electoral y del modelo del gobierno representativo la lógica de dominación “tradicional”. El sistema de representación política era una radiografía de la contradicción entre el principio de distinción o “nobleza” y el principio de representación “democrática”. Por ejemplo, el sistema de elección de autoridades en el Perú desnudaba los estamentos de la sociedad, otorgaba primacía a los miembros de las élites bajo el principio del gobierno de los “mejores”, refugiado en la mirada tradicional de los “criollos” como cultura societaria imperante. Corrían la misma suerte los demás países latinoamericanos.

Se hace imperioso, pues, el estudio del derecho del siglo XIX para encontrar a ese otro sujeto social, a ese sujeto ensombrecido que es el indio, la mujer, el niño, el anciano, el joven, a todo aquel que despreciamos como sociedad, y no solamente el reconocido como “buen vecino” o “criollo”. Caeremos en cuenta cuando estudiemos el arribo del derecho electoral del siglo XX que estos sujetos históricos son oscurecidos (“excluidos”) nuevamente por el oligarca, el empresario, posteriormente el notario, el abogado, el inversionista, ahora el emprendedor, todos ellos arropados como ciudadanos, siendo el principal objeto de tutela del derecho de estas élites el seguir manteniendo sus privilegios y sus regímenes legales vigentes.

6 La revolución decimonónica que causó la imposición de este velo de la ignorancia liberal está relacionada con la génesis de la representación política y del sufragio (Rosanvallon, 1999: 12). Y aunque podemos abogar por otros factores sociales (la inserción de las ideas de ciudadanía y libertad), culturales (el “afrancesamiento”), económicos (la libertad comercial) y políticos (la “independencia”), lo cierto es que esta “modernidad criolla” mantuvo la estructura jerárquica colonial española o portuguesa (europea) y se desplazó, por obvias razones, a las normas jurídicas de las nacientes repúblicas latinoamericanas. Esta “modernidad criolla” puede ser concebida como “colonialismo interno” (Quijano, 1999: 99; Rivera, 1993: 33) o “modernización tradicionalista” (Trazeznies, 1992: 30) y es la característica común en la historia de muchos países latinoamericanos, especialmente de los países de la subregión andina (Démelas, 2003: 26-27).

Como podemos concluir, los antecedentes del actual proceso de globalización del derecho se encuentran después de desentrañar la “ficción” de las elecciones políticas decimonónicas, el divorcio entre los discursos liberales clásicos y la realidad jurídica de las elecciones en los países latinoamericanos. Pese a algunos novedosos estudios, el siglo XIX es una época poco estudiada y donde se mantiene el velo negro de la ignorancia en cuanto al estudio histórico normativo de los procedimientos electorales. La periodificación histórica del derecho electoral y el estudio de las elecciones directas del siglo XIX son elementos teóricos de una propuesta que torna compleja la mirada hacia el modelo electoral gaditano de Annino: la constatación de que la participación política indígena era maniatada, corporativizada, manipulada, colectivizada o instrumentalizada pesa más que la comprobación de la inserción del indígena en el juego político de la votación en los espacios locales o nacionales. Poco después, el factor político electoral “democrático” (“sufragio universal”) no impidió que arrastráramos identidades incabadas y visiones fragmentadas de la realidad política, venidas del imaginario colonial. Aquí encontraremos muchos de los fundamentos de la razón por la cual los pueblos indígenas u originarios se vuelven, más que sujetos de derechos, sujetos políticos en la gestión de los recursos naturales.

### 3. La emergencia de los derechos humanos

La tensión entre los movimientos emancipatorios y represivos es una constante en la construcción poca homogénea de los discursos de los derechos humanos. Es un claro ejemplo lo sucedido con la edificación política de las “generaciones” de los derechos humanos en la moderna globalización jurídica. Al vincular la dimensión política con la naturaleza jurídica de los derechos humanos, podemos dilucidar varios elementos teóricos de la historia reciente del derecho. Las manifestaciones de las distintas corrientes filosóficas (movimientos ideológicos) que sustentaron las denominadas “generaciones de los derechos humanos” (Gamboa, 2003c: 119 y 2004: 3); la suscripción de tratados internacionales en materia de derechos humanos que obligan a muchos Estados periféricos, mas no a los países centrales; la calificación del cumplimiento de los derechos humanos por los países centrales sobre los países periféricos, supervisadas por sus agencias de cooperación técnica internacional; la evaluación de la situación de la democracia y de los derechos humanos por los organismos financieros internacionales; y finalmente, la contradicción entre la generación de las nuevas libertades –configuradas como derechos comunitarios– y el liberalismo clásico –con su propuesta jurídica de noción de derechos humanos– dentro del proceso moderno de la globalización del derecho, son elementos discursivos de tensión en la dikeología actual<sup>7</sup>.

7 Shelley Wright afirma que la lucha por los derechos humanos, en su dimensión represiva, ha sido vinculada con el imperialismo capitalista como discurso jurídico: “Any claim that human rights are

La aproximación a teorías filosóficas liberales y comunitarias que explican la dicotomía “colectivo-sujeto” nos permite una arista fundamental a nuestro enfoque. Entre los diversos campos de estudio de nuestro trabajo (filosofía, derecho, sociología), estas teorías políticas se interrelacionan, es decir, las contradicciones entre el pensamiento liberal y el comunitarismo, ambos de naturaleza proteiforme, pero con presupuestos básicos, se manifiestan en las nociones de derechos humanos y, especialmente, en el campo de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En consecuencia, intentaremos esbozar la manera en la cual el liberalismo inserta las tesis comunitaristas en el discurso de los derechos humanos y, posteriormente, en normas de orden interno e internacional relacionadas con los países andinos<sup>8</sup>.

La conjunción entre la teoría de la democracia como marco político y los derechos humanos de tercera generación como aspiración de autonomía sociocultural, se debe a la opresión sobre grupos culturales por la cultura societaria “oficial” (monoculturalismo) y a la hegemonización e imposición negativa de valores de una cultura o un sistema económico sobre otros (la globalización y el unilateralismo). Estos conflictos alteran completamente la noción de Estado de derecho y, sobre todo, la homogeneidad de sociedades “liberalmente democráticas”.

El fin de la tensión entre los valores libertad, igualdad e identidad se manifiesta mediante el proceso de legitimación de los espacios privados sobre los espacios públicos. La dualidad de los discursos que identifican al “bien común” como un espacio del interés privado brinda contenidos que no se ajustan con la realidad social, ni con la naturaleza de las instituciones políticas estatales. Un ejemplo de las dualidades discursivas en esta materia se traduce en la contradicción entre la “eticidad hegeliana” y el “idealismo moral kantiano”, entre la idea absoluta de la comunidad y la autonomía individual racional (Gargarella, 1999: 125; Nino, 1996: 123).

Algunos filósofos políticos afirman que la dicotomía entre ser individual y ser colectivo se expresa en la crisis de la sociedad posmoderna y su incapacidad de legitimar “la obligación política” del pacto social contemporáneo: una lucha constante entre los valores de libertad —principios y tradiciones liberales del mundo occidental—, y otros valores colectivos —por ejemplo, el valor “identidad”— de grupos culturales reconocidos como sujetos subalternos (Das, 1997: 279; Mato, 2001: 13; Jameson, 1998: 69). Esta contradicción se tornará crucial en el contenido

---

universal and indivisible must be prepared to answer the assertion of many Third World-non-white and/or feminist international scholars that human rights have a specific history with particular ties to the politics, economics and social psychology of a white, Euro-centric, Male, bourgeois culture that may have little relevance to the needs of people who do not fit within this description. Indeed, some commentators would go further and say that human rights are a direct outgrowth of the capitalist, colonialist history of post-medieval Europe”, citado por Torbisco, 2000: 12-13.

8 La filosofía política liberal es el sustento jusfilosófico de los derechos humanos individuales, sustentado en los principios de libertad e igualdad; y el comunitarismo lo es para los derechos de grupo, sustentados en el principio de “identidad” y en la exigencia de una “libertad de no-dominación” de grupos culturales como los pueblos indígenas.



valorativo de la internacionalización del derecho (justicia, libertad, defensa de los derechos humanos, solidaridad y cooperación, pluralidad y multiculturalismo, etc.).

El problema irresuelto del “indio”, que señaló hace ochenta años el pensador socialista peruano José Carlos Mariátegui, sigue vigente en muchos aspectos, especialmente en la emancipación de los pueblos indígenas. El tema de la constitucionalización de los derechos colectivos de los pueblos indígenas es un elemento esencial de análisis para reevaluar el contexto internacional, la región latinoamericana y las democracias nacionales de muchos países, sobre todo los países de la subregión andina.

Los pueblos indígenas son sujetos históricos que, junto con otros sujetos colectivos, han causado una revolución en la dogmática jurídica tradicional de los derechos humanos y en la noción de democracia que ostentamos<sup>9</sup>. El papel de las organizaciones políticas y sociales que se aglutinan alrededor de la identidad andina o de los pueblos indígenas amazónicos es actualmente relevante para las políticas públicas de los Estados sociales de derecho (reforma social y reformas constitucionales de derechos colectivos), para la gobernabilidad democrática de los países andinos (movilizaciones sociales en Bolivia, Ecuador y Perú) y para la configuración de una identidad nacional (imaginario colectivo de “nación”). Por estas razones, es necesario el estudio filosófico y dogmático de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y de sus prácticas sociales en los movimientos indígenas.

Las normas vigentes del velo de la ignorancia liberal se van corriendo frente al valor de identidad de los “pueblos indígenas”. El reconocimiento de este sujeto histórico, como parte de una elaboración propia de “democracia real” latinoamericana, es esencial para el futuro de todos los países de la región. Por supuesto, este reconocimiento ha venido ocurriendo con ciertos matices jurídicos, políticos, económicos, sociales y culturales.

Asimismo, la comprensión de la situación de la sociedad y del derecho internacional es determinante para señalar el estado de la cuestión en materia de derechos de estos pueblos. Los fenómenos sociales relacionados con los pueblos indígenas están envueltos por la desigualdad y la exclusión social, es decir, por el menoscabo constante y continuo de sus identidades, evidenciado a través de las normas jurídicas de la “cultura societaria imperante”. La tendencia hacia un reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas se ve empañada

---

9 Es necesaria la remoción del concepto de derecho subjetivo o la adaptación de los derechos humanos de tercera generación a una noción de “sujeto de derecho” como centro de imputación de derechos y deberes: el nuevo sustento de los derechos humanos. En los derechos humanos de tercera generación, pasamos de una titularidad individual a una titularidad colectiva, donde surge una relación coherente entre individuo y colectividad en algunos casos, y en otros, hay una posible y constante contradicción de intereses. Para ello, es necesaria la concientización colectiva y la organicidad política de los pueblos indígenas, características constitutivas y legitimadoras de la titularidad de sus derechos comunitarios (Lafer, 1994: 151).

por las distintas fórmulas constitucionales y legales que instrumentalizan sus derechos, y apreciamos cómo el valor moral del “orden público”, “interés público” o de la nación monocultural se impone sobre sus derechos y su visión de desarrollo.

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas son parte esencial de su “constitución” como entidad colectiva, como comunidad, y los límites que se les imponen desde decisiones externas hacen necesario un mejor sistema de reconocimiento de protecciones externas (nuevos derechos colectivos). Los límites sólo podrían establecerse si los pueblos indígenas decidieran ello, si el Estado liberal tomara la forma de un Estado pluricultural y si se decidiera establecer políticas públicas que generen la complementariedad de los derechos individuales a los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas y fomentasen en los pueblos indígenas una toma de conciencia colectiva y una organicidad política, cuestiones esenciales para ejercer la titularidad de sus derechos comunitarios.

Se ha podido ver al respecto un avance de la emergencia de los derechos indígenas en los ámbitos constitucional y legal, con la adopción de nuevas constituciones en Ecuador y Bolivia, como también leyes de consulta y de protección de sus territorios en la región, así como la extensa jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; sin embargo, la solución pasa por la organizaciones, control y gestión de los recursos naturales que se encuentran en sus tierras y territorios. Sólo en la Amazonía peruana controlan formalmente 12 millones de hectáreas que no tienen la capacidad de gestionar. El futuro de muchos de nuestros países pasará por la emergencia de estos pueblos como fundamento de una identidad colectiva, pero también como sujetos que emprenden sus propios desarrollos locales. Para ello, es necesaria la construcción de identidades indígenas desde su organicidad política —y sobre todo desde la gobernanza de sus tierras— cuando la superposición de derechos se vuelva un conflicto, así como también las actividades ilícitas se expandan a sus territorios por la explotación de los recursos naturales.

## 4. El último debate de los bienes comunes en el Perú

Cabe preguntarse lo siguiente: ¿qué relación tiene la hegemonización de la nueva ideología jurídica y la historia “paralela” latinoamericana con la problemática del Perú? Al parecer, mucho. No existe una nación peruana, pero tampoco podemos negar que somos herederos de tradiciones con identidades culturales en un espacio andino y amazónico fragmentado y conformado por otras identidades en el mismo proceso que el peruano, todo provenientes de “dos aristas convergentes” —una identidad política de la hegemonía política global y una valoración cultural del pasado colonial latinoamericano—. En consecuencia, frente a la globalización y al velo de la ignorancia liberal latinoamericana, el Perú pertenece a ese grupo de países a los que le cuesta la construcción de ideales y nociones comunes, bienes a

los que todos puedan acceder. Es más, tenemos un alto grado de dependencia del mercado internacional, que a la vez es una idea fragmentada cuya dependencia va más allá de sus problemas actuales (Gamboa, 2003b: 61).

La lucha por la emergencia de una identidad colectiva y de bienes comunes para la sociedad desde un enfoque de poder; es, *ad portas* del Bicentenario, democratizar el control de nuestro futuro en sus múltiples facetas, como en la educación o la salud, y especialmente en la gestión sostenible de los recursos naturales. El sueño de un territorio ordenado y conectado, de construir una identidad que controle su mar, su costa, los Andes y la Amazonia, ahora envuelta no sólo en mil y una identidades, en uno y mil intereses, parece un imposible. Con el crecimiento de los últimos años, el Perú podría estar construyendo espacios o bienes comunes en una suerte de modelo de desarrollo propio en lo económico, político y cultural, lo que volverá indispensable mantener una autonomía de esa construcción frente a la “homogenización” del pensamiento “moderno”. Sin embargo, esta autonomía en la construcción del bien común no será posible si no nos identificamos como parte integrante de ese territorio y lo controlamos, ni reconocemos al otro o sólo vemos a la Amazonia como dispensa de recursos y no como un espacio de desarrollo nacional, de derechos y de sostenibilidad. Es decir, si aceptamos a los distintos actores, las distintas localidades, a los pueblos indígenas<sup>10</sup> como integrantes en una nueva sociedad —y ellos nos aceptan en su sistema social— y no como “fetichismo” de nuestra exigua tolerancia.

En los últimos veinte años se apostó por una integración de economías como la casi sepultada Comunidad Andina, Mercosur o UNASUR, pactos voluntaristas o determinados por meros fines económicos, incluso la novísima Alianza del Pacífico no tiene más futuro que una simple agencia de intercambio de mercancías. Era claro que el futuro de una integración de identidades debía tomar en cuenta los valores, “incluso los valores bolivarianos” (Pizzolo, 2002: 32), por lo que, si se pretende construir una identidad común, será necesario incluir en dicha identidad colectiva no sólo al mundo andino sino al mundo amazónico, por lo que los desafíos de conexión o infraestructura deben pasar por lo que demandan los pueblos, y no los intereses económicos de las constructoras brasileñas lideradas por el modelo de corrupción de Odebrecht y el gobierno brasileño de turno. El construir un espacio regional autónomo donde podamos apropiarnos de nuestras propias riquezas sólo repitió la experiencia global de acumulación de la riqueza de unos cuantos en desmedro de muchos; es decir, hemos vivido una suerte de velo del “interés público”, una dualidad entre la apropiación de los fines del bien común que privilegia el interés económico de particulares.

10 Para el caso peruano y de “lo indígena” en la región, esto significa profundizar y enlazar los contenidos culturales, ideológicos, históricos, políticos y jurídicos —como en un inicio hicieron los Estudios Culturales de Williams y Hall (Grüner, 1998: 27)— para construir estas identidades diversas, más aún con las actuales reacciones conservadoras y excluyentes de la identidad de otros, en especial desconociendo el valor de estas diferencias, calificándolas como retraso para “nuestro desarrollo”. Los distintos pueblos y localidades, sujetos históricos de nuestra complicada diversidad, se vuelven sujetos de derecho, y deberán ser partícipes de este proceso de desarrollo y de identidad como fundamento de éste, más que formar parte de una tradición cultural inerte de las sociedades criollas, aún vigentes.

Sin embargo, parece que todo lo construido en los últimos veinte años no hubiera existido, no hubiera valido la pena. Hemos regresionado a las puertas del 2000, al dejar de lado el temor por un Estado autoritario y una verdadera esperanza de cambios, de vivir en democracia, de aprender a vivirla. Al dejar los rezagos atrás, no quisimos dar una última mirada a este pacto implícito contra la violencia, el aceptar ciertos sacrificios en derechos y libertades que bien valían la pena por ese ansiado desarrollo a conquistar. Parece que esta fue la mayor dualidad discursiva, el mayor velo de la ignorancia jamás colocado: pensar que, como nuevos ricos, habíamos dejado todo atrás, incluso nuestras propias iniquidades, incluso nuestro propio desprecio hacia nosotros mismos. Todo eso acabó con la pandemia de la Covid-19 y con el Acuerdo de Escazú.

La pandemia de la Covid-19 ha generado una crisis humanitaria y económica global y el Perú ha sido golpeado especialmente por este virus. Miles de muertos y enfermos sin atención nos mostraron el desprecio hacia el otro, pues acumulamos riqueza y dijimos que estábamos creciendo. Lo cierto es que era una utopía precaria, pues ni la democracia ni el crecimiento económico eran para todos, sino para unos cuantos. Y la Covid-19 lo mostró así en estos meses.

Después de la finalización de la cuarentena (1 de julio), la nueva normalidad impuso nuevas reglas de convivencia como el distanciamiento social y la preocupación por que no se expandiera la Covid-19, pero al mismo tiempo, bajó la presión de diversos actores económicos, el Gobierno peruano impulsó un plan de reactivación económica en cuatro fases controladas para acelerar el crecimiento económico del PBI del Perú caído en -15%. Algunas actividades económicas fueron privilegiadas porque nunca se detuvieron, como la minería, y causaron estragos en los trabajadores: en un primer momento se habló de hasta 12 000 trabajadores contagiados. Lo cierto es que esta reactivación económica tiene un costo en el cambio de las reglas del juego para las inversiones desde el punto de vista social, ambiental y seguramente económico. Es decir, más beneficios para las empresas, menos para todos. Será importante evaluar esos cambios, pues el costo de estos los asumiremos todos.

En ese mismo contexto, se produjo un debate intenso sobre la ratificación o no por el Congreso de la República del Acuerdo de Escazú. Los principales argumentos a favor se centran en establecer claras obligaciones internacionales en derechos humanos en materia ambiental que han implicado un reto para los países de la región, y que en el Perú han avanzado en las últimas dos décadas. Por otro lado, los argumentos en contra de la aprobación se han centrado en afectaciones a la soberanía nacional y una posible pérdida del territorio, es decir, un cuestionamiento de la competencia de la Corte Internacional de Justicia de la Haya para dirimir discrepancias entre los Estados parte del Acuerdo en materia de interpretación o aplicación de las disposiciones de dicho Acuerdo.

Este debate político sobre la pertinencia de la aprobación del Acuerdo de Escazú, un tratado internacional de derechos humanos que reconoce el derecho a la participación ciudadana, acceso a la información ambiental y acceso a la justicia

en materia ambiental, generó una respuesta conservadora en el Perú como en Colombia, que terminó por archivar la iniciativa legislativa de la ratificación, claro está, sin ningún sustento mayor que un temor político. Claramente las élites políticas y económicas no han estado a la altura de las lecciones aprendidas y la historia vivida en el Perú por mejorar la gobernanza de los recursos naturales, y cómo hemos intentado superar los conflictos socioambientales. Pudimos mostrarnos como un líder regional para otros países, pero sólo hemos mostrado que aún no superamos las mismas taras que hace veinte años nos hicieron construir esta frágil democracia. Quizá estamos ante un agotamiento de la fórmula política que se muestra claramente en la gestión de los recursos naturales, y sus contradicciones.

Han pasado veinte años de democracia, pero entramos al Bicentenario de nuestra independencia con incertidumbre y falta de memoria. Hace veinte años nos olvidábamos de nuestros temores y abrazábamos la esperanza de seguir creciendo; hoy no podemos darnos el lujo de no mirar hacia atrás y reflexionar sobre qué debemos corregir para un mejor futuro, para nuestros hijos, para todos.



# BIBLIOGRAFÍA

ANNINO, Antonio (compilador)

1995 *Historia de las elecciones en Iberoamérica, siglo XIX. De la formación del espacio político nacional*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

BRAUDEL, Fernand

1990 *La historia y las Ciencias Sociales*. Madrid: Alianza Editorial.

CAPPELLETTI, Mauro

1974 *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Das, Veena

1997 La subalternidad como perspectiva. En Rossana Barragán y Silvia Rivera (comps.), *Debates Post Coloniales: Una Introducción a los Estudios de la Subalternidad*. La Paz: Historias.

DE SOTO, Hernando

2000 *El misterio del capital. Por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo*. Lima: El Comercio.

DE RIVERO, Oswaldo

2001 *El mito del desarrollo. Los países inviábiles en el siglo XXI*, segunda edición. Lima: Fondo de Cultura Económica.

DE TRAZEGNIES Granda, Fernando

1992 *La idea de derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

DÉMELAS, Marie-Danielle

2003 [1992] *La invención política*. Lima: Instituto Francés de Estudios Andinos / Instituto de Estudios Peruanos.

FEBVRE, Lucien

1993 *Combates por la historia*. Barcelona: Planeta.

FORERO, Óscar

1998 La educación ciudadana: un nuevo deber ser. *Nómadas*, 9, Bogotá.

GAMBOA BALBÍN, César Leonidas

- 2004 Libertad vs. identidad: fundamento jurídico de los derechos humanos colectivos. *Aportes Andinos. Aportes sobre Diversidad, Diferencia e Identidad*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, octubre, 11. Versión electrónica en <http://www.uasb.edu.ec/padh>
- 2003a ¿Excepciones al modelo electoral gaditano? Las elecciones directas en el Perú del siglo XIX. *Elecciones*, 2, año 2. Lima: Oficina Nacional de Procesos Electorales.
- 2003b Aproximación teórica a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. *Derecho y Sociedad*, 21, año XIV. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 2003c El carácter político de los derechos colectivos. *Revista Cátedra. Espíritu del Derecho*, 10, año VI. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

GARGARELLA, Roberto

- 1999 *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona: Paidós.

GRÜNER, Eduardo

- 1998 [1993] Introducción. El retorno de la teoría crítica de la cultura: una introducción alegórica a Jameson y Žižek. En Slavoj Žižek y Fredric Jameson, *Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*. Barcelona: Paidós.

HABERMAS, Jürgen

- 1998 [1992] Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta.

JAMESON, Fredric

- 1998 [1993] Sobre los estudios culturales. En Slavoj Žižek y Fredric Jameson. En *Estudios Culturales. Reflexiones sobre el Multiculturalismo*. Barcelona: Paidós.

LAFER, Celso

- 1994 *La reconstrucción de los derechos humanos, un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*. México: Fondo de Cultura Económica.

LYONS, Gene y MASTANDUNO, Michael

- 1995 Introduction: International Intervention; State Sovereignty, and The Future of International Society. En Gene Lyons y Michael Mastanduno (eds.), *Beyond Westphalia? State Sovereignty and International Intervention*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press.

MARIÁTEGUI, José Carlos

1979 El nuevo derecho de Alfredo Palacios. En *Temas de Nuestra América*, T. 12, sexta edición. Lima: Amauta.

MATO, Daniel

2001 Introducción: cultura y transformaciones sociales en tiempos de globalización. En Daniel Mato (comp.), *Estudios latinoamericanos sobre la cultura y transformaciones sociales en tiempos de globalización*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.

MOREANO, Alejandro

2002 *El apocalipsis perpetuo*. Quito: Planeta.

NEGRI, Antonio y HARDT, Michael

2002 [2000] *Imperio*, segunda reimpresión. Buenos Aires: Paidós.

NINO, Carlos Santiago

1996 Kant versus Hegel, otra vez. *La Política: Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, 1. Barcelona.

OLIVÉ, León

1999 *Multiculturalismo y pluralismo*. México: Paidós / Universidad Nacional Autónoma de México.

PAREKH, Bhikhu

1996 Algunas reflexiones sobre la filosofía política occidental contemporánea. *La Política. Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, 1. Barcelona.

PETRAS, James

2001 La globalización: un análisis crítico. En John Saxe Fernández, James Petras et al., *Globalización, imperialismo y clase social*. Buenos Aires: Lumen Humanitas.

PIZZOLO, Calogero

2002 *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*. Buenos Aires: EDIAR.

PLANTY-BONJOUR, Guy

2001 [1991] La majestad del Estado y la dignidad de la persona según Hegel. *Revista de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, 4, año 3 (junio). Traducción de César Gamboa. Lima: UNMSM.

QUIJANO, Aníbal

1999 Colonialidad del poder, cultura y conocimiento en América Latina. En Santiago Castro Gómez, Óscar Guardiola Rivera y Carmen Millán de Benavides (eds), *Pensar [en] los intersticios: teoría y práctica de la crítica poscolonial*. Bogotá: CEJA.

RAWLS, John

1997 *Teoría de la justicia*, primera reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica.

RIVERA CUSICANQUI, Silvia

1993 Pachakuti: los horizontes históricos del colonialismo interno. En Xavier Albó y Raúl Barrios (comps.), *Violencias Encubiertas en Bolivia*. T. I. La Paz: CIPCA-Aruwiyiri.

ROMANO, Ruggiero y TENENTI, Alberto

1971 *Fundamentos del mundo moderno*. México: Siglo XXI.

ROSANVALLON, Pierre

1999 [1992] *La consagración del ciudadano. Historia del sufragio universal en Francia*. México: Instituto Mora.

SANTOS, Boaventura de Sousa

1998 *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia / Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.

TORBISCO CASALS, Neus

2000 *Minorías culturales y derechos colectivos: un enfoque liberal*. Tesis doctoral de Derecho. Barcelona: Universidad Pompeu Frabra.

VOVELLE, Michel

2003 *Aproximación a la historia de las mentalidades colectivas*. Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

YÁÑEZ, Rosa María

1983 *Historia general del Estado y del derecho*. La Habana: ENSPES.

Primer Seudo-Ensayo

# HEGEL: ¿QUÉ DEBE PREVALECER: ORDEN O LIBERTAD?\*

“On the other hand, it must be admitted that the à la carte character that international law still has, is due to the survival of (some) particularistic logic. But even this logic can no longer be seen as absolute. Even if we grant the Bush administration its claim that an international community of states is illusory, the existence of an international community of critical individuals cannot be negated. This much can be said of the global public sphere, fragmented and semantically degenerated though it may be”.

**H. M. Griffioen.** Anarchism and Utopism in International Law (Bruselas, 2002).

## Introducción

La vigencia de la perspectiva hegeliana sobre el Estado y la sociedad es una cuestión muy poco discutida en la actualidad, especialmente en el Perú, donde constantemente nos debatimos entre narrativas por exigir mayor presencia del Estado y, por otro lado, se demanda menor intervención para continuar con la senda del crecimiento económico. Sin embargo, la validez del análisis hegeliano sigue vigente para estas sociedades posmodernas, que no ocultan narrativas contradictorias.

Sin embargo, hay que reconocer que las polarizantes posiciones entre las ideas hegelianas y kantianas se tradujeron en una suerte de oscurantismo del pensamiento del primero, de su lectura sobre la política y el derecho. Para el caso

\* Este ensayo está basado en nuestra traducción de la ponencia titulada “La Majesté de l’État et de la personne selon Hegel” de Guy Planty-Bonjour. En Guy Planty-Bonjour y Raymond Legeais (comps.) (1991), *L’Evolution de la Philosophie du Droit en Allemagne et en France depuis la fin de la Seconde Guerre Mondiale*. Paris: Presses Universitaires de France.

peruano, las pretensiones fallidas del liberalismo “a lo peruano”, el permanente interés del viejo mercantilismo decimonónico y la desconfianza por lo “público”, es decir por el Estado, complejizan entender la construcción estatal peruana desde la perspectiva hegeliana. Ya en el ámbito global, las contradicciones de la omnipresencia de la sociedad capitalista y de su modelo político y social traen nuevamente a la reflexión posmoderna el pensamiento heterodoxo hegeliano. Por ejemplo, tomando como premisa la perspectiva hegeliana, hace ya tres décadas Fukuyama consideró en su momento que los últimos escollos “sociales” que le quedaban por vencer al modelo de la democracia liberal occidental eran los movimientos religiosos y las reivindicaciones de las naciones y grupos culturales que aún no se han constituido en Estados. Fukuyama fue uno de tantos filósofos políticos que retomaron el pensamiento hegeliano:

“Si admitimos por el momento, el comunismo y el fascismo, rivales del liberalismo, han muerto, ¿queda algún oponente ideológico? O, planteado de otra manera, ¿existen en la sociedad liberal otras contradicciones, además de las clases, que no tengan solución? Dos posibilidades saltan a la vista: la religión y el nacionalismo” (Fukuyama, 1990: 534).

Discursos conservadores podrían aplicar la situación de emergencia de los derechos de los pueblos indígenas como una amenaza a la construcción del Estado Nación peruano, una suerte de expectativa nacionalista que no llega a cuajar hacia el bicentenario del Perú, porque no se cuenta con una sociedad pluricultural y multiétnica en el Perú.

Volviendo a Fukuyama, modela el pensamiento hegeliano en la prognosis de la sociedad liberal un orden social que presenta una diferencia discursiva con el pensamiento liberal clásico, es decir, la sociedad debe aportar por la defensa de este orden a razón de ejercer estos perfectos ideales liberales; lo que se observa en la democracia representativa, en la defensa de los derechos humanos, en la lógica del mercado —como economía social de mercado—, en las libertades individuales, en una ciudadanía más participativa y en la inversión privada que se manifiesta a través de los nuevos elementos dogmático jurídicos, teóricos y políticos de lo que Hegel llamó la construcción de una “monarquía universal”. Sin embargo, la realidad nos muestra un orden más opresor para los ciudadanos o grupos vulnerables, en lo cultural, lo social, lo económico y lo político; mientras mas queremos asegurar la libertad o peor, nuestro tan ansiado progreso o desarrollo, más aseguramos un orden de dominación que impera en la sociedad actual.

No es posible que existan dos narrativas morales y que sostengan valores opuestos y universales de la sociedad occidental; imposible de justificar la muerte y la violación de derechos humanos y al mismo tiempo una necesaria justicia universal; imposible justificar la violación de los derechos humanos y justificar al mismo tiempo la defensa del orden y del progreso, incluso la democracia y el interés común, en detrimento de la libertad de un solo miembro de la comunidad política; sin embargo, si podemos tener una breve reflexión desde la visión hegeliana. En ese sentido, consideramos imperioso para un futuro retomar los conceptos y las instituciones que Hegel desarrolló en su pensamiento filosófico y jurídico para aplicarlos a la realidad social contemporánea.

# 1. Dualidades de la interpretación hegeliana

El pensamiento político hegeliano es uno de los sistemas de reflexión que podría abstraer perfectamente la realidad contemporánea. El Perú cumplirá el bicentenario de su independencia junto con los doscientos años de la filosofía del derecho de Hegel<sup>11</sup>; no obstante, en este sistema filosófico encontraremos instituciones políticas de la actual sociedad moderna. El pensamiento hegeliano bebe de su contexto histórico (la Revolución Francesa, el Imperio Napoleónico y la guerra de liberación prusiana) para encontrar divergencias en el discurso liberal burgués y su fundación en la defensa de una identidad colectiva. Con los estudios enciclopédicos de la biografía hegeliana (Rosenkranz, 1844) es que podemos comprender la influencia de la política europea de esos tiempos en la filosofía política hegeliana, expresado en sus escritos, y en especial en *Los principios de la filosofía del derecho* (Hegel, 1935; 1975), que nos pueden ayudar a vislumbrar y a solucionar concurrentes crisis políticas que sacuden las lozanas repúblicas americanas y sus efímeros gobiernos.

Dentro de este marco, en la filosofía del derecho de Hegel se encuentran dos escritos políticos: *Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural* (1802-1803) y *La filosofía del derecho* (1821). En la primera obra, Hegel criticó a las doctrinas del derecho natural vigentes en su tiempo, entendidas éstas como auténticas filosofías del derecho en su relación con las “ciencias jurídicas positivas”. Este es un escrito metodológico que preparó el terreno para su propia concepción jusfilosófica, expuesta más tarde en el segundo escrito citado y, de forma resumida, en la parte correspondiente al Espíritu Objetivo en la *Enciclopedia* (1817)<sup>12</sup>. En esta obra la crítica al método científico de las doctrinas del derecho natural se apoya en un concepto sustantivo, el de “eticidad” —noción opuesta al concepto de moralidad kantiana— que es la clave de su teoría social y que elabora justamente en los años de su estancia en la ciudad de Jena.

Las críticas al pensamiento político hegeliano provienen de diversas tendencias doctrinarias en estos últimos doscientos años. Acusado de ser defensor de la “monarquía constitucional hereditaria” o con posturas contrarias al sufragio universal porque exigía que “las personas tuvieran una total obediencia al Estado”, una suerte de “divinización del Estado”.

Marx también criticó a Hegel porque consideraba al individuo como el predicado y sólo el Estado era el sujeto de las relaciones sociales, en la sociedad, rentándole subjetividad y autonomía, en otras palabras, libertades. Una crítica más para

11 Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) nace en Stuttgart el 27 de agosto de 1770 y fallece en Berlín el 14 de noviembre de 1831.

12 Luego de esta edición, aparecieron varias ediciones revisadas por el mismo Hegel, hasta su última edición en 1827, aunque algunos autores consideran la edición de 1830 como la más fiel edición.

considerar a un Hegel cercano a posiciones conservadoras que justifican Estados autoritarios.

Quizás se descontextualice el pensamiento hegeliano o no se comprenda totalmente, o sólo leemos lo que sus intérpretes, defensores o acusadores, leen. Frente a ello, Maritain, filósofo neotomista que propugna un humanismo integral como defensa de los valores terrenales del ser humano, mantuvo una posición contraria a estas críticas hacia Hegel porque pensaba que no se conocía a profundidad el pensamiento hegeliano:

“The attempt to characterize Hegel's philosophy of law and the state as antiliberal, anti-democratic, or totalitarian is in most cases hasty and ignores his meticulous, systematic, yet concise analysis of law relationship to the idea of Right as such and the economic and political reality as society”<sup>13</sup>.

Es decir, siguiendo las posturas de Haym y Maritain, la intención política de Hegel no sería antidemocrática y se acercaría más a una posición liberal. Es más, para el filósofo francés Guy Planty-Bonjour, la lógica hegeliana es distinta de la interpretada por sus seguidores, en este caso, marxistas. Planty-Bonjour revaloró la primacía de la “idea” sobre el ser hegeliano, a pesar de que los marxistas afirman que Hegel le niega función positiva a la “razón”. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que Hegel afirmaba que “todo lo que es real es racional, y todo lo que es racional es real”<sup>14</sup>. El filósofo francés considera que es necesario revalorizar la relación entre la idea subjetiva o razón (tesis), como idea imperfecta, parcial, y la síntesis de la idea absoluta, es decir, su posibilidad de transformación. Ello podemos concluir de la opinión de Planty-Bonjour en *Enciclopedia italiana de la ciencia filosófica*:

“Per Planty-Bonjour, nell'ambito della storia del principio di contraddizione, si può attribuire notevole rilievo a Kant soprattutto per il concetto di opposizione reale. La contraddizione in Hegel non è un semplice conflitto o controversia e nemmeno un'opposizione; la contraddizione dialettica di Hegel mostra la negatività dell'essere, la negatività assoluta del reale che, andando a fondo, ritorna al fondamento. Il principio di non contraddizione è per Hegel costitutivo dell'intelletto, al di sopra del quale deve però ergersi la ragione, nella sua funzione negativa e positiva. Contrariamente a certe successive interpretazioni marxiste, secondo le quali la contraddizione dovrebbe essere anche nel pensiero oltre che nel mondo, Hegel intende superare il dualismo di essere e pensare. Del resto la logica dialettica non elimina

13 [“El esfuerzo por caracterizar la filosofía del derecho y del Estado de Hegel como antiliberal, antidemocrática, o totalitaria es en la mayoría de los casos apresurado e ignora su meticuloso, sistemático y conciso análisis de la ley en relación con la idea de Derecho como una realidad económica y política en la sociedad”] (Maritain, 1964: 165).

14 Hegel, *Filosofía del Derecho*: § 33.



certo la contraddizione, in quanto riconoscere la contraddittorietà delle cose non equivale a contraddirsi quando si pensa o si parla. Contraddizioni oggettive compaiono all'interno della Fenomenologia dello Spirito nella dialettica del padrone e del servo, o in temi quali il riconoscimento, la morte, il lavoro. L'interpretazione di Marx, secondo cui Hegel non avrebbe compreso il carattere positivo del lavoro, deve considerarsi errata: per Planty-Bonjour, Hegel ha colto l'importanza del lavoro in quanto portatore di una contraddizione non superabile. Como sottolinea Lenin, il pensiero di Marx risulta incomprensibile senza la logica dialettica di Hegel<sup>15</sup>.

Para reafirmar ello, Planty-Bonjour resalta la perspectiva liberal hegeliana como un posible defensor de las ideas liberales de la Revolución Francesa (Planty-Bonjour, 1991: 8):

“Después de que el sol brillara sobre el firmamento y que los planetas giraran alrededor de este, no se ha visto otra situación similar en la cual el hombre perdiera la cabeza —es decir, su pensamiento—, por transformar la realidad según sus propias exigencias... este fue un magnífico amanecer del sol<sup>16</sup>.”

Lo cierto es que Hegel fue motivado por su padre para ser pastor protestante e ingresó en el seminario de la Universidad de Tubinga en 1788, como becario, donde entabló amistad con el poeta Friedrich Hölderlin y el filósofo romántico Friedrich Wilhelm Joseph von Schelling, con quienes compartió el entusiasmo sobre el liberalismo de la Revolución Francesa y el humanismo de la antigüedad clásica<sup>17</sup>. En este centro académico es influido por la teología cristiana y afirma sus convicciones en el pensamiento religioso y ético protestante, con los cuales va formando su pensamiento filosófico y político (Urdanoz, 1991: 287). Con ello

15 [“Para Planty-Bonjour, dentro de la historia del principio de contradicción, se le puede atribuir notable relevancia a Kant, sobre todo por el concepto de oposición real. La contradicción en Hegel no es un simple conflicto o controversia y menos una oposición; la contradicción dialéctica de Hegel muestra la negatividad del ser, la negatividad absoluta de la realidad que, consolidándose, retorna a su fundamento. El principio de no contradicción es para Hegel constitutivo del intelecto sobre el que debe establecerse la razón, en su función negativa y positiva. Contrariamente a ciertas interpretaciones marxistas, según las cuales la contradicción también debe estar presente en el pensamiento sobreponiéndose al mundo, Hegel intenta superar el dualismo entre el ser y del pensar. Así, la lógica de la dialéctica no elimina ciertamente la contradicción, en cuanto reconocer la contrariedad de las cosas no equivale a contradecir todo lo que se piensa o se habla. Las contradicciones objetivas aparecen dentro de la *Fenomenología del espíritu* en la dialéctica del amo y del sirviente, o en los temas del reconocimiento, la muerte o el trabajo. La interpretación de Marx según la cual Hegel no habría comprendido el carácter positivo del trabajo debe considerarse errada: para Planty-Bonjour, Hegel ha recogido la importancia del trabajo como portador de una contradicción insuperable. Como Lenin subraya, el pensamiento de Marx resulta incomprensible desde la lógica dialéctica de Hegel”] (Rai Educational, 2001). Consultado 01/01/2001.

16 Hegel, *Sobre la filosofía de la historia*: § 557.

17 Hegel, con algunos de sus amigos del Stif de Tubingen (*Seminario de Tubinga*), plantó un árbol de libertad y manifestó un pensamiento político liberal que expresó en su ensayo *In Tyrannos* (“Abajo los tiranos”), en forma de homenaje a los nuevos ideales liberales y republicanos franceses (Planty-Bonjour: p. 9).

se reafirma en los valores liberales burgueses de la Revolución Francesa para eliminar el Antiguo Régimen de feudalidad y de monarquía absoluta en Europa. La Revolución Francesa se convertía en una posible constitución política de la sociedad que organizaría racionalmente los poderes del Estado y pondría fin a la arbitrariedad del soberano (Planty-Bonjour, 1991: 9). Pero no es así. El joven Hegel —es así como algunos autores separan el desarrollo filosófico-biográfico de Hegel— abrazó la causa de la Revolución Francesa como antítesis del Antiguo Régimen, sistema feudal convertido en irracional. Sin embargo, la irracionalidad del radicalismo francés también lo decepcionó y fue creciendo su apego a la fuerte identidad germánica que impulsaba Prusia. En consecuencia, Hegel observó el caos de las cuestiones sociales producido por la revolución, que no era el camino correcto para fundar la relación dialéctica entre el individuo y el Estado, el desarrollo pleno de la comunidad. Este impulso irracional y radical de la revolución lo consideró involutivo o no progresivo con la historia moderna, ya que la evolución racional debía impulsarse —según él— mediante un proceso estatal consciente, total, cohesionado y armónico. George Sabine afirma que Hegel finalmente rechazó toda influencia proveniente de la Revolución Francesa:

“[...] La Revolución era considerada cada vez más como destructora y nihilista y su filosofía era representada como un esfuerzo doctrinario por rehacer la sociedad y la naturaleza humana de acuerdo con un capricho. Sustancialmente, así consideraba Hegel a la Revolución y al individualismo de su filosofía política” (Sabine, 1994: 472-473).

De una idea más moderada, el filósofo Mc Donald menciona que Hegel, a pesar de considerar un peligro la desorganización social planteada por la Revolución Francesa —y especialmente por la época del “Terror”—, creía necesario valorar las exigencias sociales de la Revolución:

“The revolution had constituted an intellectual and ideological challenge to the hierarchical organization German social life. It symbolized the possibility of reorganizing society on a rational basis, of liberating the individual from the remnants of feudal authority and establishing his autonomy. However critical he fell of the Terror, Hegel felt deeply the need for coming to grips with the French claims to having rationalized society”<sup>18</sup>.

Este es un ejemplo de las lecturas divergentes del pensamiento político hegeliano. Los discursos políticos y jurídicos formados a partir de estas lecturas pueden ser encontrados en sus discípulos y críticos. Por ejemplo, tenemos a los filósofos conservadores como Gabler, Marheineke, Goschel, y Fichte; algunos moderados

18 [“La revolución había constituido un cambio intelectual y un desafío ideológico en la organización jerárquica de la vida social alemana. Simbolizó la posibilidad de reorganizar la sociedad sobre la base de objetivos racionales, la liberación del individuo de los remanentes de la autoridad feudal estableciendo su autonomía. A pesar de que criticó el Régimen del Terror, Hegel sentía profundamente la necesidad de acentuar las exigencias francesas para racionalizar la sociedad”] (Mc Donald, 1968: 470).

eclécticos como Rosenkranz, Michelet, Kuno, Fischer y Zeller; en la izquierda hegeliana tenemos a Richter, Ruge, Bauer, y Strauss; entre los críticos tenemos al materialista Feuerbach, al anarquista Max Stirner; y del hegelianismo anarquista están Bakunin, Herzen y Belinsky. Otros autores han tratado de catalogar a Hegel desde una determinada corriente política, como sucede con el “conductivismo” político norteamericano, a partir de la óptica de una ciencia política “objetiva”<sup>19</sup>. Por lo visto, labor difícil después de doscientos años de debates filosóficos.

Sin embargo, podemos mencionar las opiniones distintas de John Plamenatz y Pelozynski (Plamenatz, 1963; Pelozynski, 1964). Mc Donald llega a la siguiente conclusión con respecto al análisis del pensamiento de Hegel:

“Many more criticisms and a good many rebbuttals could no doubt be made. But we should not at this point care too much about Hegel’s shortcomings, in as much as virtually all his disciples had more. His contribution to our processes of thought about political questions is what is important. He contributed great quantities of raw material for lesser minds to exploits as ideologies -the fascistic “myth of the State”, the romantic glorification of war, the Marxism faith in the clash of opposites, the nationaliste fever that still rages around the globe- all have affected our recent history and our recent thinking all owe much to what Hegel did”<sup>20</sup>.

Parece que el pensamiento hegeliano tuviera dos dimensiones: por un lado, un liberal defensor de libertades y por otro un conservador defensor de los poderes del Estado. La interpretación de seguidores y detractores tiene que ver con ello, especialmente sus reguardos ideológicos. Para Planty-Bonjour, Hegel tenía un pensamiento híbrido, liberal y conservador, o es probable también que no sea ni uno ni lo otro, “ni sacrifica al individuo al Estado, ni al Estado al individuo, sino que debe ser considerada una síntesis más profunda entre el individuo y el Estado, una síntesis que no podemos entender sin dejar de catalogarla” (Planty-Bonjour, 1991: 9).

La síntesis de esta relación dialéctica entre persona y Estado se encuentra en el conocimiento de las ideas sociales y políticas de Hegel, en su comprensión de la moralidad (“Moralität”) y la ética social (“Sittlichkt”). Para él, uno de los mayores

19 “[...] we should not conclude in all this that Hegel was a *liberal*. It might be more accurate to call him a postliberal in a preliberal society, or perhaps a socialist without socialism”. [“Nosotros no debemos concluir en general que Hegel era un ‘liberal’. Podríamos ser más exactos al llamarlo un postliberal en una sociedad preliberal, o quizás un socialista sin socialismo”] (Mc Donald, 1968, p. 478).

20 [“Muchos de sus críticos y excelentes refutadores podrían tener indudablemente argumentaciones correctas. Pero nosotros no debemos preocuparnos demasiado a estas alturas de las limitaciones de Hegel, tanto como virtualmente todos sus discípulos las tenían. Su contribución a nuestros procesos de pensamiento sobre cuestiones políticas es lo que importa. Él contribuyó con una gran cantidad de materia prima para que mentes menores desarrollen las grandes ideologías —la idea fascista del ‘mito del Estado’, la glorificación romántica de guerra, la fe del marxismo en la oposición de los contrarios, la fiebre nacionalista que aún persiste alrededor del globo— afectando nuestra reciente historia y nuestro reciente pensar y debiéndonoselo mucho a lo que Hegel hizo”] (Mc Donald, 1968: 487).

valores morales asumido por el individuo era la “pertenencia” al Estado. De una forma metafísica, el Estado era la manifestación de toda la voluntad general, última expresión del espíritu ético. El sometimiento a esa voluntad general como totalidad es el acto propio de un individuo libre y racional —desde su comprensión de ciudadanía a su pertenencia de nación—. Por esto, algunos filósofos políticos consideraban a Hegel como un filósofo conservador<sup>21</sup>; no obstante, Hegel también reconocía que las limitaciones impuestas por el Estado a la libertad individual son inaceptables en el orden social, moral y político.

La síntesis hegeliana se manifiesta de una manera compleja, dinámica y hasta cierto punto, confusa. Dentro del sistema filosófico hegeliano, esa síntesis o *summa* del pensamiento idealista occidental establece un patrón dialéctico y ordenado del origen del Estado. Hegel señala que la relación dialéctica de “idea” y “naturaleza” produce el espíritu, que contiene a su vez la evolución del devenir histórico: del espíritu subjetivo y del espíritu objetivo surge el espíritu absoluto. Del espíritu objetivo —que ha tenido su propio desarrollo histórico— tenemos la relación dialéctica entre el derecho abstracto y la moralidad, de donde surge la “eticidad” o vida ética (síntesis); en la sociedad o en la humanidad, la eticidad es representada por el devenir de la familia, la sociedad civil y el Estado. El Estado en su devenir histórico se manifiesta dentro del derecho constitucional, el derecho internacional público y la historia mundial. En resumen, la “idea” o el “espíritu subjetivo” —representado por el derecho abstracto o la familia y llamado por Hegel como *Geist*—, es el espíritu, la conciencia o Dios, idea original que no es perfecta porque tiene “conciencia de sí” pero no tiene percepción de lo que es conciencia objetiva, es decir, tiene conciencia de lo que es, pero no de la totalidad. En el desarrollo histórico, Hegel entiende al espíritu subjetivo como la caída o el pecado original; esta comunidad identificada en la familia llega a fragmentarse por la individualidad. Entonces la sociedad civil es un segundo estadio, es la fragmentación de la conciencia o *Geist*, la división de la conciencia (hay otras conciencias opuestas o relacionadas: conciencia objetiva); este es un escenario de conflicto donde hay una lucha por el reconocimiento: la sociedad reconoce la relación de amo-esclavo, en el momento que uno es sujeto reconocido por otros y los demás serán tan solo “cosas”. Se establece la administración de la justicia, las relaciones económicas y la libertad individual, pero en conflicto con la comunidad o con la idea del “bien común”. Para Hegel, la sociedad activa se inicia con la tradición occidental y la idea de la autonomía individual y toma como ejemplo la economía de mercado de competencia perfecta, donde la sociedad comercial se encuentra en conflicto a través de los intereses de los individuos, es decir, no hay

21 Michael Mitias señala que: “[...] Hegel dismissed the whole idea of natural, or ideal, law and replaced it by the idea of the State, is still widely held by a large number of Hegelian critics. If it is correct it would certainly show that Hegel is a staunch supporter of political totalitarianism; for it positive law is the supreme moral and legal authority in the state freedom of the individual would be impossible”. [“Hegel pulverizó la idea entera de lo natural o el ideal del derecho natural y lo reemplazó por la idea del Estado, que aún se sostiene ampliamente a pesar de un número grande de críticos hacia Hegel. Si es correcto, esto ciertamente mostraría que Hegel es un partidario firme del totalitarismo; para él, el derecho positivo es la suprema moral y a la vez la autoridad legal en el estado de libertad individual lo que sería imposible”] (Mitias, 1982: 223).

reconocimiento de todos sino de los llamados “ciudadanos”. El Estado es el último estadio social, es la eticidad que se manifiesta en el reconocimiento de todos como sujetos, es la conciencia objetiva y subjetiva, es la “conciencia absoluta”. Esta tercera fase no considera al Estado como *out-side*, sino como la fusión de la misma sociedad con la sociedad política, es la comunidad de sujetos autónomos que tendrán que elegir *los bienes* que desean —por no decir sus actos—, dentro de una libertad “comunitaria”. Las elecciones de los sujetos están condicionadas, sus intereses reducidos o compatibles con la comunidad. Existe una “libertad comunitaria” y, en cierto sentido, similar a la libertad positiva, porque exige una intervención del Estado (derechos humanos de segunda generación).

La filosofía política hegeliana es un híbrido que se asume como esencial en la relación persona y Estado y no como partes en contradicción, y en que la realización de la persona se encuentra en un Estado formado por un conjunto de personas que gozan de su libertad. En consecuencia, Hegel criticaba la perspectiva liberal, señalando que el Estado no está constituido por un pacto social entre los ciudadanos, sino que es un producto histórico de la evolución social, con ciertos límites, como son los derechos humanos. Al parecer, hay dos Hegel en oposición permanente: el primero, Hegel crítico de la filosofía política absolutista, y el segundo, Hegel crítico de la filosofía política liberal (Planty-Bonjour, 1991, p. 10).

## 2. Hegel y la eticidad

### 2.1. El origen de la eticidad no es liberal

Los filósofos políticos Hobbes y Locke, y después Rousseau y Kant, son los principales antecedentes del liberalismo clásico de la Revolución Francesa y el contractualismo social y político: el contrato regularía la vida de los ciudadanos y la Constitución Política, el objeto del Estado y sus poderes políticos e institucionales. El contrato social nos aleja del estado de la naturaleza, de la arbitrariedad y la violencia entre las personas (Hobbes) o es el Estado el que tiene el rol de proteger y garantizar los derechos individuales (Locke). Lo que hace Kant es extender esta noción del Estado como garante de la libertad de las personas y concluir que el principio racional de la organización social y política de la sociedad sería el contrato social, lo que dejaba varios cabos sueltos para Hegel.

Hegel pensaba que el contrato social no era suficiente para organizar a la sociedad y al Estado, y con ello influye en todas las corrientes comunitarias y antiliberales del siglo XIX, ya sea por la influencia de un imaginario colectivo feudal del antiguo régimen (valores, prácticas, tradiciones jerarquizantes, etc.), por el iusnaturalismo racionalista e histórico, o por el radicalismo socialista utópico; sin embargo, ninguna de estas corrientes filosóficas reconoce el valor de la libertad de la persona en sus propios estudios. No obstante, los liberales del siglo

XIX parecen ser los revolucionarios moderados de la época. Apoyando a Hegel se encuentra Del Vecchio, quien llega a afirmar que el Estado es “la organización más perfecta, el poder supremo que regula toda actividad humana”. No obstante, este “debe reconocer el valor de la personalidad humana imponer límites a su propia actividad en cualquier punto en que pueda estar amenazado ese valor”. Y en opinión de Bodenheimer, Del Vecchio trata de aceptar y acoplar el derecho natural individualista kantiano con el poder estatal de interferir la libertad individual en interés del bien público; es decir, para él, el Estado no puede ser el medio del individualismo radical ni del colectivismo. En suma, dice el autor, que para Del Vecchio esta es una institución que trasciende esta oposición y la supera en un plano más elevado de síntesis. Se da cuenta de que un sistema jurídico tiene que reconocer los derechos individuales de las personas. Otros que tenían la misma tendencia hegeliana son Spencer y Maine en cuanto al determinismo cultural<sup>22</sup>.

Hegel rechaza la construcción del Estado como producto del contrato social y la forma como se concibe el Estado moderno. No es ilógico pensar que filósofos posteriores como Popper lo criticaran por ser defensor del totalitarismo y conciliador de los valores de libertad con la construcción del Estado y su identidad como nación. Entre estos filósofos críticos de la libertad individual clásica se encuentra Hegel (Popper, 1945). Asimismo, el jurista belga Haarscher (Haarscher, 1993: 8) y Bodenheimer confirman esta visión de Hegel:

“[...] la manera hegeliana es pretender confiar al Estado un poder absoluto de regular todos los aspectos de la vida social. Espera que el Estado respete voluntariamente los principios guías del derecho, sin necesidad de ninguna salvaguardia específica [...]” (Bodenheimer, 1990: 223).

En los siguientes puntos deduciremos los cuestionamientos hegelianos a la visión liberal clásica de moral y derecho: el jusnaturalismo, la moralidad liberal y por consiguiente su propia visión de libertad.

## 2.2. Jusnaturalismo “abstracto”

Se ha tomado como un supuesto el rechazo de Hegel a la tesis del jusnaturalismo. Hegel sostenía que el derecho natural es la filosofía del derecho, es el sustento ético de la sociedad en su devenir histórico. En ese sentido, se distancia del jusnaturalismo racionalista o ideal y del liberalismo irracional del siglo XVIII para enfocarse en un historicismo cultural, representado por la idea del Estado. De esta opinión es el profesor D'Entrèves:

“The doctrine of the ethical State [in Hegel] is a complete substitute for the doctrine of natural law which accompanied Western thought

22 Del Vecchio, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, p. 463, cit. Bodenheimer, 1990: 205.

throughout its long history. [...] There can be no doubt that Hegel's conception of History marks the end of natural law thinking altogether. It eliminates for all purposes that notion of an ideal law which [...] is another constant feature of the theory of the law of the nature. Ideals cease to be immutable and eternal. They are the outcome of history. It is before the bench of history that ideals must be tried"<sup>23</sup>.

Hegel distingue dos acepciones del derecho natural —recordando a Hobbes y Locke—, rechazando la idea de un derecho natural como un estado de naturaleza más perfecto que el estado social. El mito de una edad inicial de oro le es utópico e irreal:

“La expresión del derecho natural que es ordinariamente utilizada por la doctrina filosófica del derecho contiene la ambigüedad de si con ella se quiere decir que el derecho se da inmediatamente como algo natural o si el derecho se determina por la naturaleza de la cosa, es decir, según el concepto. El primer sentido que se adoptó comúnmente y que se imagina a un estado de naturaleza en el cual el derecho natural se presumía estar vigente desde siempre, frente al cual el estado de la sociedad y el estado político reclamaba y llevaba consigo una limitación de la libertad y un sacrificio de los derechos naturales” (Hegel, *Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas*: § 502).

Hegel reconoce un derecho natural que se funda con lo social, con el nexo en el reconocimiento de ser humano, de ser persona, en el ser sujeto de derecho con relaciones intersubjetivas:

“Mais, en fait, le droit et toutes ses déterminations se fondent seulement sur la personnalité libre, une autodétermination qui est plutôt le contraire d'une détermination naturelle”<sup>24</sup>.

Vemos que se va moldeando la idea de un derecho natural fundado en la libertad, una teoría del derecho fundado en el campo del espíritu y de la libertad:

“El hecho de que una existencia en general sea la existencia de una voluntad libre es lo que llamamos derecho. En consecuencia, el derecho, de una forma general, es la libertad en tanto idea” (Hegel, *Filosofía del Derecho*: § 29).

23 [“La doctrina de la eticidad del Estado (en Hegel) es un completo sustituto de la doctrina del derecho natural la cual es comparsa del Pensamiento Occidental desde hace mucho tiempo. (...) No puede haber ninguna duda de que la concepción de Hegel de la Historia marca el fin del derecho natural completamente. Esta concepción elimina para todos los propósitos la noción de un derecho ideal que (...) es otro rasgo constante de la teoría del derecho de la naturaleza. Los ideales dejan de ser inmutables y eternos. Ellos son el resultado de la historia. Esto es antes de que la rama de la historia estudiara estos ideales”] (D'Entrèves, 1965: 73-74).

24 [“Pero, en realidad, el derecho y todas sus determinaciones se fundamentan únicamente en la personalidad libre, en una autodeterminación que es más bien lo contrario a una determinación natural”] (Hegel, *Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas*: § 502), citado por Planty-Bonjour, 1991.

Al fundar un orden social, Hegel se aproxima a definir su contenido sobre la base de un orden coexistencial. No busca legitimación en el jusnaturalismo clásico sino en el jusnaturalismo “social”, si es que ello existe. Su legitimidad parte de una constante histórica, el derecho es un instrumento fundado en la razón humana, en la libertad tanto social como individual.

## 2.3. Moral hegeliana

Pese a que Hegel reconoce la libertad y su teoría del derecho se funda en esta libertad, de él se dice que es un negacionista de los derechos humanos, una suerte de pensador absolutista. Tanto Popper como los filósofos italianos Postacchini (1982: 277) y Rossi argumentan estas acusaciones “[...] se parliamo di involuzione delle idee politiche di Hegel a proposito della Filosofia del diritto, non diciamo, dunque, cosa arbitraria o esagerata”<sup>25</sup>. Asimismo, es Kant el único teórico de la dignidad de la persona, puesto que posee la máxima “siempre tratar a la persona como un fin, jamás como un medio”. Tal como señala Planty-Bonjout, a Hegel se le acusa de subordinar a la persona al Estado (1991: 20):

“Pour Hegel, le sujet n'est pas une fin en soi, mais un moyen pour l'expression momentanée de l'universel; et cet universel est chez lui un Moloch pour le sujet, car après avoir fait étalage du sujet, il le rejette comme une vieille culotte”<sup>26</sup>.

Esta crítica, rápidamente retomada por otros filósofos, desconoce totalmente las ideas de Hegel. Es cierto que Hegel se oponía al individualismo del contrato social y no es propiamente el teórico de una filosofía política personalista; no obstante, Hegel tampoco es el pensador de un Estado totalitario al que poco le importan los derechos humanos (De Ruggiero, 1959: 231). Habría que considerar el análisis económico y sus conclusiones prácticas que realiza Hegel del liberalismo irracional o intuicionista del siglo XVIII, sobre todo de Adam Smith. Hegel comprende que la voluntad individual (representada en la sociedad civil o en el “mercado”) es la expresión del interés individual (económico) y es en este momento donde el individuo se realiza, no en armonía social sino en conflicto intersubjetivo; entonces, la tarea del Estado es dar orden a esas relaciones de particularidad y de libertad anárquica. Sin embargo, Hegel, como precursor de un Estado de bienestar, es visto como un peligro para el liberalismo clásico y la noción de “libre mercado”. Mc Donald señala el peligro de las ideas hegelianas:

“In the civil society the free play private interests must be tolerated; their integration, if any, is a matter of chance and not rational choice. To

25 [“Si hablamos de una involución en el pensamiento político hegeliano en relación de la filosofía del derecho, no afirmamos una cosa arbitraria o exagerada”] (Rossi, 1970: 217).

26 [“Para Hegel, el sujeto no es un fin en sí, sino un medio para la expresión momentánea de lo universal; y lo universal es un todo para el sujeto, porque después de haber entendido al sujeto como ser, Hegel lo rechaza como un viejo culotte”] (Belinskij, 1841: III, § 1).



this extent Hegel is strictly middle class in his economic orientation but at the same time he sees the consequences for civil society as fortuitous necessity rather than true freedom. Hegel shares none of liberal's easy optimism about a 'natural' harmony between individual and general interests. Hence there is the need for the higher power of the State, which exists in a relationship of tension with the civil society. The State must dominate the civil society for the sake of the free individual –which, incidentally, is quite at odds with fascist theory—<sup>27</sup>.

Asimismo, Mc Donald es tajante al analizar el pensamiento de Hegel con respecto a la libertad individual:

"[...] 2. Without explicit defense, Hegel simply identified the more general with the more good and the more private and particular with the more bad. [...] 3. The recognition of the desirability of "subjective freedom" for subjects as distinguished from rulers was left ambiguous"<sup>28</sup>.

Es quizás Hegel juzgado equivocadamente. Criticó al falso liberalismo, arropado ideológicamente para que siga sobreviviendo un sistema feudal en la modernidad. Un ejemplo de ello sería la tradición modernizante en Latinoamérica. Hegel sería un crítico de un liberalismo decimonónico latinoamericano en el cual se amalgamaba un discurso liberal clásico –reconocimiento de ciudadanía y el derecho a votar y ser elegido– y los viejos estamentos de las élites criollas. Finalmente, desde un análisis juseconómico de la sociedad civil hegeliana, explicando la influencia que tuvo Adam Smith en Hegel, nos comenta Giancarlo Postacchini:

"[...] la società civile hegeliana appare –come questa rassegna vuol dimostrare– o quale esclusivo "sistema della proprietà privata" o anche, come pura "realità dell'astratto", o, ancora, come luogo essenziale della produzione del soggetto"<sup>29</sup>.

Hegel se apoya sobre dos principios que a primera vista parecen excluyentes uno del otro: primero, el derecho reposa sobre la persona libre, sobre su actuar conjugado con lo social ("situación de relaciones co-existenciales"), sobre un ser

27 ["En la sociedad civil el juego de los intereses privados debe ser tolerado; su integración, si es posible, es una cuestión de oportunidad y no de una elección racional. Bajo este marco la orientación económica de Hegel es estrictamente de la clase media, pero al mismo tiempo ve las consecuencias para la sociedad civil como la necesidad fortuita en lugar de la verdadera libertad. Hegel no comparte el fácil optimismo liberal acerca de la armonía 'natural' entre el interés individual y los intereses generales. Por ello, hay la necesidad de establecer un poder más allá del Estado, el cual existe en una relación de tensión con la sociedad civil. El Estado debe dominar la sociedad civil en atención a la libertad individual –la cual, a propósito, es realmente incompatible con la teoría fascista–"] (Mc Donald, 1968: 483).

28 ["[...] 2. Sin la defensa explícita, Hegel simplemente identificó lo general con el bien común y el interés privado y particular con lo peor. (...) 3. El reconocimiento de la diferencia de la 'libertad subjetiva' para los súbditos, distinto a los de los gobernantes, quedó ambiguo"] (Mc Donald, 1968: 483).

29 ["[...] en la sociedad civil hegeliana aparece –como en la reseña que demuestro– el exclusivo concepto de 'sistema de propiedad privada' o aunque, como pura 'realidad de lo abstracto', o, también, como lugar esencial de la producción del sujeto"] (Postacchini, 1982: 291).

pensante —en el sentido moderno—; y segundo, la suprema comunidad es la suprema libertad o la comunidad es la perfección del ser libre. Es decir, la persona y la comunidad están en sí íntimamente ligadas y son inseparables (Planty-Bonjour, 1991: 20):

“El Estado, en tanto realidad efectiva de la voluntad sustancial es la realidad que tiene en sí la conciencia de su particularidad elevada a su universalidad, lo racional en sí y para sí” (Hegel, *Filosofía del Derecho*: § 258).

“Lo racional en sí y para sí” es trasladado al derecho positivo y convertido en un constructo que se aleja del principio de libertad individual. Hegel funda un orden social que se asemeja a las exigencias de igualdad y las pretensiones del Estado de bienestar del siglo XX. Para Hegel, esta sociedad y Estado rebasa el artículo 4 de la Declaración Francesa de 1789 y se traslada al mundo jurídico de las constituciones sociales del siglo XX, el cual exige no sólo al individuo actuar en plena libertad, sino actuar dentro de una libertad social, que alterne con los otros no desde la libertad individual, sino respetando o propugnando una igualdad entre las personas. Al parecer, dejando actuar al Estado, Hegel plantea un sistema político social como era el futuro *Welfare State* europeo.

## 2.4. Tensión comunitaria - liberal: libertad individual

Hegel quiso tumbar las presunciones de una modernidad liberal, pues su análisis histórico da contexto a los conceptos liberales. La libertad individual es un concepto “negativo” en la visión ética hegeliana. Asimismo, la idea filosófica y religiosa de la libertad es antigua puesto que, según Hegel, ella fue aportada por el cristianismo (Planty-Bonjour, 1991: 22):

“En mil quinientos años, gracias al cristianismo la libertad de la persona ha comenzado a expandirse y ha devenido en principio universal, tan solo falta una pequeña parte de la humanidad” (Hegel, *Filosofía del Derecho*: § 62).

Sin embargo, fue necesario un largo camino para que esta idea encontrara una manifestación en el campo político. Quisiéramos incluir una cita que nos parece ilustrativa al respecto:

“[...] En la religión cristiana ha surgido el derecho de la subjetividad como la infinitud del ser por sí, con lo que la totalidad debe conservar al mismo tiempo la fuerza para mantener la armonía la particularidad como la unidad ética” (Hegel, *Principios de la Filosofía del Derecho*: § 185).

Las concepciones de libertad individual producen una tensión con el concepto de la comunidad. Esta tensión entre colectividad e individualidad se manifiesta en la sociedad constantemente. Es un paso histórico reconocido el tránsito de la “comunidad” a la “subjetividad individual” en colectividad:

“El derecho de la particularidad del sujeto a encontrar su satisfacción, o lo que es la misma cosa, el derecho de la libertad subjetiva constituye la bisagra y el punto medio alrededor del cual se diferencian la Antigüedad y los Tiempos Modernos” (Hegel, *Filosofía del Derecho*: § 124).

Para Planty-Bonjour, Hegel considera a la libertad como fuente y principio del derecho, por lo que la noción de persona es la base de su visión política (1991: 22). En uno de sus cursos en Berlín<sup>30</sup>, decía lo siguiente:

“Es necesario evaluar una cosa de gran trascendencia actualmente: cómo el hombre en sí es considerado como titular de derechos de suerte que el ser humano es una cosa superior a su propio estatus. Para los israelitas tenían derechos solamente los hebreos, para los griegos solamente los griegos libres; para los romanos, solamente los romanos, no en su calidad de hombres sino siendo ellos mismos. Pero en el presente es diferente, como fuente del derecho se encuentran vigentes los principios universales, y por ello en el mundo ha comenzado una nueva época” (Hegel, *Lecciones sobre filosofía del derecho*: III, § 98).

Hegel y Kant están al mismo lado de la vereda, donde el primero dice que “lo imperativo del derecho es lo siguiente: ser una persona y respetar a los otros en tanto como personas” (Hegel, *Filosofía del Derecho*: § 36). La “libertad individual” es el principal valor de los discursos jurídicos posmodernos y esencial la dualidad contemporánea: el mundo de la libertad como ideal o exigencia social obliga a todos a mantener el sistema de opresión o de exclusión que creemos haber desterrado hace más de doscientos años con el advenimiento de la modernidad. No hay mayor dualidad que la vivida hoy por nosotros, que aún no podemos vencer la dualidad discursiva de la libertad individual: no la materializamos, menos aún, luchamos por ella; muy por el contrario, luchamos por un egoísmo individual u opresión social; todo ello nos muestra la enajenación del “estatus jurídico”, y la ausencia de una real libertad del género humano.

30 De la cátedra de Filosofía en la Universidad de Heidelberg (1818), Hegel se trasladó a la Universidad de Berlín, donde permaneció hasta su muerte, ocurrida el 14 de noviembre de 1831.

### 3. Hegel y el contrato social

En 1801 Hegel fue a la Universidad de Jena, donde alcanzó su puesto de lector. Allí concluyó *La fenomenología del espíritu* (1807), una de sus obras más importantes, y permaneció en Jena hasta que la ciudad fue ocupada por los franceses y se vio obligado a huir. Cuando agotó los recursos que le proporcionaba la herencia paterna, Hegel trabajó como redactor en el periódico *Bamberger Zeitung* de Baviera. Sin embargo, el periodismo no le agradó y se trasladó a Nuremberg, donde fue director de un *gymnasium* durante ocho años (Urdanoz, 1991: 287). Bajo este marco histórico, Hegel criticó la función del liberalismo francés. Bajo ese contexto, Hegel expresa críticas al contractualismo social:

“El contrato, siendo un acuerdo producido por la libre voluntad de las partes (Willkur), se basa sobre una cosa contingente, y reposa igualmente en una voluntad accidental” (Hegel, *Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas*: § 495)<sup>31</sup>.

La crítica a la elección arbitraria y hasta coyuntural preocupaba a Hegel, un consentimiento arbitrario de dos o más individuos no debería equipararse a la construcción de comunidad, transpolar el derecho privado a regular lo público no es correcto, no es válido, pues es considerar que el contrato de fines patrimoniales es la base del contrato social, de fines políticos más que altruistas, pudiendo filtrarse el interés privado en el poder estatal. No es posible comparar los espacios de lo público y privado, donde el primero es el origen del Estado:

“[...] Unless one understands that what we today generally understand by the word ‘state’ largely corresponds to Hegel’s conception of the civil society, great confusion results. The civil society includes all that we would place in the political system and more, including the economy, the administration of justice, and bureaucratic official [...]; 5. The transition from civil society to the State remained ambiguous”<sup>32</sup>.

La idoneidad de un contrato social basado en la visión liberal de los derechos sigue siendo inconsistente para Hegel pues una voluntad individual, un solo interés parcial, una arbitrariedad en la elección de la persona puede fundar la construcción del Estado y la sociedad, y esto limitaría dicho pacto social y la autoridad estatal:

“La naturaleza del Estado ya no es más una relación contractual en el que este es tomado como un contrato de todos con todos, y como un

31 Citado por Planty-Bonjour, 1991.

32 [“A menos que entendamos ampliamente que la palabra ‘Estado’ corresponde a la concepción del Hegel sobre sociedad civil, resultará una gran confusión. La sociedad civil incluye todo lo que definiríamos en el sistema político y más, incluyendo la economía, la administración de justicia, y la burocracia estatal (...); 5. La transición de la sociedad civil al Estado tiene un carácter ambiguo”] (Mc Donald, 1968: 482-487).

contrato de todos con el príncipe o con el gobierno” (Hegel, *Filosofía del derecho*: § 75).

Actualmente, el concepto que encierra una amalgama entre el contrato social, Estado y sociedad civil es, diríamos, el bien común. En este punto, Hegel no puede conciliar más la idea de colectividad o comunidad que rescata constantemente en la expresión absoluta de Estado, con la idea de individualidad o libertad de la persona. Nos presenta una y otra vez la contradicción del interés colectivo o de la comunidad, con el interés personal, individual o subjetivo establecido por los ideales revolucionarios franceses. En ese sentido, Hegel se va a inclinar por priorizar la comunidad política y, evidentemente, su relación con el individuo, antes que cualquier interés arbitrario o particular, representado por la libertad. Podríamos decir que Hegel rechaza la idea platónica del pacto a ciegas, el libre albedrío, el iusnaturalismo contractualista y las teorías de la filosofía política liberal del siglo XIX, los cuales entienden como eje de la política a los individuos y sus libertades, y no la nueva fundación del Estado.

Por otro lado, Hegel precede lo que dice Marx sobre los derechos humanos y, desde su filosofía política, realiza un análisis dialéctico de esta historia de libertades. La crítica marxista sobre los derechos humanos predecimonónicos la encontramos en su escrito *La cuestión judía* (Marx, 1970). Marx realiza un análisis de los derechos naturales e imprescriptibles proclamados, como el derecho a la igualdad, a la libertad y a la propiedad. La crítica se focaliza en el inconsistente individualismo ideológico que se manifiesta en la declaración francesa de 1789 (arts. 2 y 6). Para Marx, la libertad no es más que una forma de separar a las personas, es decir, al ejercer sus derechos, sus intereses los vuelven moralmente sujetos, pero también sujetos que no pueden construir necesariamente una comunidad, sujetos que se disocian de otros hombres sobre la base de su interés individual, limitándolos en la realidad social a un ejercicio de su derecho —llámese en ejercicio de su derecho subjetivo—. El derecho a la libertad, derecho básico que consiste en disfrutar de una utópica esfera de poder, de bienes como del propio respirar, lo que produce es una enajenación de la persona que piensa “libremente”, sin atender al interés social o al interés general. Los derechos humanos están fundados más que un interés egoísta, de clase, de la burguesía, que esperaba en el régimen capitalista tener la plena libertad individual para no ser sometida al modelo económico, opresivo y feudal del antiguo régimen. Finalmente, para Marx esta no es la verdadera “emancipación política” de los hombres, sino es la emancipación política de una clase sobre otra clase: la feudal —aboliendo sus privilegios e instaurando los derechos de la propiedad—. La emancipación política sucederá cuando cada hombre como individuo se convierta en un ser genérico (Sbazo, 1984: 43-44).

Después de vivir los rezagos y efectos negativos de la Revolución Francesa, Hegel se alejó de su influencia para estar claramente convencido que la construcción del Estado basado en la libertad era un error político e histórico, pero sobre todo que era necesario construir un Estado decimonónico que asegure no solo las libertades sino a la propia comunidad en su conjunto.

### 3.1. Espacio privado: construcción de la sociedad civil

Bajo una mirada tradicional de la sociedad, la construcción de la sociedad civil como espacio distinto al Estado, una suerte de vasos comunicantes entre la colectividad, el Estado o la comunidad y la persona, era necesaria para la armonía y libertad social. No es pues ilógico pensar que, en pleno siglo XIX, Hegel pensase en una sociedad estamental o de clases como modelo social, una estructura de jerarquías en la sociedad, como lo afirma Postacchini:

“La società civile hegeliana appare in tale prospettiva come realtà fondata sull’astrazione, cioè sull’indifferenza alla natura e l’occultamento della sua rigida necessità e, come tale, costitutiva della forme moderne dell’egemonia borghese”<sup>33</sup>.

Hegel señalaba que la sociedad civil y las clases eran parte de un todo, una relación de dependencia con el Estado: “Montesquieu entiende —desde un gran marco filosófico— que la parte debe ser considerada en su relación con el todo” (Hegel, *Filosofía del derecho*: § 261). Pareciera una subordinación al *Leviatán*, pero Hegel intenta explicar que es el Estado finalmente el que asegura los principios de la libertad individual, la forma de relacionarnos en sociedad, en fin, una relación coexistencial con el Estado. Asimismo, Bobbio, en *Hegel e il Diritto*, entiende este tipo de relación establecida por la filosofía hegeliana: “[...], anche e soprattutto di far sì che ciò che si esprime nella legge come volontà dell’universale non è più l’accidentalità della società civile, ma sostanza etica dello stato”<sup>34</sup>.

En consecuencia, el pensamiento hegeliano señala que en el Estado la persona encuentra su pleno desarrollo y éste le asegura su libertad. En otras palabras, el individuo puede ejercer su libertad como la desee, como la entienda en sociedad, pero dentro de la legalidad observada por el Estado, sancionada si es transgredida, pues lo importante para Hegel es la observancia para mantener una suerte de orden entre Estado y sociedad, proteger esa unidad de convivencia y, por ende, es el delito y la sanción penal vías para que ello se restablezca (Planty-Bonjour, 1991: 23):

“El principio del Estado moderno es tener esta fuerza y esta profundidad prodigiosa de dejar cumplir el principio de la subjetividad y de desarrollar la extrema autonomía de la particularidad personal y, actualmente, de restablecer la unidad sustancial y así conservar consigo mismo esta unidad sustancial” (Hegel, *Filosofía del derecho*: § 99).

33 [“La sociedad civil hegeliana aparece en tal perspectiva como la realidad fundada en la abstracción sobre la indiferencia a la naturaleza y al ocultamiento de su rigida necesidad, y, como tal, constitutiva de la forma moderna de la hegemonía burguesa”] (Postacchini, 1982: 291).

34 [“(…) también y anteriormente todo hace expresar a la ley como la voluntad de lo universal y no lo accidental de la sociedad civil, con substancia ética del Estado”] (Bobbio, 1981: 61).

No obstante, la escuela de filosofía italiana observa que la relación dialéctica entre el Estado y la sociedad civil muestra que finalmente es el Estado el medio y el fin de la filosofía hegeliana:

“Ne segue, como osserva Cotta, che la filosofia politico-giuridica di Hegel ‘legittima quella progressiva subordinazione del diritto allo stato’ che ‘fornisce tuttora il quadro entro cui la scienza giuridica odierna interpreta il diritto’ e nega, congruentemente quella ‘autonomia strutturale del diritto’ che è, invece, la condizione da cui il senso della stessa società civile e il suo pur necessario relazionarsi allo stato possono ritrovare una adeguata ragion d’essere”<sup>35</sup>.

### 3.2. El individualismo social y la sociedad civil

Desde el punto de vista de Hegel, hay dos riesgos en el contractualismo social: los conflictos entre el individuo y la eticidad estatal y la manipulación del Estado. El primer peligro es que el contrato privilegia los intereses privados de los miembros de la sociedad civil desfavoreciendo el bien común que debe defender el Estado. Para Hegel, la sociedad civil es la expresión social del interés individual, la expresión de la voluntad privada que no siempre concuerda con la voluntad general —expresada ésta por el Estado como comunidad—; la sociedad civil es la diferencia que aparece entre la familia y el Estado, es decir, en la sociedad, cada uno es fin para sí mismo y todos los demás no son nada para él” (Planty-Bonjour, 1991: 13).

Hegel entiende que esta forma de particularidad puede o no entrar en contradicción en la sociedad civil, mas nunca en el Estado, el cual es la idea suprema y absoluta de eticidad, es decir, de universalidad concreta:

“En tanto uno parece hacer precisamente lo opuesto a otro, y supone que solo puede existir si se mantiene a distancia del otro, cada uno tiene al otro como su condición. Así, la mayoría considera el pago de los impuestos, por ejemplo, como una lesión de su particularidad, como algo que afecta su fin. Pero por muy moderno y verdadero que esto pueda parecer, la particularidad del fin no puede, sin embargo, satisfacer sin lo universal [...]” (Botella, 1994: 371-372).

La propiedad, el trabajo, la vida económica, todos esos grandes campos que constituyen la vida en sociedad son campos de conflictos sociales. Entonces, los individuos van a converger sobre el Estado para exigirle garantice sus

35 [“No hay más que agregar —como observa Cotta— que la filosofía política-jurídica de Hegel ‘legitima la progresiva subordinación del derecho al Estado’ que ‘todavía amuebla el marco en el cual la ciencia jurídica actual interpreta el derecho’ y niega, consecuentemente ‘la autonomía estructural del derecho’, que es, en cambio, la condición por la cual se extrae el sentido mismo de la sociedad civil y su necesaria relación con el Estado para un adecuado ejercicio”] (Postacchini, 1982: 500).

particularidades. Los individuos organizarán grupos de presión y terminarán por cooptar al Estado a su servicio particular, algo que Hegel lee en la política europea del siglo XIX.

Para Sabine, Hegel llega a distinguir dos tipos de individualismos: el individualismo provincialista que impedía la unificación de los pueblos germanos y el individualismo radical jacobinista de la Revolución Francesa. Asimismo, Mc Donald, al analizar el pensamiento hegeliano, detecta un sentido liberal en su pensamiento, que lo diferencia radicalmente del liberalismo utópico. Hegel evalúa las posibilidades del ser en sociedad:

[...] On the other hand, his hope that the wide dissemination of public information could give the citizen understanding not only of the historical situation but of the philosophic conception of the State strikes us as excessively optimistic, perhaps even more liberal than the liberals. In the both emphases the influences of Rousseau is evident. Here is a simple antithesis of pessimism and optimism concerning 'the people' implicit in Hegel's political theory, which he did not successfully synthesize. But with it he drove to a central question that plagues us even more in an age of mass democracy: are there philosophic prerequisites for self-rule? Actually, despite the amount of attention Hegel paid to his crowning idea of the State, its derivation within the framework of the dialectic is one of the least satisfying aspects of Hegel's work<sup>36</sup>.

Sin embargo, Hegel cree que, para regular el ejercicio de la sociedad en general, por ejemplo, para restablecer el equilibrio de las desigualdades económicas y el desorden de la economía de mercado, no queda sino la función principal del Estado como el defensor de la sociedad y su tejido social.

### 3.3. Críticas al Estado liberal y el Estado hegeliano

Hegel critica el contrato social, es decir, lo rechaza porque se focaliza en la libertad y la propiedad, en los intereses del individuo y no de la comunidad. La obediencia a la ley no se basa en la autonomía del individuo, que podría generar un caos en la voluntad de cada uno. Tal como señalaba Montesquieu, el pacto no nace de un

36 [“Por otro lado, su esperanza de que la amplia diseminación de la información pública no sólo pudiera dar al entendimiento del ciudadano la situación histórica sino también la concepción filosófica del Estado nos golpea como una actitud excesivamente optimista, quizás más liberal que la de los propios liberales. En ambos énfasis la influencia de Rousseau es evidente. Aquí es una simple antítesis del pesimismo y optimismo que involucra a 'las personas' de forma implícita en la teoría política de Hegel, la cual no pudo satisfactoriamente sintetizar. Pero con esto Hegel manejó una cuestión central que nos infesta aún más en un tiempo de democracia de masas: ¿hay requisitos filosóficos previos para el autogobierno? Pese a la mucha atención que Hegel prestó a su idea de la primacía del Estado, su derivación dentro del armazón de la dialéctica es uno de los aspectos menos satisfactorios del trabajo de Hegel”] (Mc Donald, 1968: 485).



libre albedrío, sino por la situación de que todo ser humano es interdependiente de otro:

"Yo jamás he hablado de derecho público sin comenzar por señalar cuidadosamente la búsqueda de cual es el origen de las sociedades, lo que me parece obvio [...] Pero los hombres nacen todos ligados los unos a los otros; un hijo nace después de su padre; y éste también; he aquí la sociedad y la causa de esta" (Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*: III, § 7).

Para Hegel, leyendo su contexto, el contrato social podría producir la "tiranía de la mayoría" viviendo en democracia, un limitante de legitimidad a este tipo de modelo de gobierno. Considerada como una dictadura en los Estados democráticos del siglo XX, con la emergencia de los derechos humanos y arreglos institucionales para que las minorías cuenten con un reconocimiento y protección jurídica; a veces, incluso sucede que tienen una representación proporcional en los órganos de poder que toman las decisiones políticas, llámese el poder ejecutivo (ministerios) o el legislativo (participación de la mesa directiva, la presidencia de comisiones legislativas ordinarias o extraordinarias). Sin embargo, las prácticas políticas que se traducen en el juego de "ceder y tomar" entre los partidos del oficialismo y la oposición hacen muy poco claro que se haya superado esta suerte de "tiranía" de muchos (Bobbio, 1985; Kelsen, 1977; Ross, 1952).

La regla de la mayoría en democracia funciona para la aplicación de la igualdad ante la ley y también como medio de legitimidad de los grupos de poder, pero también existe la limitación de los porcentajes ante decisiones con respaldo ciudadano claramente dividido, por ejemplo, cuando la mitad más uno se constituye con una mayoría precaria para gobernar. Para Hegel, si esta minoría se ve obligada a obedecer a la mayoría, se ha perdido la libertad y el propio concepto de la democracia, pues esta es "el gobierno de todos de manera formal y práctica" (Hegel, *Lecturas sobre la historia de la filosofía*: § 528)<sup>37</sup>.

En consecuencia, Hegel rechaza la teoría contractualista porque desconoce la verdadera naturaleza del Estado, y funda el Estado en la arbitrariedad del interés de cada individuo. Si bien el liberalismo reinventa al Estado y la sociedad y nos convierte en "ciudadanos", el Estado es fundado en el consentimiento de cada uno de éstos, y la libertad individual no contemplaba el reconocimiento de obligaciones producidas por el Estado. El liberalismo clásico pretende moldear al Estado sobre la base de ese interés individual, sin tomar en cuenta los efectos políticos y sociales de ello. En ese sentido, el Estado no es más que una asociación de individuos que terminan por ser dirigidos por caudillos y aventureros de la política.

---

37 Citado por Planty-Bonjour, 1991.

Hegel otorga mucha importancia a limitar el poder del Estado cuando analiza la organización y separación de los poderes, siguiendo por cierto a Montesquieu<sup>38</sup>. Sin embargo, Hegel consideraba equívoca la separación de poderes porque era imposible que se vigilen mutuamente, creando desconcierto y desconfianza (Planty-Bonjour, 1991: 25), algo que recordaba la decadencia de la Revolución Francesa e incluso del Antiguo Régimen.

Hegel admite la distinción de los poderes; pero esta distinción reposa sobre su relación orgánica: libertad suprema a la particularidad subjetiva (Hegel, *Filosofía del derecho*: § 272), como dice Garaudy:

“Partiendo del concepto de Estado como expresión suprema de la libertad, Hegel deduce los elementos de una Constitución que instaura una monarquía constitucional. Para ello, [Hegel] procede según las reglas de la dialéctica especulativa: es partiendo de la lógica (no de la lógica corriente, evidentemente) que se puede reconocer como el concepto, y luego, más concretamente, la idea, se determinan en sí y plantean así sus momentos de universalidad, de particularidad y de individualidad” (§ 272). De estos tres momentos del concepto, Hegel extraerá el poder legislativo (definido de lo universal), el poder ejecutivo (reducción de lo particular a lo general) y el poder del príncipe (voluntad singular)” (Garaudy, 1974: 133-134).

Así, la separación de poderes del *Leviatán*, que Hegel llama *voeux*, no podría darse si se encontraran en el mismo plano. Hegel consideraba que debería haber una jerarquización de los poderes, porque la cooperación entre estos no se daría de manera ordenada si no es a través de la subordinación (Planty-Bonjour, 1991: 26), algo que nos recuerda al Antiguo Régimen, a los caudillismos decimonónicos, a las dictaduras del siglo XX o a los populismos personalistas. Hegel quería proteger al Estado, su consolidación en su contexto político y en el posterior, donde vemos un Estado debilitado como ente político del nuevo escenario internacional. En ese sentido, Hegel reconoce la necesidad de proteger el rol del Estado en la sociedad, pero no por ello es un fascista moderno, un defensor del totalitarismo, porque el Estado hegeliano es el que realiza el bien de las personas particulares (Planty-Bonjour, 1991: 26). Planty-Bonjour y Bodenheimer concordaban en esto cuando Hegel mencionaba que el ciudadano debía servir devotamente al Estado:

“[...] El Estado debe reconocer al individuo una esfera libre, garantizándole la propiedad privada, la libertad contractual y el derecho a formar una familia. Pero el individuo ha de considerar como su más alto privilegio el ser miembro del Estado, al que servirá devotamente por propia y libre voluntad. El Estado y sus ciudadanos deben perseguir una común idea cultural que será distinta según cuál sea la etapa alcanzada por el espíritu” (Hegel, *Filosofía del derecho*: § 260-262).

38 “Para que no se pueda abusar del poder, es necesario que por las disposiciones de las cosas, el poder controle al poder” (Montesquieu, *El espíritu de las leyes*: XI, § 4).

La tensión entre el individuo y la colectividad es una relación que finaliza con la propuesta hegeliana de Estado y, más aún, con un equilibrio social. Hegel refuerza la idea del equilibrio social entre la particularidad y la generalidad:

“Se dice que en general el equilibrio termina siempre por restablecerse, esto es verdad. Pero aquí tenemos un asunto con el particular no menos que con el general; cuyas cosas deben ser resueltas no solamente en general, porque éstas son los individuos en tanto particularidad que son el fin y que tienen derechos” (Hegel, *Filosofía del derecho*: III, § 698).

El Estado hegeliano abrazaría, entonces, el garantizar el pleno goce del ciudadano, y no los intereses particulares de las clases, sentencia Garaudy:

“Hegel, al poner en evidencia las contradicciones entre la ‘sociedad civil’ y el Estado, constató la oposición real, en la sociedad burguesa, entre el hombre privado y el ciudadano. Pero al invertir el orden real entre el uno y el otro, no pudo ver que la existencia ideal del ciudadano era la proyección celeste, la alienación, y, por tanto, también la compensación de la vida perdida del hombre privado, egoísta” (Garaudy, 1974: 136).

Para Hegel, el Estado es el espíritu objetivo y es finito, y nos encontramos en el proceso de elevar la unidad integradora al espíritu absoluto mediante la dialéctica del derecho, la sociedad civil y Estado. El Estado estaba sometido a las insuficiencias y a las contradicciones propias de toda finitud. Hegel no solamente dice que un Estado particular en un momento dado realiza imperfectamente el concepto de Estado, sino que este concepto está afectado por la finitud (Planty-Bonjour, 1991: 27). Asimismo, comparten la misma opinión Romano y Postacchini sobre la relación entre Estado y sociedad civil:

“Nel medio del riconoscimento, dunque, secondo Romano, la società civile determina quello che Hegel nomina come ‘il diritto in quanto legge’ e ciò proprio in quanto essa è essenzialmente ‘momento finito’ e ‘struttura interna’ dello stato”<sup>39</sup>.

## 4. El derecho y la política internacional

A la caída del Antiguo Régimen y entrado el siglo XIX, finalizadas las guerras napoleónicas, se venía ya construyendo la teoría del contrato o del pacto entre los Estados, el célebre “Proyecto de Paz Perpetua”. No obstante, Hegel rechaza este concepto como mera ilusión decimonónica, pues la contradicción entre los Estados

39 [“En el medio del reconocimiento, por consiguiente, según Romano, la sociedad civil determina lo que Hegel nombra ‘el derecho en cuanto ley’ y este propio en cuánto esencialmente es un ‘momento definido’ y dentro de la ‘estructura interna’ del Estado”] (Postacchini, 1982: 495).

está dominada por la definición de intereses opuestos en la agenda internacional. Es más, la posible existencia de una “comunidad interestatal o internacional”, como un espacio de solución de conflictos en igualdad de poderes estatales tampoco es aceptada por el pensamiento hegeliano (Planty-Bonjour, 1991: 15). No es el Estado lo más cercano al desarrollo de lo absoluto que sufre contradicciones, tornando su idealización en una concreción imperfecta. En tal caso la distinción y oposición de intereses entre los Estados no permitiría una armónica y pacífica comunidad, pues la historia internacional nos evoca una permanente situación de conflicto. Sin embargo, Hegel también reconoce el devenir de la razón como la solución de lo supremo en la historia de las relaciones internacionales, Estados como jueces absolutos de su poder, pero no de su comunidad.

A estos conflictos permanentes, Hegel señalaba que el último recurso para solucionar estas contradicciones era la guerra y pese a las críticas de esta afirmación<sup>40</sup>, lo cierto es que es una percepción realista de lo que es la política internacional y la *real politik*, incluso la actual comunidad internacional bajo el liderazgo de Naciones Unidas. Esta crítica se ha mantenido contra Hegel pese a esta cruda realidad y la dualidad discursiva que legitima nuestras instituciones jurídicas internacionales; es decir pese a los intentos de la comunidad internacional organizada en las Naciones Unidas. Hegel señalaba una suerte de idealismo y utopía donde el principio de individualidades se superpondrá sobre el interés colectivo, y más bien la comunidad internacional se convierte en una fachada del poder individual sobre los demás Estados, algo que influyó en Lenin al plantearse la noción de imperialismo como fase superior del capitalismo, en el sentido que el primero es el desarrollo de la formación económica y social del capitalismo en el ámbito mundial (Moreano, Petras, Negri y Hardt).

Volviendo al tema de la guerra y Hegel, existe una apreciación de la guerra por el beneficio que ella aporta (componente de legitimidad); y de otro lado, su propia existencia como evidencia que los pactos de paz son efímeros:

“La guerra conserva la salud moral de los pueblos en su indiferencia frente a las fatalidades y las preserva de acostumbrarse y de fijarse en estas fatalidades; así como el movimiento de los vientos preserva las lacras de la corrupción en la cual una tranquilidad perdurable no las cambiaría, así la guerra preserva a los pueblos de la corrupción que acarrearían una paz duradera y sobre todo perpetua” (Hegel, *Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas*: IV, § 450)<sup>41</sup>.

Sin embargo, Planty-Bonjour señala que Hegel no considera a la guerra como un medio para lograr la verdadera libertad espiritual (Planty-Bonjour, 1991: 16).

40 Entre las críticas decimonónicas, el filósofo alemán Hermann Ulrici hace una fuerte crítica hacia el pensamiento hegeliano: “Esta contradicción nace del concepto hegeliano del Estado. En efecto, el Estado no puede tener respeto de otros si no se ha tomado el derecho de respetarse asimismo” (Ulrici, *Sobre el Principio y el Método de la Filosofía Hegeliana*: § 190), cit. Planty-Bonjour, 1991.

41 Citado por Planty-Bonjour, 1991

En esa misma línea, Hegel entiende desde una óptica completamente racional la guerra; sin embargo, desde el contexto político de los Estados germanos del siglo XIX, Hegel, como persona de su tiempo, comprendía que para la unificación de los pueblos germanos y su autonomía dentro de un Estado ético y determinado culturalmente por el propio pueblo o por la propia nación era necesario librar una guerra (Russell, 1945: 742). Asimismo, Mc Donald asiente lo siguiente:

“There was certainly romantic strain in Hegel’s treatment of war. It is by war that *the ethical health of peoples is preserved*, as the wind preserves the sea from foulness. [...] *looking upon history as this butchery*, Hegel noted in the *Philosophy of History* that *we can end up by feeling sorry for this vainglory*. War is just there, in the world as a fact of life. If national unity is regarded as a good and if war generates national unity – as it certainly does – then war has within it elements of good. [...] To the rational, war must be within the framework of law”<sup>42</sup>.

Se ha llegado al extremo de considerar a Hegel como precursor del nacionalismo y del expansionismo militar prusiano, que traería como consecuencia la unificación de todos los pueblos germanos, ya realizados en los tiempos de la Alemania de Von Bismarck. Sin embargo, existen muchos autores clásicos que vieron con buenos ojos los efectos de la guerra, por ejemplo, Montesquieu<sup>43</sup>. Son importantes estas consideraciones sobre la guerra, aunque claramente los efectos negativos tras dos guerras mundiales, o la violencia vivida en la década de 1980 en el Perú, por mencionar dos ejemplos, no hacen más que contradecir cualquier posible idea en favor de la guerra y la violencia, si bien es casi imposible eludirla desde su valor ético como desde lo práctico. Pese a los intentos por dar reglas a la comunidad internacional –tanto teóricos como prácticos– del derecho internacional, Hegel concebía la idea de un orden ético establecido en una monarquía universal antes que un mal juego de federación de Estados organizados por un pacto tácito liberal:

“Una federación universal de los pueblos para fundar la paz imperecedera, que sería la matriz de un solo pueblo o que sería un único pueblo –la individualidad de los pueblos sería abolida– se convertiría en una Monarquía Universal” (Hegel, *La Filosofía del Espíritu de 1805*: § 107)<sup>44</sup>.

42 [“Había ciertamente una tensión romántica en el tratamiento de Hegel sobre la guerra. Por un lado, está la visión de la guerra como la salud ética de los pueblos en preservar, como el viento preserva al mar de la suciedad. (...) Mirando la historia como una carnicería, Hegel notó en la *Filosofía de la historia* que nosotros podemos terminar sintiendo compasión por esta vanagloria. La guerra simplemente está allí, en el mundo, como un hecho de la vida. Si la unidad nacional es considerada como un bien y si la guerra genera la unidad nacional –como ciertamente lo hace–, entonces la guerra tiene dentro de ella elementos positivos. (...) Desde lo racional, la guerra debe estar dentro del trabajo del marco de ley”] (Mc Donald, 1968: 477).

43 “La crainte des Perses maintient les lois chez les Grecs. Carthage et Rome s’intimidèrent l’une l’autre et s’affermirent. Chose singulière plus ces Etats ont de sureté, plus comme des eaux tranquiles, ils sont sujets à se corrompre”. [“El miedo de los persas mantenía las leyes de los griegos. Cartago y Roma se intimidaban y se sentían seguras. Cosa curiosa, pero estos Estados tenían la seguridad de que, en aguas tranquilas, ellos serían presas de la corrupción”] (Montesquieu, *El espíritu de las leyes*: VIII, § 5).

44 Citado por Planty-Bonjour, 1991.

Para Hegel el Estado es una individualidad, un ente en sí mismo, cosa en sí, o ser en sí y para sí. Es decir, un sujeto con propia entidad total y completa, perfecta y que comprende la totalidad de entes de toda una comunidad. Los Estados no pueden fusionarse en una monarquía universal, pues perderían su propia identidad (Planty-Bonjour, 1991: 18). Y sobre la base de esta identidad es que se pueden crear reglas que disminuyan la posibilidad de ir a las guerras o generar violencia, normas en el derecho internacional como el *Pacta Sunt Servanda*. Sin embargo, los Estados no lo respetan porque es una obligación moral, un imperativo imperfecto que no tiene ninguna consecuencia jurídica. Esto ya deja de ser cierto con la globalización del derecho y la construcción de organismos supranacionales que tienen la capacidad de juzgar sobre los Estados, como la Corte Penal Internacional. El Estado puede ser un ente internacional similar a la persona y viceversa, que puede ser juzgado por el poder judicial de su país, y ciertamente los Estados también en ciertas materias son juzgados por instituciones internacionales. En este extremo, Hegel es hombre de su tiempo porque no conocía órganos supranacionales en derechos humanos<sup>45</sup>, como tampoco que la guerra sea ya el único medio para solucionar los conflictos<sup>46</sup>, cuando hay otros medios, como los mecanismos financieros, para evitarlas.

Se ha pensado que Hegel es también un defensor de que la razón o sustento del derecho es la fuerza que domina o prima (Planty-Bonjour, 1991: 18). No es cierto que Hegel piense ello, porque no es la guerra la que genera el derecho, sino que el derecho deja de ser válido al ceder frente al otro<sup>47</sup>.

Finalmente, no es cierto que sólo la teoría del pacto social logre alejarnos de la violencia política o de los conflictos en el orden internacional. Habría un liberalismo utópico en ello, especialmente en los últimos años de “paz mundial” que se vienen acabando. Es más, el monopolio del Estado se ha visto cada vez más envuelto en la ilegitimidad de sus acciones, ya se considera a la voluntad general como una mayoría que violenta derechos o los mismos acuerdos de los ciudadanos, usando al propio Estado. Y en el derecho internacional, los tratados internacionales celebrados por los Estados no parecen sellar la puerta de ingreso a los conflictos externos o internos, golpes de Estado o tensiones de la geopolítica internacional. La violencia y el conflicto no se alejan del concepto de comunidad, ni menos de la actuación de los Estados: son situaciones intrínsecas a ellas, que actualmente se manifiestan no sólo con la guerra convencional, sino con el dominio económico y político de los Estados.

45 “Il n’y a pas de préteur, tout au plus des arbitres et des médiateurs, entre les Etats, et encore que d’une manière contingente, c’est-à-dire selon la volonté particulière” [“No hay un pretor o juez entre los Estados, a lo mucho árbitros y mediadores, y de una manera extraordinaria, es decir, según la voluntad particular de cada Estado”] (Hegel, *Filosofía del derecho*: § 333).

46 “En la medida que las voluntades particulares no se ponen de acuerdo, la lucha entre los Estados no puede ser regulada más que por la guerra” (Hegel, *Filosofía del derecho*: § 334).

47 “Maintenant la guerre n’a pas à décider quel droit qui est affirmé par les deux parties est le vrai droit, car les deux parties ont un vrai droit; la guerre a seulement à décider quel droit céder devant l’autre” [“La guerra no decide que el derecho que se afirma por las dos partes en contienda es el verdadero derecho, porque las dos partes tienen una verdad certera; la guerra solamente decide cual derecho debe ceder ante el otro”] (Hegel, *La Constitución de Alemania*: § 100), cit. por Planty-Bonjour, 1991.

## CONCLUSIONES

Hegel estaría más cerca de enseñarnos cuál es la verdadera situación de la comunidad política que el liberalismo decimonónico o el neoliberalismo económico. Sigue apostando por el poder de los Estados como una primera realidad y eje de solución o conducción de los conflictos sociales, con mucha utilidad en nuestros propios conflictos contemporáneos, especialmente cuando vemos Estados “frágiles” o débiles en el vaivén de la política nacional o las rencillas de las élites políticas. Citando a Norberto Bobbio sobre Hegel, esta tensión con respecto a la lectura de sus pensamientos no hace más que evidenciar una amalgama de opiniones que se tiene sobre Hegel, que en muchas ocasiones los reducen a una sola corriente filosófica:

“Non vi è ideologia o tendenza o posizione politica che non abbia creduto di trovare la sua fedele rappresentazione nel pensiero politico di Hegel, di volta in volta aristocratico e democratico, conservatore e liberale, reazionario e rivoluzionario, apologeta dello stato prussiano, dello stato potenza, dello stato burocratico, e, si anche anticipatore dello stato sociale contemporaneo. Tale caleidoscopio mostra da solo senza bisogno di altro commento, la inattività e la vacuità di un simile modo di accostarsi al sistema hegeliano, e in fin dei conti l'ingenuità di un simile accanimento”<sup>48</sup>.

Un primer aporte de Hegel es que influye para que la violencia pueda ser jurídicamente eliminada de las relaciones interestatales. Iniciando un nuevo siglo, Hegel se convierte en un referente de los cambios mundiales, especialmente después de los hechos del 11 de septiembre. Su pensamiento pone en cuestión cómo se han conducido las relaciones internacionales en el siglo XXI, nada más alejado del pacto de federaciones estatales, y sí muy cercanas a principios regionales que dominan lo que viene ocurriendo en la violencia física, política, económica y hasta en el terreno del derecho. Vivimos una dualidad discursiva del derecho en la comunidad internacional que se ve interpelada por la cantidad de excepciones pseudo legales que no le permitirán actuar más que al margen de los principios del derecho internacional que se crearon en 1945.

48 [“No hay ideología o tendencia o posición política que no se haya creído encontrar como una fiel representación en el pensamiento político de Hegel, de tiempo en tiempo el aristocrático y el democrático, el conservador y el liberal, el reaccionario y el revolucionario, el apologeta del prusianismo estatal, del poder estatal, del Estado burocrático y, sí también el antecedente del Estado social contemporáneo. Tal caleidoscopio exclusivamente muestra, sin la necesidad de otro comentario, la inactividad y el vacío de una manera similar al sistema hegeliano, y después de todo a la ingenuidad de una furia similar”] (Bobbio, 1981: 165).

Pero lo más relevante es cómo Hegel puede enseñarnos a ver los desequilibrios en la relación Estado y persona, es decir, en la permanente tensión entre poderes y protecciones que impactan ciertamente en el derecho constitucional contemporáneo. La importancia que da Hegel a las finalidades de la libertad individual contribuye a una relectura del debate entre positivismo jurídico y jusnaturalismo contemporáneo. Pero, sobre todo, si la defensa de los derechos humanos sigue siendo una justa batalla o es que fortalecer al Estado es una nueva forma de opresión para la sociedad y las personas. El mayor temor que nos plantea Hegel es que ninguna de las dos termine por ser una lucha justa, pues es posible que la dualidad de sus discursos se transforme en una nueva forma de opresión, es decir, que ensalzando el poder del Estado y la libertad del individuo, sigamos oprimiendo a los más desvalidos. Es un temor con el cual tendremos que convivir.



# BIBLIOGRAFÍA

BOBBIO, Norberto

1981 *Studi Hegeliani*. Torino: Einaudi.

1985 *El futuro de la democracia*. Barcelona: Plaza Jané. Traducción Juan Moreno.

BODENHEIMER, Edgar

1990 *Teoría del derecho*. 12ª reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica.

BOTELLA, Juan *et al.*

1994 *El pensamiento político en sus textos, de Platón a Marx*. Madrid: Tecnos.

D'ENTRÈVES, A.P.

1965 *Natural Law: An Historical Survey*. New York: Harper Torchbooks.

DE RUGGIERO, Guido

1959 *History of European Liberalism*. Boston: Beacon Press. Traducción Collingwood.

DEL VECCHIO, Giorgio

1936 *Lezioni di Filosofia del Diritto*. 3ª ed. Roma: Revista Internazionale de Filosofia del Direito

FUKUYAMA, Francis

1990 "¿El fin de la historia?", en *Revista Clave*, 1. Madrid.

GARAUDY, Roger

1974 *El pensamiento de Hegel*. Barcelona: Seix Barral.

HAARSCHER, Guy

1993 *Philosophie des Droits de l'Homme*. 4ª ed. Bruselas: Éditions Université de Bruxelles.

HEGEL, Georges W. F.

1935 *Principios de la filosofía del derecho*. Madrid: Revista de Occidente. Traducción parcial de J. Gonzáles Vicén.

1975 *Principios de la filosofía del derecho*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana. Traducción de Juan Luis Vermal.

ULRICI, Hermann

1841 *Sobre el principio y el método de la filosofía hegeliana*. Halle: s/e

KELSEN, Hans

1977 *Esencia y valor de la democracia*. Madrid: Guaderrama. Traducción de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra.

MARITAIN, Jacques

1964 *Moral Philosophy*. Nueva York: Charles Scribner's Sons.

MARX, Carlos

1970 "La cuestión judía". En *Los Anales Franco-Alemanes*. Madrid: Martínez Roca.

MC DONALD, Lee Cameron

1968 *Western Political Theory*. Nueva York: Harcourt.

MITIAS, Michael H.

1982 "Hegel's Conception of Law". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, año IV, serie LIX. Milan.

PELOZYNSKI

1964 *Introduction to Hegel's Political Writting*. Londres: Oxford University.

PLAMENATZ, John

1963 *Man and Society*, vol. II. Nueva York: Mc Graw-Hill.

PLANTY-BONJOUR, Guy

1991 "La Majesté de l'État et Dignité de la Personne selon Hegel". En Guy Planty-Bonjour y Raymond Legeais (comps.), *L'Evolution de la Philosophie du Droit en Allemagne et en France depuis la fin de la Seconde Guerre Mondiale*. Paris: Presses Universitaires de France.

POPPER, Karl

1950 [1945] *Open Society and Its Enemies*. Vol. II. 2ª ed. Princeton: Princeton University.

POSTACCHINI, Giancarlo

1982 "La Nozione Hegeliana di Società Civile negli Studi Italiani dell'ultimo Decennio. Parte Prima: la Riduzione al solo Sistema dei Bisogni". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, año IV, serie LIX, Milan.

RAI EDUCATIONAL.

2001 *Enciplopedia Multimediale delle Scienze Filosofiche*. Recuperado de [www.filosofia.rait.it](http://www.filosofia.rait.it) (consulta 01.01.01)

ROSENKRANZ, K.

1844 *Hegel's Leben*. Berlín: Duncker und Humblot.

ROSS, Alfred

1952 *Why democracy?* Massachusetts: Harvard University Press.

ROSSI, M.

1970 *Il Sistema Hegeliano dello Stato*. Milano: Feltrinelli.

RUSSELL, Bertrand

1945 *A History of Western Philosophy*. New York: Simon & Schuster.

SABINE, George H.

1994 *Historia de la teoría política*. 3ª ed. México: Fondo de Cultura Económica.  
Traducción de Vicente Herrero.

SBAZO, Imre

1984 "Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores". En Karel Vasak (ed.), *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Vol. I. Barcelona: Serbal / UNESCO.

URDANOZ, Teófilo

1991 *Historia de la filosofía*. T. IV. 2ª reimpresión. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

## Segundo Seudo-Ensayo

# DE LO INSUFICIENTE DE LA TRADICIÓN DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA\*

“Para expandir nuestra agricultura habría necesidad de hispanizar a nuestros indios. Su ociosidad, estupidez e indiferencia hacia los esfuerzos humanos normales nos llevan a pensar que provienen de una raza degenerada que se deteriora en proporción a la distancia de su origen [...] sería muy conveniente que se extinguieran los indios, mezclándolos con los blancos, declarándolos libres de tributo y otros cargos, y otorgándoles la propiedad privada de la tierra”.

**Pedro Fermín de Varlas, colombiano liberal del siglo XIX**

## Introducción

Antes de iniciar este segundo seudo ensayo sobre el derecho electoral del siglo XIX, es necesario aclarar que discurriremos bajo la sombra del estudio jurídico e histórico del derecho electoral planteado por Jorge Basadre en su obra *Elecciones y centralismo en el Perú, apuntes para un esquema histórico* y en su obra magna *Historia de la República del Perú*.

La visión del desarrollo progresivo de las sociedades que sostiene Basadre y que se traslada a su construcción histórica del derecho electoral nos motiva a plantear la tesis del “devenir de las elecciones decimonónicas hacia la conformación de la representación nacional”, es decir, el anhelo de las élites criollas del siglo XIX por

---

\* Esta seudo monografía fue parte de la investigación final del proyecto del “Fondo para el Fortalecimiento Democrático - Siembra Democracia: Historia de las elecciones en el Perú desde la Cortes de Cádiz hasta nuestros días”, Instituto de Estudios Peruanos-Ford Foundation y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (2002-2004). Agradezco al historiador Cristóbal Aljovín por sus sugerencias sobre el tema.

construir una unidad política y una estructura jurídica de alcance nacional a través de las elecciones<sup>49</sup>. La presentación de los discursos ideológicos, intereses políticos y aspectos históricos nos permitirán proseguir con una historia del derecho electoral del siglo XIX más profunda y compleja que hasta la que hoy conocemos: la historia del derecho electoral decimonónico como la expresión de las fuerzas tradicionales y modernizantes, de los movimientos emancipatorios y conservadores de nuestro país, una historia en la cual el derecho, especialmente la ley, nos puede manifestar los puntos de tensión relacionados con las estructuras sociales, económicas y jurídicas de desigualdad y exclusión establecidas en el Perú desde el origen de esta República. Es una historia aún no desvanecida y que se oculta en las innumerables prácticas sociales relacionadas con la participación política, con la forma de votación, con la expresión de la voluntad de elegir y ser elegido, más aún, con la exclusión de prácticas políticas de espacios locales, de personas y de culturas que se encuentran en nuestro territorio nacional. Creemos que, analizando la historia política peruana del siglo XIX, encontraremos algunas respuestas del “malogrado” funcionamiento de la participación ciudadana del Perú actual.

## 1. Antecedentes

### 1.1. La vieja tensión individuo y comunidad

Los discursos teóricos de la “historia moderna del hombre” (Febvre, 1993; Duby, 1988; Vovelle, 2003; Braudel, 1990; Burke, 1994) se ven interpelados por un nuevo orden internacional a raíz del debilitamiento del “Antiguo Orden Westfaliano”. Este nuevo orden internacional pone nuevamente en relieve la vieja contradicción entre “comunidad” —lo “colectivo” representado por el Estado según la eticidad hegeliana— y la autonomía individual racional —la visión de lo “individual” de la filosofía kantiana—. Es decir, en el escenario político, la lucha de intereses en el “nuevo orden internacional” nos muestra una nueva concepción ideológica dominante en el pensamiento “moderno” y, por tanto, en la sociedad contemporánea y en el derecho actual. Los intentos por compatibilizar un nuevo orden internacional son parte de este proceso de omnipresencia de las “teorías del desarrollo” —sustentadas en la vieja e ilustrada idea de “progreso”<sup>50</sup>—, del fenómeno de la globalización como un proceso de “estandarización” de las distintas sociedades, al menos, las sociedades occidentales.

49 En el presente trabajo, por el término “elecciones” nos referiremos específicamente a las elecciones políticas y su desenvolvimiento social en el Perú decimonónico. Quedan excluidas de nuestro tratamiento otras elecciones realizadas en el siglo XIX, como las elecciones corporativas, estamentales, gremiales, etc.

50 “La humanidad, siguiendo las leyes á que la sujetara el Creador, camina incesantemente hacia el progreso” (Fuentes, 1874: 1).

Podríamos aventurarnos a considerar que la globalización es, quizás, otro medio de hegemonización “moderna”, consciente y —ahora “virtual”—, del sistema económico mundial y que se manifiesta a través de las “reglas formales” nacionales (estructura jurídica estatal) y de allí, se extiende a los modelos de representación política (“democracia”) y a los tipos de procedimientos electorales “estandarizados”. Es decir, algo así como que la única forma válida y legítima de democracia es la democracia representativa, y por tanto cualquier otro modelo de gobierno, e incluso otras instituciones democráticas, no serían consideradas como válidas. En consecuencia, esta innovación legal y “paradigmática” nos visualiza un antes y un después en la historia de las normas electorales y permite analizar la madeja electoral como algo único, es decir, de cómo la evolución de las elecciones nos permite encontrar una solución discursiva, al menos, entre el individuo y la comunidad:

“El fin de todas las obligaciones del ciudadano es alcanzar la independencia de su patria, la conservación del orden y de la paz pública y la felicidad del Estado, de que depende la suya propia” (Fuentes, 1873: 149).

Las elecciones son, pues, un juego político mediante el cual en el discurso se incluye, representa, democratiza, legitima todo un orden social y político imperante y, sobre todo, un orden de ideas que se va tejiendo con los años en la práctica social. Existe en este juego de poderes una tensión entre lo emancipatorio y lo conservador, y más allá, una tensión entre el individuo y lo “tradicional”. Quizá podamos obtener respuesta de cómo amalgamar estas tensiones, es decir, encontrar la institución que sintetice lo colectivo y lo individual (Quimper, 1887: 36-39; Lloyd, 1983: 200)—, tal se anheló con el “sufragio universal” en el Perú decimonónico:

“La ley que concilie la existencia de la autoridad con los sagrados derechos del individuo no es, pues, ni puede ser otra que la concurrencia de todos á la dirección de la sociedad, ó en otros términos, el sufragio universal” (Quimper, 1887: 214-215).

Por otro lado, la historia electoral peruana no puede separarse de la historia formal de “exclusión” de los países de la región. Por mucho tiempo se ha mantenido la “leyenda negra” de la democracia latinoamericana (Annino, 1995: 7) y de la sociedad republicana igualitaria en un “moderno velo de la ignorancia” liberal a través del cual el discurso político “tradicional” afirmaba que las repúblicas latinoamericanas estaban conformadas por ciudadanos con las mismas libertades y reconocidos por la ley como “iguales”. Ciertamente, esto era así solamente para un grupo reducido de personas, los considerados como “ciudadanos” en el discurso constitucional y legal decimonónico.

La actual estandarización de la democracia representativa, de los procedimientos electorales y del discurso histórico de las “democracias latinoamericanas” no atraen más que “sospechas” (Démelas, 2003: 21). En el caso del estudio del derecho decimonónico, específicamente del derecho electoral peruano, éste ha estado

imbuido en un oscurantismo gravitante por la miopía del formalismo jurídico que ha impedido explicarnos integralmente el fenómeno de la historia política nacional y de las múltiples historias locales referidas a las prácticas electorales. Con estudios sobre historia política (electoral) latinoamericana y peruana de Annino, Chiaramonti y Paniagua (Annino, 1995; Chiaramonti, 2002; Paniagua, 2003b), podemos comprender que el proceso histórico local estuvo dominado por el poder autonómico de las élites —provista de una tradición municipalista originada en la constitución gaditana y en el posterior discurso liberal—, un dominio efectivo que se apoderó del proceso nacional de representación política hasta finales del siglo XIX. Al parecer, estaríamos “rememorando” la historia de la soberanía de los señoríos feudales de la Europa medieval:

“Desciendo ahora al campo de la política, tal doctrina consagra el predominio de unas clases de la sociedad sobre otras, perpetuando el fenómeno de los directores y dirigidos, de los opresores y oprimidos, de los señores y vasallos” (Silva Santisteban, 1874: 11).

En consecuencia, la historia mundial se entremezcla y se redescubre en la historia electoral nacional, historia que excepcionalmente recoge la memoria diversa y local de los dintintos pueblos que albergan el Perú, y que hasta la actualidad no ha sido objeto de un estudio sistemático y se ha perdido en los confines de la memoria de nuestro país. Es posible aproximarnos a esta historia desde los marcos legales nacionales, ya que, en el caso del derecho electoral decimonónico, ese marco de reglas formales y no formales era dibujado “parcialmente” por reglamentos y leyes electorales abocados en señalar y regular las prácticas sociales locales y validarlas o simplemente en excluirlas, y con ello, limitar los derechos de la mayoría de las personas.

## 1.2. Construcción de lo “nacional” en las elecciones del siglo XIX

Hay un miedo que recorre de tanto en tanto los países latinoamericanos: el miedo al fracaso de la democracia. Especialmente, en las generaciones maduras vemos cómo se nos presenta en la lucha política una tensión entre autoridad-orden-seguridad e igualdad-autonomía-libertad; esta es una tensión que vivimos todos los días. Las dudas nos asaltan y nos cuestionamos si vale la pena vivir en democracia: si esta vieja utopía social calza en estas sociedades heterogéneas y desgarradas por la memoria de la violencia o es necesario, resignadamente, aceptar la enajenación y la sumisión hacia lo “formal” para proseguir con la armonía de nuestra falsa y ciertamente incómoda convivencia. Asimismo, tanto los proyectos autoritarios como los democráticos se han entrelazado con la historia y nos permiten redescubrirla. No obstante, la historia occidental, excluyente, no nos permite establecer un ideario de proyecto nacional y, menos, un análisis más identificado con

nuestras expectativas. El origen de esta atrofiada historia se encuentra perdida en la supuesta “anarquía” del siglo XIX.

Innegablemente, nuestras expectativas se centran en la construcción de un proyecto colectivo para nuestro país. Un proyecto político nacional que no avanzará a la constitución de un Estado plural e incluyente si no revisamos agudamente nuestra historia política y los problemas que la aquejan: la falta de legitimidad estatal y la ausencia de una representación social que incluya a todos los peruanos. Sin ninguna explicación razonable se realizaron generalizaciones sobre el período del siglo XIX: por un lado, la anarquía de la oligarquía y el sometimiento económico de nuestro país y, por otro lado, una historiografía política “oficial”, con excesivos detalles poco trascendentales, sin una perspectiva crítica sobre momentos cruciales del Perú, sin vida, tan lejana que muy de vez en cuando sabemos qué ocurrió en esos primeros años de la constitución de un proyecto político de “nación peruana”.

En ese proceso de introspección histórica se perdió la comprensión y la mirada hacia los espacios locales, hacia la forma de convivencia y de creación de reglas y estándares normativos que enriquecieron y regularon los primeros años de nuestra vida republicana. Este problema se origina en el ámbito ideológico cuando el liberalismo decimonónico sólo prestó atención en su configuración de sistema político, Estado y sociedad al espacio nacional en detrimento del espacio local y transnacional:

“El Estado-nación ha sido la dimensión espacio-temporal más importante del derecho durante los últimos doscientos años, particularmente en los países centrales del sistema mundial. Sin embargo, su importancia fue posible sólo porque las otras dos dimensiones espacio-temporales, la local y la transnacional, fueron declaradas inexistentes formalmente por la teoría política liberal hegemónica” (Santos, 1998: 19).

Fue muy tarde para que prestara atención la élite peruana al espacio transnacional cuando la guerra con Chile era una realidad consumada. Fue muy tarde para que se comprendiera la importancia de los espacios locales en plena guerra. Aún será muy tarde para nuestro país si no comprendemos cómo la fragmentación política mella el objetivo de constituir una identidad nacional e impide una lucha contra la falsa representación. En consecuencia, el liberalismo decimonónico contempló, pero no entendió el desenvolvimiento político de los espacios locales. Las élites políticas se desarrollaron en estos espacios y son las que legitimaron el gobierno “nacional” según sus propios intereses. En el siglo XIX, las elecciones políticas, sus órganos y procedimientos existieron en función de los intereses de estas élites.

Intentaremos ocuparnos, principalmente, de desembarazar de sombras la historia del derecho electoral peruano del siglo XIX y, a partir de allí, plantearnos hipótesis de una historiografía jurídica peruana mucho más rica y compleja que la propuesta por la “historia de la dogmática jurídica tradicional”.



### 1.3. El espacio local: “sumisión” de la ley electoral

La importancia de las elecciones no se encuentra en discusión (Tuesta, 2002: 24), más aún cuando es uno de los canales sociales privilegiados por los cuales se participa políticamente y se eligen autoridades. Ello se debe a que, en un sentido conceptual restringido, el sufragio está identificado con el sistema político “moderno” de la democracia representativa (Nohlen, 1998a: 570; Araújo, 1999: 21-22). Este concepto “restringido” de sufragio hace referencia a una técnica y a un procedimiento institucionalizado mediante el cual la ciudadanía ejerce un clásico derecho individual: el derecho al voto. Actualmente, esta institución jurídica está muy extendida en la doctrina y en la legislación internacional. Allí radica su importancia, en su comprensión como práctica, en su eficacia como medio representativo y, más aún, en su legitimidad como forma de interrelacionarnos con la “comunidad”<sup>51</sup>.

A inicios del siglo XIX en el Perú, el debate político sobre los asuntos que definían al Estado era su forma unitaria o federal, la forma de gobierno, el significado político de la representación, el sentido social de las elecciones y, sobre todo, el sistema de órganos y procedimientos electorales, todo ello parte de una discusión gravitante en la escena política “criolla” del siglo XIX (Basadre, 1980: 13). La relación conflictiva entre el derecho al sufragio y la representación política a través de las elecciones afectó la legitimación de la forma de gobierno de las élites en el Perú y en otros países latinoamericanos. La conceptualización de sistemas políticos “democráticos” donde la representación se basaba en un sistema de notables —determinado por las relaciones personales de las élites criollas—, evidenció las posibles contradicciones entre las aspiraciones liberales sobre el “sufragio universal” y los límites “tradicionales” de la representación republicana, especialmente, a través del procedimiento electoral y del control de los órganos electorales:

“Mientras existan en una sociedad clases enteras de ciudadanos excluidos del derecho de sufragio, la obediencia de su parte será un acto de sumisión ó de apremio; pero no una consecuencia necesaria de su libertad” (Marrast, cit. por Quimper, 1886: 36).

Bernard Manin en su obra *Los principios del gobierno representativo* expone la concepción de “elegir” representantes socialmente superiores por riqueza, talento, habilidad o virtud (“principio de distinción”) que se expresó claramente a través de normas no formales en el caso inglés (normas culturales y factores prácticos), normas formales en el caso francés (disposiciones legales) y la “solución pragmática” en el caso estadounidense (Manin, 1998: 121-36). El caso peruano a

51 No hay duda de la importancia de las elecciones, pero pierden peso político si es que no son parte de las prácticas de los ciudadanos y las defienden como tal; si su eficacia de representación se ve mellada por la corrupción en la elección y en la conducción política y si es una práctica que no mezcla el estatus jurídico del acto de elegir o ser elegido con la integración en las prácticas sociales locales, regionales o nacionales de la comunidad peruana.

partir de 1822 es una combinación del caso francés en lo formal y del sistema electoral inglés en lo práctico, es decir, una mezcla “criolla” entre las prácticas tradicionales reforzadas por el procedimiento electoral y las cualidades de los electores en la votación decimonónica.

La clara oposición entre el sistema tradicional jerárquico colonial (relaciones sociales corporativas y patrimoniales) y la utopía liberal europea dominante en el siglo XIX fue matizada por los notables criollos latinoamericanos y expresada en el sistema de elecciones mediante los órganos y los procedimientos electorales (“derecho electoral objetivo”). Esa mezcla, sustentada en el lenguaje republicano y en la importación de su sistema de representación —una primera configuración del “contagio moderno” (Aljovín, 2000: 305)—, está íntimamente relacionada con la idea de nación (De Trazegnies, 1992: 263). Hoy como antes, la idea de nación peruana cuestiona a las autoridades políticas elegidas por no representarla legítimamente. Más aún, según el historiador Ulrick Mücke, la nación peruana “nunca ha sido presentada ni imaginada como comunidad”, sino como “desunión” de ciudadanos (Mücke, 1999: 220-221).

El sistema de órganos y procedimientos electorales en el Perú decimonónico no logró crear una identidad nacional cohesionada a través de representantes legitimados por mecanismos electorales que, más bien, representaban a élites locales fragmentadas en todo el territorio nacional. Y es que, a lo largo de estos primeros años de la República, la representación nacional estuvo en función de objetivos locales, y los órganos y procedimientos electorales sirvieron a estos propósitos (Annino, 1995: 14; Chiaramonti, 1995: 13-14), algo muy similar a lo que viene ocurriendo con el modelo de regionalización contemporáneo.

Pese a todo, es difícil determinar el significado histórico, social, político y jurídico de los órganos y procedimientos electorales en el tradicional modelo electoral “gaditano” (1821-1896). Es posible que, en el devenir histórico de estas instituciones electorales, junto con otros elementos de continuas reformas, resultara la aparición de los instrumentos políticos de control de una élite de “alcance nacional”, una oligarquía nacional asentada en la capital, preocupada por la falta de gobernabilidad en el país a causa de los distintos y difusos intereses que personificaban los representantes procedentes de las elecciones del siglo XIX.

## 2. Aspectos histórico-jurídicos sobre las elecciones indirectas y directas

Antes del análisis del proceso histórico de las elecciones en el Perú, encontramos necesario explicar algunos conceptos sobre instituciones electorales que se dan por sentadas y comprendidas. Estas explicaciones nos ayudarán a comprender el fenómeno electoral en el ámbito formal, es decir, en las constituciones y en las leyes que reglamentaron el proceso electoral en el siglo XIX.

Ante la cantidad de normatividad electoral por los abruptos y continuos cambios de gobierno —en su mayoría, por golpes de Estado—, es pertinente explicar la periodificación del derecho electoral peruano en referencia a las distintas propuestas de especialistas en el tema. Claramente veremos cómo el derecho electoral —y en general, cualquier producción normativa—, es una caja de resonancia de la historia política y social de nuestro país, así como del grado de complejidad de la participación y de la identificación del ciudadano con el gobierno y el Estado.

Otro aspecto que consideramos importante acentuar es la conceptualización actual que tenemos sobre el derecho electoral decimonónico. El estudio del siglo XIX ha arrojado generalizaciones tras el fenómeno electoral que conocemos como modelo electoral gaditano, que establece el sistema de votación indirecto y otros elementos que definen la participación política de los ciudadanos y las prácticas sociales con referencia a ésta. En consecuencia, intentaremos exponer los puntos de conflicto del modelo electoral gaditano como un constante desarrollo dialéctico entre las fuerzas liberales —emparentadas con las élites políticas del mundo occidental— y las fuerzas conservadoras en el campo del discurso político, de la doctrina jurídica y de las normas electorales decimonónicas.

## 2.1. Sufragio y procedimiento electoral

Comencemos por definir el sufragio. La expresión sufragio proviene del latín *suffragium*, que significa ayuda, socorro, apoyo o favor en beneficio de alguien o algo. Actualmente se concibe como un medio de expresión política destinado a elegir a nuestros gobernantes, así como también para la adopción de algunas decisiones políticas de significativa importancia. En ese sentido, el sufragio es “una técnica y un procedimiento institucionalizado que permite a la ciudadanía comunicar y expresar de consuno una decisión, opinión u opción” (García, 1999: 19), es decir, en virtud del sufragio cada elector tiene el derecho de definir su voluntad —su participación política— en el voto.

Aún así, debemos ahondar más sobre el derecho electoral y distinguir entre las ideas de sufragio, voto y elección. El sufragio es también un derecho reconocido constitucionalmente que consiste en expresar una voluntad en las decisiones políticas; el voto es el medio material (instrumento jurídico) mediante el cual la voluntad del sufragio se expresa, y finalmente la elección es la decisión expresada (contenido) en una preferencia manifestada con base en el voto (Lazarte, 1998: 570). En el Perú, como en los demás países latinoamericanos, se han aplicado distintas modalidades de expresión del derecho del sufragio durante toda la época republicana; entre estas, se encuentran las elecciones indirectas y las elecciones directas.

Durante casi todo el siglo XIX, la votación o elección indirecta fue una práctica legal frecuente en los procesos de designación de autoridades políticas (presidentes, congresistas, alcaldes y regidores) y de funcionarios administrativos locales

(prefectos, subprefectos, gobernadores), mediante el cual “todos los ciudadanos á quienes se les reconozca el derecho electoral, concurran á designar por mayoría de votos, no al representante, sino á un cierto número de personas que reunidas formase un segundo colegio que á su vez procede á designar por mayoría el representante del distrito ó de la circunscripción” (Navarro, 1885: 131).

La votación indirecta era un procedimiento electoral tradicional en la mayoría de las legislaciones electorales de Europa y América Latina (Fuentes, 1874: 94-222). Por ejemplo, lo dicho por el jurista italiano Rosmini sobre el mejor modelo de representación que debe ser aplicado para la elección de una asamblea constituyente, a mediados del siglo XIX, consideraba “que la elección no sea directa sino de dos grados, esto es, que en cada circunscripción se designen á varias personas que después elijan la Asamblea que se pretende obtener. Solamente de este modo puede cada uno elegir con conciencia, pues es lo razonable suponer que el pueblo bajo conoce las personas más conspicuas de su circunscripción” (Rosmini, 1848, en Navarro, 1885: 133).

Las elecciones indirectas para designar representantes nacionales se basaron en una nueva forma de visualizar el “nuevo contrato social” como la suma de los más aptos: los “vecinos debían elegir a los más aptos entre sus conocidos” —los llamados “buenos vecinos”— y estos elegirían a la “suma de los más aptos” para que representaran a la “nación”. El pueblo debía conocer a las personas que elegía y, por tanto, no se le debía obligar a elegir representantes desconocidos por ellos mediante una elección directa. Es decir, para conocer la verdadera voluntad del pueblo es necesario utilizar el mejor mecanismo que exprese esta voluntad: la elección indirecta. Así, el “sufragio indirecto” admite grados de votación produciéndose una delegación de poder que consiste en una transferencia de autoridad del cuerpo electoral al “delegado”, “compromisario” (elector gaditano) o “elector parroquial” (elector republicano), que se envía al colegio electoral provincial (asamblea de electores) para ejercer el poder de elegir representantes con total discrecionalidad. Como veremos más adelante, durante el siglo XIX, una de las principales y constantes preocupaciones sobre la elección indirecta será la falta de identificación entre el cuerpo electoral y los representantes y la confianza en la representación de los mandatarios (electores parroquiales de provincia) y en sus decisiones (Fuentes, 1873: 157; Silva, 1874: 17; Quimper, 1886: 38 y 1887: 221).

En el Perú decimonónico, las elecciones eran “materialmente indirectas”, porque el colegio electoral provincial no tenía el compromiso de respetar el voto del elector primario y elegía a los titulares de la representación a su propio juicio. La figura jurídica del mandato proviene del derecho civil y no concuerda con las prácticas electorales en América Latina y del Perú (Bielsa, 1959: 215 y 222; Díez Del Corral, 1984: 104-5; De Cabo, 1994: 52-4; Nohlen, 1998b: 23). La distinción entre delegación y mandato era muy clara y a pesar que la figura jurídica del mandato era utilizada en el sistema de elección norteamericano, el Perú siguió el ejemplo del sistema francés, mediante la cual los delegados, elegidos por ser los mejores “hombres que con la solvencia e independencia que les daba la propiedad no se iban a dejar de seducir y corromper por los vaivenes de los intereses mezquinos que podían presentarse en la política”, elegían con total discrecionalidad a la

representación nacional sin tomar en cuenta la voluntad de la supuesta “masa ignorante” o de la “plebe”.

En cambio, las elecciones directas fueron una práctica política inusual y excepcional en el Perú del siglo XIX. A través del sufragio directo se permitía “que la expresión de voluntad ciudadana decida sin intermediarios, quienes serán los gobernantes. Esto implica que el sujeto sabe que su decisión influirá de manera inmediata en dicha designación” (García, 1999: 28).

En consecuencia, las elecciones indirectas se desarrollaban mediante un cuerpo mediato (colegio electoral) que es elegido y se encuentra entre los electores “primarios” y los representantes; distinto sucedió o sucede con las elecciones inmediatas o directas, donde el elector (votante) determina o identifica claramente a los titulares de la representación (presidentes, diputados, senadores, etc.).

Las opiniones de eximios juristas y políticos liberales sustentaban la mejor disposición para la aplicación de la elección directa en el Perú. Las opiniones de Manuel Atanasio Fuentes, José María Quimper y José Silva Santisteban sobre la elección directa como la única y genuina forma representativa de las resoluciones de la mayoría o del cuerpo electoral, ciertamente influidas por los cambios sociales expresados en la Europa de 1848, eran certeras críticas al modelo electoral indirecto establecido desde los albores de la República. Cabe resaltar la posición de Manuel Atanasio Fuentes, caso sintomático de muchos conspicuos liberales que fusionaron dicha doctrina con el “pensamiento tradicionalista”. Este autor considera que el mejor sistema electoral es el directo, pero acepta la elección indirecta porque sirve “para conciliar el lato ejercicio del derecho electoral con la falta de costumbres públicas, y el atraso comparativo de las naciones llamadas de repente al goce de la libertad” (Fuentes, 1873: 158).

## 2.2. Periodificación del derecho electoral

Para trazar nuestra propuesta de periodificación electoral de los órganos y procedimientos entre 1822 a 1896, debemos ir más allá de la dogmática jurídica. Nuestro propósito es entender los procedimientos y órganos electorales integrando la filosofía liberal y tradicional—cuyo nexos sostiene la doctrina jurídica electoral decimonónica—, la sociología jurídica, que comprende prácticas sociales incentivadas por las leyes electorales, como los clubes y los partidos políticos (1850-1890), así como la dogmática jurídica electoral, que va a hacernos posible una clasificación estructural de los órganos y procedimientos del siglo XIX.

El aporte de un estudio histórico del derecho constitucional peruano para comprender integralmente el derecho electoral sería importante, porque ambas disciplinas han estado relacionadas en el pasado. Pese a que la Constitución de 1828 sienta las bases para la “Constitución Histórica del Perú” (Paniagua, 2003a), podemos afirmar que todas las constituciones del siglo XIX llevan la impronta electoral gaditana a partir de la Constitución de 1823. No obstante, dejando de

lado la dogmática jurídico-constitucional, un análisis crítico de las leyes electorales avizorará una serie de confluencias ideológicas que permitirán mostrar cómo se fueron tejiendo las instituciones del sistema representativo durante el siglo XIX. Ciertamente es imprescindible determinar el contenido de las instituciones electorales a ser analizadas: las funciones y las cualidades para componer los órganos electorales y el *iter* (procedimiento) electoral. Como sea, las propuestas de periodificación sobre el derecho electoral peruano son muy escasas. Un breve recorrido en estudios de historia electoral nos muestra hasta tres propuestas de periodificación:

### Periodificación del derecho electoral peruano

Propuesta N° 1		Propuesta N° 2	
Primera etapa	1821-1896	Primera etapa (de génesis)	1821-1855
Segunda etapa	1896-1931	Segunda etapa (de consolidación)	1855-1931
Tercera etapa	1931-1962	Tercera etapa (de autonomía)	1932-1962
Cuarta etapa	1962-1978	Cuarta etapa (de las garantías)	1962-1978
Quinta etapa	1978-1993	Quinta etapa (de la ampliación)	1978-1993
		Sexta etapa (sistémica)	1993-a la fecha

Fuentes: Patrón, 1978; Paniagua, 1995; García, 1999; Chávez, 2002.

En el caso de la primera propuesta de periodificación (N° 1), esta es sustentada por los juristas Paniagua Corazao y Patrón Faura:

### Propuesta N° 1. Periodificación de la historia del derecho electoral peruano

Propuesta de Paniagua		Propuesta de Patrón Faura	
Primera etapa	1821-1896	Primera etapa	1821-1896
Segunda etapa	1896-1931	Segunda etapa	1896-1931
Tercera etapa	1931-1962	Tercera etapa	1931-1963
Cuarta etapa	1962-1993	Cuarta etapa	1963-1978
Quinta etapa	1979-1993		

Fuentes: Patrón, 1978; Paniagua, 1995.

La primera propuesta defendida por Paniagua y Patrón Faura se basa en el desarrollo histórico del modelo electoral gaditano (1812-1896) señalado por Annino (Annino, 1995: 10), quien realiza un corte histórico social del derecho electoral en la década de 1850. Así, si analizamos en estos modelos de periodificación los primeros ochenta años de vida republicana (1821-1900), encontramos antes de finalizar el siglo un primer corte histórico. Según Annino, ese cambio se produce en 1896, con la reforma electoral del gobierno de Piérola, y encaja en los cambios globales de América Latina:

“[...] el punto más relevante en términos comparativos es que la fenomenología electoral muestra que la distancia entre votantes legales y votantes reales depende en buena medida del acuerdo que se establezca entre los grupos dominantes en torno al concepto de nación. [...] No es fortuito que las reformas más importantes se dan entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Este período coincide con una serie de reformas que también se dan en todos los países occidentales. [...] Después de un largo y difícil camino los cambios marcan, en América Latina, los acuerdos más importantes del siglo acerca de lo que después serían los proyectos nacionales en cada país [...]” (Annino, 1995: 14).

En este punto la historiadora Chiaramonti coincide con Annino al decir que la reforma de 1896, como fenómeno de transformación del modelo electoral “gaditano” en el Perú, produjo un cambio sustancial en las prácticas electorales en casi ochenta años de vigencia (Chiaramonti, 1995: 339). Los cambios sustanciales de la reforma de 1896 son: la desaparición del sistema de elección indirecta y de las cualidades censatarias (“ser propietario o poseer rentas”) para ejercer el derecho de sufragio (sufragio activo y pasivo) y el traslado de la organización y control del proceso electoral al gobierno central. En consecuencia, se nos plantea un “antes y un después” en el derecho electoral peruano que no se repetirá hasta la década de 1930. Cabrían algunas divergencias entre estos dos modelos de periodificaciones del derecho electoral peruano en cuanto al corte histórico de la Constitución de 1979, período al que se le denomina de apertura al “sufragio universal” (Paniagua, 1995: 222-227; Patrón, 1978: 137-143).

Sin reconocer el término final del modelo electoral gaditano, la segunda propuesta de periodificación (Nº 2) está sustentada por los juristas García Toma y Chávez López:

### Propuesta Nº 2. Periodificación de la historia del derecho electoral peruano

Propuesta de García Toma		Propuesta de Chávez	
Primera etapa	1821-1855	Primera etapa	1821-1855
Segunda etapa	1855-1931	Segunda etapa	1855-1931
Tercera etapa	1932-1962	Tercera etapa	1931-1962
Cuarta etapa	1962-1979	Cuarta etapa	1962-1979
Quinta etapa	1978-1993	Quinta etapa	1979-1993
Sexta etapa	1993-a la fecha	Sexta etapa	1993- a la fecha

Fuentes: García, 1999; Chávez, 2002.

Esta propuesta de periodificación considera un corte histórico en la mitad del siglo XIX apoyándose sobre la base de los estudios de Chiaramonti (Chiaramonti, 1995: 315). Sin embargo, el modelo presentado por García Toma difiere en el corte histórico presentado por Chiaramonti en algunos años (Chiaramonti, 2002: 301). En ese sentido, el sufragio mediante votación directa aparece abrupta pero brevemente (1855-1860), en el cual se produjo una fractura sustancial en el sistema electoral que se mantuvo con la reacción conservadora de la Convención Nacional de 1860, la cual retomó las elecciones indirectas mediante la Ley de 1861, hasta la reforma electoral de 1896. En ese sentido, García Toma y Chávez dejan de lado, en su análisis dogmático jurídico, el impacto político de las normas electorales, especialmente las normas de la reforma electoral de 1855 en las prácticas sociales. Así, a pesar de que después de las elecciones directas del período 1855-1860 y del frustrado intento de 1866-1867, se retornó al sistema indirecto de elección, la participación ciudadana se tornó mucho más compleja con la presentación en la escena social de idearios o programas políticos más estructurados y una élite de “alcance nacional” con mayor posicionamiento en el Estado. En general, las propuestas de periodificación electoral no difieren demasiado, ya que guardan una cierta relación en cuanto a periodos históricos se refiere.

Cabe acotar las divergencias entre las propuestas de García y Chávez por el inicio del régimen legal electoral peruano, uno apuesta por las “Cortes de Cádiz” y el otro por la “Independencia” (García, 1999: 42-54; Chávez, 2002: 7-8); y por los criterios jurídicos para resaltar los cambios liberales de 1855 y el inicio de las elecciones directas en el Perú. Pese a algunas diferencias entre los propios exponentes de la primera y de la segunda propuesta sobre los términos de los primeros y últimos periodos del derecho electoral peruano, las tres propuestas se han mantenido en análisis posteriores (Panizo, 1999: 2-5; Díaz *et al.*, 2001: 11-27).



Una tercera y original propuesta que debemos considerar es la señalada por Paniagua:

### Propuesta N° 3. Periodificación de la historia del derecho electoral peruano

Historia electoral peruana bajo “influencia extranjera”	Etapa	1809-1826
Historia electoral peruana “independiente”	Primera etapa	1827-1896
	Segunda etapa	1896-1931
	Tercera etapa	1931-1962
	Cuarta etapa	1962-1990
	Quinta etapa	1990-2000

Fuente: Paniagua, 2003b.

En cierta manera, la propuesta tiene fundamento en la historia constitucional (Paniagua, 2003a). Si en las propuestas anteriores no se visualizaba los cortes históricos tanto en la década de 1850 como a finales del siglo XIX, Paniagua subsume su propuesta al modelo electoral gaditano de Annino —que no considera los cambios políticos y sociales a raíz de la exportación del guano (Gamboa, 2003a: 195) y de los nuevos mecanismos electorales de 1855 a 1860— y cambia el término de inicio de la historia electoral peruana señalándolo a inicios de 1827. Consideramos que ésta es una separación inconsistente porque el “constitucionalismo auténticamente peruano” no puede ser el criterio dogmático jurídico y social para establecer una periodificación electoral. De hecho, la mayoría de las instituciones constitucionales terminan bebiendo del modelo gaditano. Asimismo, la influencia política de los gobiernos extranjeros en el Perú —bajo la tesis de la “independencia concedida”— se consideraría irrelevante:

“El constitucionalismo peruano, en realidad, rompe amarras ideológicas y políticas con el pasado y con el extranjero solo a partir de 1827. La Constitución de 1828, en efecto, echa los cimientos de la constitución histórica del Perú, define sus instituciones fundamentales y, por ello, influye duramente en todas las Constituciones que habrían de dictarse posteriormente. Se inicia con ella el constitucionalismo auténticamente peruano” (Paniagua, 2003b: 42).

La influencia extranjera no produjo algún cambio en la concepción del sistema tradicional o alteración del modelo electoral gaditano, quizás produjo algún sello particular o una reproducción mal acabada del modelo, pero nada más. Por otro lado, cabe acotar que podríamos considerar, desde la dogmática jurídica, hasta tres períodos del derecho electoral peruano en el siglo XIX: un primer período de 1821-1855, un segundo período de 1855-1860, y un tercer período de 1861-1896,

es decir, hasta las reformas electorales de Piérola. En un panorámico análisis, Roisida Aguilar señala que el modelo electoral gaditano estaría dividido en dos periodos, entre los cuales se hallaría un periodo intermedio (1855-1861), en el cual se cambiaron las prácticas electorales al introducirse el sistema de votación directo (Aguilar, 2002: 9-10). Tres etapas bien definidas que se forman por los efectos de la irrupción liberal en la dimensión social, política, económica y cultural de la historia electoral peruana de la segunda mitad del siglo XIX.

Podemos decir que el aumento del comercio internacional, la exportación del guano, las redes políticas y la aparición de los partidos políticos fueron algunos de los factores que influyeron para sobreponer el criterio censatario sobre el principio de notables en la composición de los entes electorales y en el voto por los electores provinciales.

En consecuencia, creo que podemos dividir el modelo electoral gaditano en dos claras etapas: un primer período de 1812 a 1855, caracterizado por la participación directa de las élites locales en el procedimiento electoral, y un segundo período, de 1855 a 1896, caracterizado por el control del procedimiento electoral utilizando instrumentos jurídicos y sociales por parte de una incipiente élite de alcance nacional y burocracia estatal sostenida por intereses económicos<sup>52</sup>. Veremos que esta diferenciación histórica se mantiene en tensión con la ley electoral al establecer las restricciones o definir las cualidades de la participación política, criterios corporativos-jerarquizados y patrimoniales-censatarios a mitad del siglo XIX. En cuanto a la distinción y la mezcla entre los criterios de notables y los fijados por el principio de la riqueza o patrimonial censatario:

“La democracia no es generalmente celosa de la superioridad personal; pero lo es mucho y, con justo título, de la que solo se funda en la riqueza” (Fuentes, 1873: 155).

En este segundo período electoral, aunque los filtros electorales siguieron actuando, se produjeron cambios en cuanto al control de dichos filtros. La concurrencia de la elección directa en la década de 1850 trae algunas variaciones procedimentales que le dan una particularidad a la simplificación posterior del procedimiento electoral.

### 2.3. El modelo electoral gaditano

El modelo electoral gaditano se manifestó en el derecho constitucional peruano y en la legislación electoral del siglo XIX. Las Constituciones que regularon expresamente las elecciones indirectas fueron: 1823, 1826, 1828, 1834 y 1839

52 Posteriormente, se producen cambios hacia la construcción de una estructura jurídico-electoral de dimensión nacional (1896-1931) hasta llegar al modelo administrativo concentrado de carácter nacional y al sufragio universal con la Constitución de 1978.

(Pacheco, 1996). La Constitución de 1860 omitió la regulación expresa sobre las elecciones (“Artículo 45.- La elección de los Senadores y de los Diputados se hará conforme a la ley”). La legislación electoral que disponía las elecciones indirectas parlamentarias (1822-1900) era la siguiente:

### Leyes electorales sobre elecciones indirectas

Ley electoral	Gobierno que la promulgó
Ley Reglamentaria de elecciones de Diputados a Congreso de 3 de marzo de 1825	Dictador investido con el poder político y militar, Simón Bolívar Palacios (02/09/1824 a 16/02/1826)
Ley Reglamentaria de Elecciones de 19 de mayo de 1928	Presidente de la República, José de La Mar Cortázar (09/06/1827 a 07/06/1829)
Ley Orgánica de Elecciones de 29 de agosto de 1834	Presidente provisorio, Luis José de Orbegoso (20/12/1833 a 22/02/1835)
Ley Reglamentaria de Elecciones de 29 de diciembre de 1839	Presidente constitucional, Agustín Gamarra (24/08/1838 a 18/11/1841)
Ley Reglamentaria de Elecciones de 22 de diciembre de 1849	Presidente de la República, Ramón Castilla (20/04/1845 a 20/04/1851)
Ley Reglamentaria de Elecciones de 29 de diciembre de 1851	Presidente de la República, José Rufino Echenique Benavente (20/04/1851 a 17/07/1854)
Ley Orgánica de Elecciones de 13 de abril de 1861	Presidente Constitucional, Ramón Castilla (22/03/1860 a 24/10/1862)
Ley Electoral de 17 de diciembre de 1892	Presidente Constitucional, Remigio Morales Bermúdez (10/08/1890 a 01/04/1894)

Fuente: CD Room del Centro de Investigación Electoral, CIE-ONPE, 2002; Tuesta, 2001.

Este modelo, influido por la Constitución de Cádiz de 1812 y por el proceso de elecciones de diputados de las colonias americanas a dicha representación, se caracterizó por el sistema indirecto de elección, las cualidades restrictivas (corporativas y patrimoniales) de la ciudadanía para ser parte del cuerpo electoral (gozar del derecho a elegir y ser elegido), la organización “municipalista” o “localista” de los procesos electorales y su tendencia a mantener el sistema jurídico tradicional de representación (p.e., equiparación de la noción colonial de “vecino” con el término republicano y liberal de “ciudadano”). Annino afirma sobre ese carácter de extraña amalgama de las normas electorales decimonónicas era la dificultad que constituyó cualquier sistema indirecto del siglo XIX, un complejo

y tenso compromiso entre tradición y cambio. Annino dice que en muchos casos “las juntas electorales de parroquia no fueron otra cosa que las antiguas juntas de vecinos mientras que las demás juntas de partido y de provincias crearon nuevos espacios con prácticas más modernas como el voto secreto e individual” (Annino, 1995: 17).

La elección indirecta del modelo gaditano era un mecanismo jurídico que articulaba la “dimensión corporativa” de la sociedad postcolonial y los principios del republicanismo y de la representación liberal (Chiaramonti, 1995: 325), donde el modelo gaditano “en lo fundamental no cambia a lo largo del siglo, muestra que en gran parte de Latinoamérica a pesar de que las élites miraron a Francia y a su cultura política, las leyes electorales ni dibujaron una ciudadanía verdaderamente individualista ni cortaron los lazos con las tradiciones coloniales” (Annino, 1995: 18).

La elección indirecta se dividía en tres fases o momentos: una primera etapa, donde los ciudadanos de parroquias (circunscripción electoral básica) elegían (ciudadanos con “voz activa”) un cierto número de electores (ciudadanos con “voz pasiva”), según el número de individuos o, algunas veces de manera restringida, de “vecinos” que habitaban en la parroquia a través de los “colegios electorales de parroquia”; una segunda etapa se producía cuando estos electores favorecidos en las parroquias (llamados “electores provinciales”) de una determinada provincia se reunían y elegían a los miembros de la municipalidad (funcionarios locales), a los diputados de la provincia, a los senadores del departamento o al presidente y a los dos vicepresidentes de la república; y, finalmente, una tercera etapa se desarrollaba con la calificación por el Congreso de la República de las actas electorales y la proclamación “nacional” posterior de la nueva autoridad política (Chiaramonti, 2002: 268-287).

La crítica principal proveniente de los intelectuales del siglo XIX y XX contra el modelo electoral gaditano fue la continua manipulación electoral del voto de los analfabetos, identificados como “indios”. La polémica Herrera-Gálvez sobre la capacidad jurídica de la raza indígena o de peruanos (“soberanía de la inteligencia”), la descripción de Manuel Vicente Villarán sobre las viciosas prácticas electorales (Villarán, 1962: 197-205) y los hechos de corrupción, clientelismo y violencia política en la funcionalidad de la elección de dos grados y en el ejercicio del voto de los analfabetos (Espinosa, 2001: 369; Basadre, 1980: 37-40; y 1983: III, 245-247), quedaron como argumentos a favor de la Ley Electoral de 1896, así como —en el caso contrario— de posteriores intentos de reforma electoral que incluían el voto de los analfabetos.

Momentos de definición constitucional fueron los períodos de 1931-1932 y de 1978-1979, períodos de grandes debates parlamentarios para la inclusión en la Constitución del derecho al sufragio de los analfabetos (Belaunde, 1966: 43-50; Patrón, 1978: 145-6; Rubio y Bernales, 1983: 297-300). Finalmente, en el siglo XX fueron derrotados los argumentos de la “soberanía de la inteligencia” y, posteriormente, la inclusión de los analfabetos como ciudadanos plenos de

derecho fue importante para un proceso de democratización de nuestro sistema político y de identificación con el Estado y con la idea de “nación peruana”. Sin embargo, actualmente, queda por reconocer si en la práctica el voto universal es la única vía legítima, válida y suficiente de la participación ciudadana, y que no tiene más límites que los “democráticos”. Es decir, por ejemplo, este sistema político, y por tanto el electoral, no contemplan aún las expectativas, demandas y exigencias de las colectividades y grupos comunitarios que habitan el Perú como son las comunidades campesinas, nativas y, especialmente, los pueblos indígenas, pese al lento reconocimiento del derecho de “cuotas” establecido en la Constitución de 1993.

Retomando el análisis del modelo electoral gaditano, en la Europa del siglo XIX, las críticas de juristas contra el sistema de elección indirecto se concentraban en el plano técnico jurídico. La principal crítica objetaba la poca representatividad que se conseguía del cuerpo electoral mediante la elección indirecta. Indudablemente, en muchos casos las elecciones indirectas arrojarían como resultado la representación de una minoría, a no ser que los electores (“electores provinciales”), sean elegidos por unanimidad. Es decir, si suponemos que cierta cantidad de sufragantes (cuerpo electoral de parroquia de 1000 personas) votan por cierta cantidad de electores (nueve electores provinciales) y son elegidos por mayoría (por dos terceras partes, es decir, por 6,666 votantes) y que estos electores voten a su vez por un representante nacional (diputado o senador) y éste sea elegido por mayoría (seis electores contra tres), entonces, en la primera votación 3,333 votantes no tuvieron representación; y en la segunda votación tres electores provinciales fueron minoría y no eligieron diputado nacional, representando estos tres electores a 2,222 votantes. Por lo tanto, 5,555 votantes, la mayoría del cuerpo electoral, quedó sin representación, ya que habiendo votado no pudieron designar a un representante (Navarro, 1885: 134-5). Podemos apreciar estas paradojas aún hoy, con el sistema electoral norteamericano de dos grados o elección de delegados por Estados de la Unión.

Asimismo, en este supuesto estamos descontando otros factores que afectan el resultado de las elecciones: las posibles abstenciones de votar, que no todos los que habitan en la parroquia tengan la capacidad del sufragio reconocida por la ley y que, por ejemplo, los electores designados por “unanimidad” en parroquias son minoría al momento de elegir representante (diputado, senador, presidente) en los colegios electorales de provincia. Todos estos factores colaborarían para que se produzca una constante en la elección indirecta: siempre se elige a la minoría, a una minoría local que produce ingobernabilidad y crisis en regímenes parlamentarios y presidenciales en el ámbito nacional.

La crítica más clara contra la experiencia europea de elecciones indirectas fue expresada por John Stuart Mill. Este filósofo político, renovador de la doctrina liberal por su propuesta de un gobierno representativo, expresaba aleccionadoras críticas —que el jurista peruano José María Quimper hace suyas— sobre los colegios electorales. Stuart Mill definía a los colegios electorales como:

“[...] un pequeño número de personas que haría la elección, prestaría más facilidades para la intriga y para todas las formas de corrupción, compatibles con la condición social de los electores. Los colegios electorales quedarían universalmente reducidos, bajo el aspecto de las facilidades que ofrecerían la corrupción, á la condición de pequeños mercados, bastando adquirir un cierto número de personas para tener la seguridad de la elección” (Stuart Mill, *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, en Quimper, 1887: 221).

Es más interesante observar las opiniones manifestadas por los juristas peruanos del siglo XIX en el propio transcurrir del modelo electoral gaditano. Desde un plano político, como hemos mencionado líneas arriba, acusaban a este modelo electoral de críticas que se concentraban en un menoscabo de la legitimidad de la votación indirecta:

1. La falta de identificación entre el cuerpo electoral y sus representantes.
2. La desconfianza entre el cuerpo electoral y las decisiones de los electores provinciales.
3. La ausencia de la responsabilidad política de los electores provinciales por no ser funcionarios administrativos permanentes.
4. La falta de representatividad de los colegios electorales como fiel expresión de la voluntad nacional.

El jurista peruano Manuel Atanasio Fuentes señaló algunos problemas de la elección indirecta. Sus críticas estaban dirigidas a la poca representatividad del cuerpo electoral y a la desconfianza entre este cuerpo de electores y las decisiones de los electores provinciales, ya que “la elección en dos grados supone una de dos cosas: ó que los electores primitivos delegan su derecho y, en este caso, aceptan representantes impuestos por las minorías, ó nombran á los electores de segundo grado bajo la condición expresa de que estos, á su vez, sufraguen por determinada persona en cuyo caso corren, desde luego, el peligro de ser traicionados, sin que aparezca la utilidad de esos dobles actos” (Fuentes, 1873: 156).

Otro jurista peruano y conspicuo liberal, José Silva Santisteban, también estuvo preocupado en la legitimidad de los colegios electorales provinciales y la falta de identificación entre el cuerpo electoral y la nación, porque “se sacrifica de ordinario ante un simulacro la genuina expresión de la voluntad nacional, poniendo el sufragio á merced de algún capitulero, audaz traficante. Para justificar tal sistema sería necesario suponer que la voluntad del colegio es en todo caso fiel expresión de la voluntad nacional, lo cual no es verdad” (Silva, 1874: 17).

Don José María Quimper, jurista liberal, estuvo preocupado por el juego político y las prácticas sociales que se producían en los colegios electorales provinciales mediante el clientelismo y la corrupción de electores provinciales porque “los colegios electorales pueden, en efecto, alterar la voluntad de sus poderdantes. Su reducido número se presta fácilmente á la corrupción y á los abusos”. Más adelante

agregaba que “la mayoría, además, no debe nombrar apoderados para actos que ella misma puede realizar y que, confiados á otros, ofrecen el inconveniente de no traducir fielmente sus determinaciones y su voluntad” (Químper, 1886: 38).

Cabe acotar la posición muy particular que sostuvo el liberal Juan Espinosa. Este conspicuo defensor de las ideas liberales afirmaba que la “elección directa sería la más genuina expresión de la voluntad del pueblo, suponiendo que cada ciudadano depositase en la urna electoral su propio voto, dado en conciencia y con conocimiento del sugeto a quien elejía; pero si va elegir por sugestión de otro y con una lista de nombres dictada por un partido o por los hombres del poder, su elección es indirecta, aunque la ley la califique de directa” (Espinosa, 2001: 369). Este autor criticó ambos sistemas, considerando “tan mala es una elección como otra”, tanto el sistema de elección directa por la falta de voluntad política y de conciencia ciudadana que se ve graficada en la manipulación de la votación en los “pueblos de indios” y el sistema de elección indirecta por “el mercado de los votos de los electores”; un mercado que se manifiesta en “un pueblo que vendió su voto directo por una peseta o un trago de aguardiente” y el elector provincial que:

“[...] vende el suyo por una onza o una docena de onzas al diputado, que lo vende por un empleo o una misión diplomática, o un negocio cualquiera, si no es tan tonto que lo da porque lo convidaron a comer en palacio, le apretó la mano el presidente o el ministro y le dijo *mi amigo*” (Espinosa, 2001: 370).

A estas críticas, debemos sumar los efectos de la duración del cargo o de la cualidad de elector provincial. A pesar de que los electores provinciales elegidos por las parroquias no eran funcionarios administrativos del Estado, sin embargo, en muchas leyes de elecciones tuvieron tal función por un plazo de dos años, por lo cual las élites locales controlaban continuamente todo un proceso electoral de renovación de los poderes del Estado. Así, por lo menos lo señalan claramente casi todas las leyes electorales:

#### Leyes reglamentarias de elecciones (plazos de cargo de electores provinciales)

Ley	Disposición sobre el plazo
Ley Reglamentaria de Elecciones a Diputados y Senadores de 1824	Art. 67.- “Estando prevenido por el art. 50 de la Constitución, que al día siguiente de la elección de diputados, esto es, después que ella se haya verificado, proclamará á la de senadores los mismos colegios electorales de provincia [...]”; y el artículo 74 hace referencia a una situación similar para los diputados departamentales.

Ley	Disposición sobre el plazo
Ley Electoral de 1828	Art. 66.- “Dos días después de la elección de diputados ó antes si fuese posible, se reunirán los colegios electorales de provincia á elegir un número doble de individuos para senadores [...]”; y artículo 76.
Ley Reglamentaria de Elecciones de 1834	Art. 70.- “La duración del cargo de elector para las elecciones de parroquia y de provincia es de dos años [...]” y art. 119.
Ley Reglamentaria de Elecciones de 1839	Art. 75.- “La duración de los colegios electorales es de dos años”.
Ley Reglamentaria de Elecciones de 1849	Art. 76.- “La duración de los colegios electorales es de dos años”.
Ley Reglamentaria de Elecciones de 1851	Art. 41.- “La duración de los colegios electorales de provincia es de dos años”.
Ley Orgánica de Elecciones de 1861	Art. 94.- “Estos colegios y los funcionarios municipales que ellos elijan, durarán solo hasta fines del presente año de 1861, en que deben estar organizados los colegios correspondientes al bienio de 1862 y 1863” (Chiaromonti, 1995, 325-6, y 2002, 280-1).

Fuente: CD Room del CIE-ONPE, 2002.

Todos estos argumentos son críticas contra el modelo electoral gaditano y las prácticas electorales que acarrearón las leyes del siglo XIX. Ello motivó que “a lo largo del siglo XIX y durante el siglo XX, la República peruana tuvo prácticas electorales malas y que la opinión pública no se expresó en los comicios por cauces limpios, salvo en 1872 y cuando ratificó voluntariamente situaciones creadas de hecho” (Basadre, 1983: X, 152).



### 3. Elecciones directas en el Perú del siglo XIX

Las elecciones directas en el Perú decimonónico no produjeron cambios sustantivos inmediatos en las prácticas sociales relacionadas con los procesos electorales —exceptuando las normas electorales de 1896—, empero, en su momento y en determinada coyuntura política, estas elecciones fueron utilizadas para legitimar la situación de poder de los distintos gobiernos de turno mediante las tradicionales prácticas electorales. Aún así, es necesario determinar las diversas funciones que pudieron tener las elecciones directas en cada caso.

Las elecciones son de naturaleza “semicompetitiva” cuando constriñen la participación política de los ciudadanos para reafirmar una situación de poder ya constituida (Nohlen, 1998b: 16-9). Estas elecciones de naturaleza “semicompetitiva” fueron utilizadas por regímenes autoritarios para reafirmar o legitimar las relaciones de poder ya constituidas (San Martín en 1822; Castilla en 1855, 1858, 1860; Prado en 1866) y permitir la oposición de facciones políticas (liberales y conservadores), sin menoscabar la hegemonía de estos regímenes existentes. Además, otra de las funciones de las elecciones directas se encontraría en la capacidad de distensión política en momentos de crisis de legitimidad, como ocurrió en los casos de Castilla en 1858 y 1860, y en el de Prado en 1866.

En la actualidad, constitucionalistas e historiadores peruanos no se ponen aún de acuerdo en señalar cuáles y cuántas fueron las elecciones directas del siglo XIX:

#### Elecciones directas decimonónicas

Elecciones directas según Valentín Paniagua	Elecciones directas según García Toma
Elecciones de 1822 (elección Primer Congreso Constituyente)	Considera que “en puridad” no hubo elecciones directas
Elecciones de 1855 (elección de la Convención Nacional 1855-1857)	Elecciones a la Convención Nacional de 1855
Elecciones de 1858 (una doble elección: elección presidencial de Ramón Castilla y de parlamentarios)	Elecciones presidenciales de 1859 Elecciones parlamentarias de 1859
Elecciones de 1868 (elección presidencial de Balta y parlamentarios)	No menciona nada al respecto
Elecciones de 1896 (elección de Piérola)	Elecciones presidenciales de 1896

Fuentes: Paniagua, 1995; García, 1999.

Según Paniagua, se realizaron excepcionalmente cinco procesos electorales de votación directa desde 1821 hasta 1900 (Paniagua, 1997: 112). Asimismo, el constitucionalista García Toma reduce “en puridad” la lista de las elecciones directas realizadas en el siglo XIX a cuatro ocasiones (García, 1999: 29; y 2002: 13). Ambos juristas, Paniagua y García Toma coinciden con Basadre en cuanto a la ineficacia de las elecciones de 1822, es decir, las elecciones de 1822 no fueron auténticas por la ocupación realista en algunas provincias de la sierra peruana, lo que imposibilitaba llevar a cabo las elecciones en esos lugares. Asimismo, ambos autores incluyen a las elecciones de 1896 en la lista de elecciones directas del siglo XIX.

Cabe precisar dos datos que señalan los juristas antes citados: primero, las elecciones presidenciales y parlamentarias de 1868, señaladas por Paniagua, realmente no fueron directas, sino indirectas; quizás este autor haga referencia a la elección del congreso constituyente de 1866; y segundo, las elecciones presidenciales y parlamentarias de 1859 que García Toma hace referencia, en realidad, son las elecciones presidenciales y parlamentarias de 1858. En sí, las elecciones directas se concentrarían en el período del régimen liberal castillista de 1855-1860.

Estas elecciones directas no hicieron un cambio sustantivo en las prácticas sociales relacionadas con los procedimientos electorales, empero, en su momento, fueron utilizadas para legitimar la situación de poder de los distintos gobiernos de turno (Gamboa, 2003b: 361). Frente a las propuestas de Paniagua y García Toma, proponemos una lista exhaustiva de procesos electorales de votación directa que incluiría las siguientes elecciones:

#### Elecciones directas en el siglo XIX

Proceso electoral de votación directa	Constituciones, leyes y reglamentos	Gobierno
Elección del Primer Congreso Constituyente (1822)	Reglamento de Elecciones de Diputados de 1822 (art. 21)	Protectorado de José de San Martín (03/08/1821-20/09/1821)
Elección del Cuarto “Congreso Constituyente” liberal (1855).	Decreto Ley de Reglamento de Elecciones para Diputados 1855 (art. 32)	Presidencia Provisoria de Ramón Castilla (05/01/1855-01/04/1857)
Elecciones presidenciales de Castilla y de la Convención Nacional liberal (1858)	- Constitución de 1856 (art. 37) - Ley de Reglamento de Elecciones de 1857 (art. 2)	- Presidencia Provisoria de Ramón Castilla (05/01/1855-01/04/1857) - Cuarto “Congreso Constituyente” liberal (14/07/1855-02/11/1857)
Elección de la Convención Nacional moderada (1860)		

Proceso electoral de votación directa	Constituciones, leyes y reglamentos	Gobierno
Elecciones presidenciales de Prado y del Quinto Congreso Constituyente liberal (1866)	- Decreto de Convocatoria a Elecciones Generales para Representantes al Congreso y a Presidente de la República de 28 de julio de 1866 (art. 2) - Constitución de 1867 (art. 39)	- Jefe Supremo Mariano Ignacio Prado (28/11/1865-12/10/1867)
Elecciones presidenciales de Pierola y parlamentarias (1896)	Ley Electoral de 20 de noviembre de 1896 (art. 6)	- Presidente Constitucional Nicolás de Piérola Villena (08/09/1895-08/09/1899)

Fuente: CD Room del CIE-ONPE, 2002; Basadre, 1983, III; Tuesta, 2001.

El cuadro anterior nos muestra los procesos electorales directos del siglo XIX, las leyes o constituciones que ampararon los mencionados procesos y los gobiernos en los cuales fueron promulgadas las normas electorales que incluían la votación directa. Con respecto a estas normas electorales, el constitucionalista Pareja Paz-Soldán llega a realizar una lista poco exhaustiva de los reglamentos electorales, relación que consideramos excluye sin motivo —quizás porque esta norma no tenía rango “formal” de ley—, el decreto de Prado de 1866.

Las elecciones parlamentarias que supuestamente debían ser mediante votación directa y que, al parecer, podríamos considerarlas “mixtas” son las elecciones de 1860. Cabe mencionar que ningún especialista en la materia las ha mencionado como tal, excepto la historiadora Gabriella Chiamonti (Chiamonti, 2002: 299-300). De otro lado, por obvias razones, la Constitución de 1867 no reguló la elección de 1866, ni durante su vigencia se produjo alguna elección presidencial o parlamentaria.

La Ley Electoral de 1896 es parte de otro período histórico de la legislación electoral peruana, fuera del modelo electoral gaditano (Chiamonti, 2002: 13-14), del cual no nos ocuparemos en este ensayo. En consecuencia, haremos algunas observaciones con respecto a las normas que establecieron elecciones directas dentro del modelo electoral gaditano, normas que son los instrumentos históricos para entender las aspiraciones políticas de una sociedad y comprender las prácticas sociales que se generan a través de éstas.

Lo central para realizar un análisis jurídico e histórico de las elecciones decimonónicas son las instituciones jurídicas emanadas de las leyes y reglamentos electorales. Ya en el siglo XIX, algunos juristas y políticos se habían percatado de la importancia de los reglamentos electorales y de su contenido (Fuentes, 1873:

160-1; Quimper, 1886: 39; y 1887: 222). Es en este contenido normativo en el que se expresan y se desenvuelven las prácticas locales electorales. En las leyes electorales de la “tradicción modernizante”, más que en las propias constituciones políticas, encontramos los consensos y las contradicciones entre el liberalismo decimonónico y la tradición colonial.

En consecuencia, las elecciones indirectas se desarrollaban mediante un cuerpo mediato (colegio electoral) que es elegido y se encuentra entre los electores “primarios” y los representantes. Distinto sucedió o sucede con las elecciones inmediatas o directas, donde el elector (votante) determina o identifica claramente a los titulares de la representación. En todo caso, las elecciones directas fueron una práctica política inusual y excepcional en el Perú del siglo XIX. La elección directa era considerada como un medio eficaz y correcto de expresión de la soberanía nacional:

“Resumiendo nuestra doctrina. Creemos que toda Nación, por el hecho mismo de existir, es soberana; que la soberanía no es sino el derecho de libertad aplicado á la Nación; que en uso de este derecho puede deponer en ciertos casos á sus gobernantes, y de un modo constante intervenir en su organización, eligiendo las personas que formulen esta organización, y aprobándola ó reprobándola; últimamente, que el sufragio debe ser directo y universal, secreto y libre, pues cualquiera modificación no es científica, sino política” (Silva, 1874: 25-26).

Esta elección directa no aseguraba la genuina manifestación de la voluntad popular por desconocimiento de la honestidad de los posibles “elegidos”. Pese a considerarse las elecciones directas como excepciones al modelo electoral gaditano, este modelo aún se mantenía como sistema que aglutina instituciones jurídico-electorales (Gamboa, 2003a: 195-197).

Las elecciones directas impidieron las criticadas prácticas del juego político en los colegios electorales provinciales, especialmente las dualidades de las actas parroquiales; sin embargo, fomentaron las tomas de mesas parroquiales porque era casi imposible “tomar” las juntas de escrutadores provinciales en las capitales de provincia —posteriormente se tomarían los colegios electorales de provincia y se producirían dualidades en colegios provinciales—:

“Entre nosotros, ha habido siempre sufragio indirecto hasta que la Convención Nacional restableció el directo; pero los ensayos no fueron satisfactorios: cometiéronse irregularidades y abusos; y vinieron en grande escala las *dualidades*, este vicio peculiar de nuestro país: he aquí porque el Congreso de 1860, renegando de su origen plebiscitario, reformó aquel artículo constitucional; eso sí, que tuvo la cordura de no prescribir en la Carta el voto indirecto; limitóse á declarar el derecho de sufragio, encomendando á una ley secundaria el arreglar su ejercicio. De manera que, sin alterar en nada la Constitución del Estado, podemos restablecer cualquier día la elección directa, punto objetivo á que deben

encaminarse nuestros esfuerzos, supuesto que está en pié y vicioso el vicio de las dualidades: como ántes se suplantaban actas, así se suplantan ahora colegios, y esto es mas grave todavía. El remedio ha de buscarse en otra parte" (Silva, 1874: 26).

A partir de esta etapa, los clubes políticos tuvieron que desarrollar una estrategia de mayor envergadura y comenzaron a conformarse las redes políticas de alcance provincial ("frentes electorales"). Poco después, nacen los partidos políticos y utilizan de tanto en tanto estas alianzas para los fines electorales.

### 3.1. Antecedente de las elecciones directas "liberales": el decreto del Protectorado de 1822

La primera elección del Perú independiente fue la convocada por el Protectorado de San Martín para la composición del Primer Congreso Constituyente del Perú (Tuesta, 2001: 621; Aljovín, 2001: 366). Se formó una Comisión de Constitución, formada por notables de Lima, sobre la base del artículo 3 del Decreto del Protectorado de 27 de diciembre de 1821 que "convoca para el 1 de mayo de 1822 el Congreso General Constituyente de departamentos libres para establecer forma de gobierno, aprobar la Constitución y establecer proyecto de elección de diputados". El constitucionalista peruano Pareja Paz-Soldán mencionaba que el origen legal de la elección de 1822 se debió a que "el general San Martín, por decreto de diciembre de 1821, refrendado por su ministro Monteagudo, convocó a un Congreso General Constituyente, cuyos objetivos sustantivos serían establecer la formación definitiva de Gobierno y dictar la Constitución que más conviniera a la nación". Más adelante agregaba que "se designó una Comisión que debería dictar el reglamento de elecciones y preparar el proyecto de Constitución", formada por autoridades judiciales, municipales y representantes del Protectorado y de la Iglesia Católica (Pareja, 1973: 44).

Esta comisión, que preparó y redactó el proyecto de reglamento electoral, estuvo conformada por representantes de la aristocracia limeña que "amalgamaron" en esta norma electoral, como sucedió con las demás normas promulgadas durante el Protectorado (Roel, 1982: 243), las prácticas tradicionales de las viejas jerarquías sociales con el nuevo lenguaje moderno liberal.

El resultado de la elección de 1822 no materializó un real poder constituyente (expresión de la "soberanía popular") ni un poder constituido (poder legislativo como "representante político de los ciudadanos") integrado por auténticos representantes de las provincias porque se produjeron designaciones en Lima (Basadre, 1980: 20; Aljovín, 2001: 367). Es decir, "la primera Asamblea Constituyente estuvo muy lejos de ser representativa", pasando por una representación "virtual" de los territorios sometidos por las huestes realistas (Chiaramonti, 2002: 223). Basadre dijo al respecto que "si se examina con objetividad la forma como fueron escogidos en 1822, tanto los representantes por los departamentos libres como

los suplentes nombrados con la finalidad de acoger a los ciudadanos de las zonas que aún no lo estaban, *se verificará que existió una notoria inautenticidad*" (Basadre, 1980: 19).

Los constitucionalistas Paniagua Corazao y García Toma coinciden en que el Reglamento de Elecciones del 22 de abril de 1822, que estableció el sufragio directo, tuvo un carácter excepcional y no fue eficaz porque "la ocupación española impidió ponerlo entonces en práctica" (Paniagua, 1997: 112; García, 1999: 29). La mayoría de los constitucionalistas e historiadores opinan que el proceso electoral de 1822 estuvo plagado de "designaciones" de Diputados (seudo representantes de las provincias con presencia de las "fuerzas realistas") realizadas por las autoridades patriotas en Lima y que, más aún, afirman que no se realizaron elecciones directas sino, más bien, indirectas (Aljovín, 2001: 366; Roel, 1982: 286). Caso muy particular es el que suscribe Virgilio Roel Pineda al afirmar que las elecciones de 1 de mayo de 1822 fueron elecciones indirectas donde los cabildos urbanos designaron a los grandes electores, que, a su vez, eligieron a los diputados para la Constituyente.

Sin embargo, según el reglamento electoral debieron llevarse a cabo elecciones directas, al menos, en algunas ciudades del Perú (Leguía, 1972: 403-92), sobre todo ello sucedió en Trujillo, Tarma, Huaylas, La Costa y Lima, departamentos liberados por los separatistas "patriotas" (Basadre, 1983: I, 2).

Se deduce de los sucesos en la primera elección del Perú independiente que las elecciones directas convocadas por San Martín tuvieron dos motivaciones: una primera era la legitimación, de manera rápida y efectiva, de la representación de nuestra soberanía (el Congreso Constituyente), es decir, "el rompimiento con el pasado y fundar un nuevo pacto social" (Aljovín, 2001: 364-365), dado que se constituía una nueva unidad política estatal mientras que varias provincias del Perú estaban aún en control de las huestes realistas. Una segunda motivación era legitimar la capacidad de las decisiones políticas que asumía el Protectorado frente al rechazo a los planes monárquicos de San Martín —manifestada en la posterior deposición de Monteagudo— y a la conjugación de un ambiente interno indiferente y un ambiente externo hostil —manifestada en la entrevista con Bolívar—. Es por estas razones que San Martín y la élite limeña decidieron establecer un sistema de elecciones directo y, posteriormente, por designaciones.

Prueba de la necesidad de una elección rápida y eficaz que fuera fuente de legitimidad al régimen de San Martín son las "instrucciones reservadísimas" remitidas al presidente del departamento de Tarma para que se favorezca en las elecciones de diputados a personajes favorables al gobierno patriota (Chiaromonti, 2002: 223 y 225). Estas instrucciones fueron parte de una política, junto con otras medidas, para asegurar la representación patriota, la estabilidad política del Protectorado y la continuidad de su proyecto político centrado en la Constituyente, frente al riesgo de la filtración en el cuerpo electoral de personajes de tendencia realista o de filiación monárquica española.

Lo interesante de este proceso electoral es la intención política de llevar a cabo elecciones directas a través del “Reglamento dado por el Supremo Delegado del Perú, sobre el Régimen que ha de observarse en las elecciones de diputados para el Congreso del Perú”, del 26 de abril de 1822, firmado por Torre-Tagle, por orden de Bernardo Monteagudo:

“Art. 21. El presidente de la votación y sucesivamente los escrutadores y los secretarios; y después los demás sufragantes se irán acercando a la mesa, en la que deberán hallarse colocadas dos urnas, con el objeto de que en la una se introduzcan los votos para diputados y propietarios, y en la otra para suplentes. Cada sufragante pondrá en la respectiva, la cedula o papeleta correspondiente en que irá escrito un número de personas, igual al de los diputados asignados a todo el departamento al que pertenece la parroquia; ya en razón de propietarios, ya en razón de suplentes”.

Asimismo, el reglamento de 1822 establecía que había un diputado por cada 15 000 habitantes. Lo complejo del nuevo sistema electoral, a pesar de ser más simple que el procedimiento electoral de 1812 (sistema electoral indirecto de cuatro grados), era el marco de las formalidades de la votación (registro cívico, boleto electoral, etc.). La participación de las élites locales es clarísima y amplia, y las instituciones tradicionales como los municipios son el sostén del procedimiento electoral. El rol autonómico que juegan las comunidades locales como fuente del derecho constitucional en esta primera elección, sin la presencia del gobierno central o nacional que las supervise (Chiaromonti, 2002: 225-226), es una constante que se repetirá en los demás procedimientos electorales hasta fines de siglo.

### **3.2. Primer marco electoral “liberal”: el decreto de Ureta de 1855**

A partir de la década de 1840, se produce un fenómeno de cohesión de las tendencias liberales en el Perú, a raíz de los intereses políticos, económicos y sociales que se generaron alrededor del guano (Gootenberg, 1997: 133 y ss; Aljovín, 2000: 313; Garibaldi, 2003: 12). El interés de los grupos sociales relacionados con la comercialización del guano en controlar al Estado peruano y asegurar una política económica liberal preparó el cambio de las leyes que aún contenían esa “extraña amalgama” entre lo antiguo y lo moderno, entre tradición colonial e innovación republicana, en que los elementos del pasado, como es la elección de grados o elección indirecta, se mezclan con la individualización del voto, la identificación del sujeto de derecho de las leyes electorales: el “vecino ciudadano”, “electores de provincia”, etc.

Un proceso similar, pero más breve que en América Latina, se vivió en la Francia revolucionaria (Gueniffey, 2001: 294). A inicios de la Revolución Francesa, las ideas liberales de la burguesía se fundieron en una “extraña amalgama” con la

situación de hecho, de poder y de respeto de las jerarquías del Antiguo Régimen. Sin embargo, las ideas liberales de la elección se acentuaron poco a poco en un sistema censatario de votación. Este sistema influyó en el sistema de elección peruano a partir de 1850.

La discusión de las propuestas de una reforma electoral tiene como antecedente la experiencia de las elecciones de 1850. En estas, tanto las propuestas de los candidatos a presidente, Domingo Elías, sustentadas en el programa del “Club Progresista” –forma embrionaria de partido político– y de Manuel Ignacio De Vivanco, sustentadas en su programa de acción, incluyeron el “sufragio directo” (Basadre, 1983: III, 267; Chiaramonti, 2002: 289). Estas propuestas estaban imbuidas en el vasto y profundo movimiento ideológico y social desarrollado por las ideas liberales provenientes de la Europa de 1848.

A inicios de la década de 1850, se inicia un nuevo proceso histórico-social en el Perú. Influenciado por un segundo proceso de industrialización internacional y por el contagio de la revolución liberal de 1848, el Perú comienza un proceso de modernización y de organización social, creándose asociaciones de todos los fines (culturas, sociales, políticas). Las asociaciones políticas, denominadas “clubes políticos”, otorgarían al proceso de elecciones un elemento de organicidad y publicidad al realizar estos clubes las campañas electorales de la segunda mitad del siglo XIX (Chiaramonti, 2002: 229 y 289). Sobre la base de estos “clubes políticos” se redactarían los primeros idearios políticos partidarios y, finalmente, se conformarían los primeros partidos políticos en el Perú que expresarían los distintos intereses de diversos sectores de las élites regionales y nacionales, una pléyade que se resumió en dos posiciones incontrastables: la élite de tendencia liberal y la élite de tendencia conservadora.

Dentro de esta tendencia de la organicidad social y política se produce la “irrupción liberal”. El origen de la Convención Nacional de 1855-1857 data del triunfo de Castilla –un contexto político favorable– y de la hegemonía de los liberales en la política peruana. Castilla, como gobernante de turno, no iba a perder en las urnas lo que ganó con la fuerza o la imposición mediante el “gobierno de la moralidad”, a lo cual “se apresuró a convocar una Convención Nacional”. El constitucionalista Pareja Paz-Soldán dice que Castilla:

“Se apresuró a convocar una Convención Nacional de Diputados, los que serían elegidos por sufragio directo –primera vez que se ensayaba ese sistema, adoptado más tarde en la Carta del 56, abolido en la del 60 y restablecido en 1896– para que dictara la Constitución y las leyes orgánicas que necesitaba la República. La Convención debía instalarse el 15 de junio próximo. El decreto de convocatoria fue firmado por Castilla y refrendado por Manuel Toribio Ureta” (Pareja, 1973: 90).

El Reglamento de Elecciones, decretado por el Libertador Ramón Castilla, presidente provisorio de la República, dado en Lima el 5 de febrero de 1855 y refrendado por Manuel Toribio Ureta, fue redactado por este último y promulgado por Ramón Castilla, que en esos momentos se autodeclaró presidente provisorio y



convocó a una Convención Nacional mediante elecciones directas, causando una ruptura histórica “formal” con el modelo electoral gaditano:

“Artículo 32.- Terminado este acto religioso [por la misa solemne de *Espíritu Santo*] irán los ciudadanos a la plaza de elecciones: se instalará la junta receptora de sufragios; y el que la preside anunciará que ha *llegado el momento de principiar la votación, en una sola cédula, para el diputado o los diputados propietarios y suplentes* que corresponden a la provincia”.

La mayoría de los constitucionalistas e historiadores concuerdan que las elecciones de 1855 fueron las primeras elecciones directas en el Perú en llevarse a cabo (Basadre, 1983: III, 319 y 324; Paniagua, 1997, 112; García, 1999, 29). Es ejemplificador lo mencionado por Pareja Paz-Soldán, quien considera que “por primera vez en nuestra historia se fue al sufragio directo universal, pues no se exigían los tradicionales requisitos de renta, profesión o saber leer y escribir. Los únicos excluidos de la votación fueron los exfuncionarios del gobierno de Echenique” (Pareja, 1973: 90).

El modelo del procedimiento electoral de votación directa establecido por el decreto redactado por Manuel Toribio Ureta era el siguiente:

#### **Etapas del procedimiento de elecciones directas (decreto Toribio Ureta de 1855)**

<b>I. Etapa preparatoria</b>	<b>Plazo: de 5 de febrero a 31 de marzo (art. 18)</b>
Convocatoria Primer órgano administrativo electoral:	Convocatoria señalada por el decreto de 1855 ordenando a prefectos iniciar la convocatoria a elecciones (art. 1) <hr/> La Junta Preparatoria, compuesta por el gobernador, juez de paz y el cura, elige la Junta Permanente encargada de formar el “registro de los ciudadanos en ejercicio” (art. 2)
Censo y registro electoral. Segundo órgano administrativo electoral: la Junta Permanente de Registro	La “Junta Permanente” está compuesta por “propietarios territoriales” y el juez de paz de la parroquia, y realiza el registro cívico y expide “los boletos de ciudadanía” (art. 3 y 12)

<b>II. Etapa constitutiva</b>	
	<b>Plazo: votación. 15 de abril a 15 de mayo (art. 48) Escrutinio: 15 de mayo, sin plazo de referencia</b>
Constitución del órgano electoral. Tercer órgano electoral: la Junta Momentánea Plazo de funciones:	La Junta Momentánea está compuesta por la Junta Permanente de Registro y jueces de paz de la parroquia, y lleva a cabo la elección de la Junta Receptora de Sufragios entre los ciudadanos sufragantes que se encuentren presentes en la plaza cívica (art. 24). De uno a dos días
Dirección de la votación. Cuarto órgano electoral: Colegio Electoral Parroquial o Junta Receptora de Sufragios	La Junta Receptora de Sufragios, compuesta por los ciudadanos sufragantes elegidos que se encontraban presentes en la plaza cívica y consta de presidente, dos secretarios y cuatro escrutadores, se encarga de admitir los votos para Diputados (arts. 24 y 25).
Verificación del registro electoral	El ciudadano irá hasta la junta receptora y le entregará su boleto para que sea verificado y confrontado con el registro cívico (art. 43).
Procedimiento de tachas a sujetos activos (no están incluidos en el registro)	Proceso público que decide la junta receptora en consulta con los ciudadanos presentes sobre la negativa de inscripción (art. 45).
Validez de la votación: Plazos de la votación:	2/3 de los ciudadanos inscritos en el Registro Cívico En un plazo mínimo de tres a ocho días máximo (plazo extraordinario: doce días) (arts. 38-41)
Escrutinio diario parroquial: Escrutinio general parroquial:	El escrutinio es diario y elevado a actas (art. 39) El escrutinio o el resultado general de las votaciones diarias (art. 46)
Levantamiento de Acta Electoral Final Parroquial para realizar el escrutinio provincial	Los secretarios de la junta receptora levantan el Acta Final Parroquial (art. 46) para remitir al Jurado Electoral y al subprefecto de la capital de la provincia (art. 47)
Publicación de las actas	Mediante carteles, periódicos y a viva voz (art. 47)
Escrutinio general provincial. Quinto órgano electoral: Jurado Electoral Provincial	El Jurado Electoral está compuesto por los presidentes de las juntas receptoras de parroquia y lleva a cabo el escrutinio provincial de la elección y proclama la elección de diputados (arts. 48-49).

<b>II. Etapa constitutiva</b>		<b>Plazo: votación. 15 de abril a 15 de mayo (art. 48) Escrutinio: 15 de mayo, sin plazo de referencia</b>
Instalación del Jurado Electoral	Lugar: la capital de la provincia (art. 48) Presidente provisorio: preside la Junta Receptora de la capital de la provincia (art. 51) Formalidad: el quórum de 2/3 partes de los presidentes parroquiales (art. 53) Sesión: permanente (art. 55) Elección de presidente y secretarios a viva voz (art. 56)	
Escrutinio. Procedimiento:	El presidente lee las actas de elecciones parroquiales y los demás miembros hacen de escrutadores. Se llegará a un resultado, proclamándose la elección de Diputados (art. 57). Elección de diputado cada 30 000 habitantes (art. 33).	
Calificación de Actas Electorales Finales Parroquiales	Los miembros pueden solicitar recontar los votos de las actas, examinarlas y rectificarlas (art. 58).	
Competencia Contenciosa Electoral del Jurado Electoral	Discusión sobre el escrutinio electoral, el jurado es el que resuelve (art. 59).	
Competencia Administrativa y Civil del Jurado Electoral	Calificación de medidas de seguridad (art. 66), faltas administrativas y civiles (art. 67)	
Levantamiento de Actas Electorales Finales Provinciales	Extensión de credenciales mediante copia de Acta Electoral Final Provincial por el jurado electoral para los diputados y para la prefectura del Ministerio de Gobierno (art. 63-64).	
Proclamación y reconocimiento de representantes	Por una comisión de miembros del jurado electoral en acto público (art. 61)	
<b>III. Etapa calificatoria</b>		<b>No existe mención detallada en el decreto de 1855</b>
Calificación de las Actas. Se produce una segunda proclamación en el ámbito nacional de representantes	La Convención Nacional considera y resuelve las calificaciones u observaciones sobre la validez de las actas parroquiales señaladas por los jurados electorales (art. 60).	

Fuente: Reglamento de Elecciones decretado por Ramón Castilla el 5 de febrero de 1855.

A pesar de las conocidas irregularidades de este proceso electoral —Basadre cita a Manuel Atanasio Fuentes y al diputado Evaristo Gómez sobre las irregularidades electorales (Basadre, 1983: III, 324)—, podemos revisar las cuestiones más resaltantes del decreto de 1855. Esta norma no establecía grados de votación ni asambleas de electores intermediarios entre el cuerpo electoral y los representantes (presidente, vicepresidente, diputados, senadores). Asimismo, el proceso era público y abierto, manteniendo cierta flexibilidad en la elección. Ello se demuestra en la elección de la Junta Preparatoria y de la Junta Receptora de Sufragios. Este último órgano tenía la capacidad de revocar, siempre que se plantease una solicitud de un ciudadano, la decisión de la Junta Permanente de Registro de no inscripción de algún ciudadano en el registro cívico. En realidad, este era el órgano electoral de “filtro social” en el procedimiento electoral. Indudablemente, el control del procedimiento electoral por este órgano, bajo la tutela de la prerrogativa legal, generó quizás la manipulación de las élites locales en las elecciones directas. Sin embargo, la *ratio legis* del decreto era que la composición de los órganos electorales (miembros propietarios) tuviera un “tinte burgués” y la cualidad para ejercer el derecho al voto fuera de carácter censatario.

También es interesante percibir que en este procedimiento existía la participación del gobierno central mediante los prefectos y las funciones de dirección en la convocatoria (art. 1), en la conducción de la Junta Preparatoria de Registro que elige a la Junta Permanente encargada de elaborar el registro (art. 2) y en las comunicaciones de las actas electorales (art. 47).

Finalmente, cabe acotar sobre el rol del juez de paz en la composición de los órganos electorales. Su función es poco clara, ya que puede responder a una circunstancia de prestigio social en la circunscripción local, como un buen y respetado “vecino” —los gobernadores o alcaldes de pueblos asumieron la función de los jueces paz desde los tiempos de San Martín— o como veedor legal del procedimiento electoral.

### 3.3. Segundo marco electoral “liberal”: la Constitución de 1856 y la Ley de Elecciones de 1857

Después de la elección directa de 1855, en la cual se eligió a los representantes de tendencia liberal para la Convención Nacional —vuelta Constituyente—, estos aprobaron la Constitución de 1856. Esta norma estableció por primera vez en el ámbito constitucional el sufragio mediante elecciones directas a través del artículo 37 al decir que “el sufragio popular es directo: lo ejercen los ciudadanos que saben leer y escribir, o son jefes de taller, o tienen una propiedad raíz, o se han retirado, conforme a la ley, después de haber servido en el Ejército o Armada”.

La Ley que Reglamenta las Elecciones se sancionó por la misma Convención Nacional mediante su presidente Manuel Toribio Ureta y sus secretarios José Luis Quiñones y Pío B. Mesa, en Lima, el 6 de febrero de 1857, y se promulgó el

20 de febrero de 1857 por el presidente provisorio Ramón Castilla, refrendada por Luciano María Cano. Esta ley amplió el cuerpo electoral al establecer el ejercicio del derecho del sufragio a los alfabetos, a los artesanos, propietarios y a los retirados de las fuerzas armadas al mencionar en su artículo 2 que “en las elecciones populares el sufragio es directo; lo ejercen los que saben leer y escribir, o son jefes de taller, o tienen una propiedad raíz, o se han retirado conforme a la ley, después de haber servido en el Ejército o Armada”.

Sin embargo, la Constitución liberal de 1856 tuvo una breve vigencia por la oposición de los conservadores y liberales moderados que, ciertamente, representaban a las élites regionales del norte y sur del país y que veían en la Constitución de 1856, tanto por el sufragio directo, el unicameralismo y la recreación de las Juntas Departamentales, una reducción de la representación de los grupos de poder regionales (Chiaramonti, 1995: 324). Asimismo, se consideró que la Constitución de 1856 produjo un proceso de centralización de las relaciones de poder; en el caso del procedimiento electoral, no se permitía el juego político de los colegios electorales provinciales y había una mayor presencia del Estado a través de los gobernadores, subprefectos y prefectos en la organización parroquial y provincial del proceso electoral.

A pesar de las irregularidades acusadas a las elecciones de 1858 llevadas a cabo bajo la ley electoral de 1857 (Basadre, 1983: III, 366), esta norma, de naturaleza orgánica —algunas leyes electorales eran orgánicas cuando regulaban la forma de proceder en las elecciones municipales, parlamentarias y presidenciales—, presentó una serie de innovaciones con respecto a la ley de 1855: establecía que las municipalidades conformaran el registro cívico o patrón electoral, continuando con la tradición municipalista de las elecciones indirectas (1825-1839), formalizó la constitución de las mesas receptoras de sufragio y, sobre todo, creó los jurados electorales de carácter local y provincial para el otorgamiento de las credenciales que certificaban la titularidad de la representación (Basadre, 1983: III, 340).

El procedimiento para elegir simultáneamente a diputados departamentales, diputados nacionales y autoridades municipales era el siguiente: las municipalidades estaban encargadas de conformar el registro cívico y expedir los boletos de ciudadanía (documento electoral); se iniciaba la convocatoria diez días antes de la fecha establecida para el sufragio mediante la publicación del procedimiento electoral. Después, la municipalidad llevaría a cabo el proceso electoral conformando la mesa receptora “parroquial” o de “distrito”:

“Art. 8. [...] una mesa receptora compuesta de un municipal, de dos ciudadanos que en el año anterior hubiesen ejercido algún cargo público, y de otros dos que se cuenten entre los veinte mayores contribuyentes al Estado”.

Este órgano iniciaba el proceso electoral el 10 de diciembre de 1857. La mesa receptora parroquial organizaría el proceso electoral con el registro cívico remitido por la municipalidad. Cada sufragante entregaría a la mesa su boleto de ciudadanía

y esta le entregaría una cuartilla para que vote, de manera pública y obligatoria, simultáneamente por las autoridades municipales, diputados departamentales y nacionales (art. 21). Todo este procedimiento, que duraba entre ocho y doce días, junto con el levantamiento de actas de escrutinio diario y de escrutinio final, sería registrado en un libro de actas de la mesa receptora (art. 23). Las copias del acta final de los resultados de la elección parroquial serían entregadas al jurado electoral, a la municipalidad y al “cuerpo encargado de calificar las elecciones según las leyes” (art. 30).

En un segundo momento, se conformaba, en el ámbito provincial, el órgano electoral, cuya función era realizar el escrutinio provincial: el Jurado Electoral Provincial (reunido en la capital de la provincia). Este órgano estaba compuesto por los presidentes de las mesas receptoras parroquiales de la provincia (art. 35), quienes proclamaban a las autoridades municipales y a los diputados departamentales y nacionales. En el caso de elecciones municipales, el Jurado Electoral era del municipio (art. 34). Asimismo, la proclamación de autoridades municipales era a partir del 26 de diciembre de 1857 y la de diputados departamentales y nacionales era a partir del 10 de enero de 1858.

Elegidos el presidente y los dos secretarios del jurado electoral, se abrían los pliegos que contienen las actas de elecciones parroquiales remitidas por los presidentes de las mesas, se leía y se realizaba el escrutinio o conteo de votos de las actas y finalmente se proclamaba la elección en favor de los ciudadanos que hubiesen obtenido la mayoría de votos requerida: el artículo 41 de la Ley Electoral y el artículo 45 de la Constitución de 1856 señalaban que por cada 25 000 habitantes se elegía un diputado.

Las copias del acta final de proclamación o del resultado final de la votación provincial se remitían a cada uno de los elegidos (“credencial”), al órgano que califique las elecciones (Convención Nacional para la representación nacional) y al archivo de la municipalidad donde se reunió el jurado (art. 46). Es en estos archivos donde se deben rastrear la información de las elecciones decimonónicas.

En el caso de la elección de presidente y vicepresidente de la República, el procedimiento electoral es similar a la elección parlamentaria, sin embargo, los resultados electorales contenidos en las actas de los jurados electorales de provincia se remitían a la Junta Departamental, al Ministerio de Gobierno y a la representación nacional a través de las municipalidades (art. 51).

Por otro lado, la calificación como una tercera etapa del procedimiento electoral es más que una breve referencia en esta ley. Los artículos 30 y 54 señalaban que esta etapa se llevará a cabo de todas maneras y en la cual se proclamará por segunda vez a las autoridades políticas elegidas o se impugnarán las actas provinciales, llegando a proclamarse a “nuevos” representantes.

Lo interesante de este procedimiento es la participación de las municipalidades provinciales o de capitales de provincia, instituciones donde convergen los intereses locales articulados de las élites provenientes de las parroquias.

La intervención de las municipalidades como entidad que interviene en la conformación del registro cívico y el lugar donde se ubican los órganos electorales (en algunos casos de parroquia y en las capitales de provincia, los jurados electorales), crea una serie de redes políticas necesarias que traspasan el ámbito de la parroquia hacia un mayor espacio de convergencia local, provincial, y hasta departamental.

Un aspecto que distingue los reglamentos electorales de 1855 y 1857 es el siguiente matiz: la amplitud, en este último, de las cualidades para ejercer el derecho del sufragio, ser alfabeto o jefe de taller, propietario o haber servido en el Ejército o la Armada (art. 2), amplitud que otorga a la población indígena el ejercicio del derecho al voto directo. Esta amplitud quizá generó rechazo por parte de las élites y autoridades locales ante la posibilidad de una directa participación política de los “indios” en un período constitucional (1858-1860). La intención de la Ley de 1857 era reducir el control político de las élites locales en el proceso de votación, así como el peso de sus votos en el conteo de votos, sin embargo, estas élites pudieron muy bien manipular a la “masa indígena” por el control político, social, cultural y económico que ostentaban.

Otro aspecto rescatable de esta ley electoral es que establece taxativamente tipos penales y sanciones para los que violentaban el procedimiento electoral. No sólo se señalaban sanciones administrativas y civiles establecidas por los órganos electorales, sino “responsabilidad penal” para los que intervenían indebidamente en la elección (arts. 57-62).

Bajo la Constitución de 1856 y la Ley Electoral de 1857 se produjeron dos elecciones: las de 1857-1858 y las de 1860. Esta última tiene un carácter especial en la historia republicana del Perú: fueron elecciones “mixtas” —por así decirlo—, es decir, infringiendo la Constitución y violando la Ley Electoral, se produjeron elecciones directas e indirectas de diputados en el mismo proceso electoral. Al parecer, la elección de 1860, vuelta plebiscitaria, fue de una amplia participación popular. Sin embargo, esta elección directa se tornó en indirecta cuando los jurados electorales (órganos escrutadores de las actas de parroquia) de varias provincias, en el proceso de escrutinio, decidieron elegir a un representante más porque consideraron que la provincia había aumentado de población y, por tanto, era “necesaria una representación más consistente de su provincia en el seno de la Convención Nacional”. Este procedimiento irregular fue tomado por el Congreso con cautela en su etapa calificatoria, porque produciría una deslegitimación de la nueva representación nacional, del procedimiento electoral y del propio gobierno, por lo cual se decidió validar estas elecciones (Chiaramonti, 2002, 299-300). La fuerza de las prácticas sociales de la elección indirecta, junto con las fuerzas conservadoras, se impusieron de hecho a las reformas liberales del período castillista.

### 3.4. El retorno liberal: el decreto de Prado de 1866 y la Constitución de 1867

La Ley Orgánica de Elecciones sancionada el 4 de abril de 1861 por el Congreso Nacional y promulgada por Ramón Castilla, de 13 de abril de 1861 había retornado a la elección indirecta, derogando la Ley de Elecciones de 1857 (Pareja, 1973: 375). La Ley de 1861, sancionada por la Convención Nacional –denominada por Basadre el “Congreso Constituyente conservador moderado” 1860 a 1862–, fue derogada, posteriormente, por el Decreto que convoca a elecciones parlamentarias y presidenciales de Mariano Ignacio Prado<sup>53</sup>. Este decreto inició un periodo de reformas legales conocidas como “la reacción liberal de 1866” y que modificó, especialmente, el proceso de elección indirecta.

El decreto de Prado y la Constitución de 1867 son las normas legales que instituyen la elección directa nuevamente en el Perú. La Constitución de 1867 sólo estuvo en vigencia del 29 de agosto de 1867 a enero de 1868, o sea menos de cinco meses (Pareja, 1973: 121); sin embargo, marcó un retorno al constitucionalismo liberal, ya que “es en gran parte copia de la Carta de 1856, pero mucho más avanzada, extremada y radical”. El constitucionalista peruano Pareja Paz-Soldán cita a Basadre al decir que la Constitución de 1867 está “inspirada en el espíritu y en el contenido de la de 1856” y “fue bastante más lejos que su modelo”. Después, agrega el constitucionalista con respecto a las principales modificaciones con respecto a las similitudes con la Constitución de 1856 son que “vuelve al sufragio popular directo, concediéndolo a todos los ciudadanos en ejercicio, a partir de los veintiún años” (Pareja, 1973: 119).

En 1867 se sucedieron diversos gobiernos de carácter liberal, como el Congreso Constituyente, la presidencia provisoria de Prado y la posterior presidencia interina de La Puerta. Durante la dictadura de Prado (1865-1867) y hasta la caída del régimen liberal, el gobierno promulgó una legislación de “tinte liberal” (Basadre, 1983: V, 19-58). La importancia de la reforma constitucional liberal en materia electoral radica en el retorno al sufragio mediante elecciones directas. El artículo 39 de la Constitución de 1867 señalaba que “el sufragio popular es directo: gozan de este derecho todos los ciudadanos en ejercicio”.

Valentin Paniagua es el único autor que recoge, con alguna imprecisión, el proceso electoral liberal de 1866 en la lista de elecciones directas del siglo XIX; sin embargo, la mayoría de los historiadores y constitucionalistas no toman en cuenta este proceso como elección directa (Pareja, 1973: 375), porque consideran que el “Congreso Constituyente de 1867 salió de la nada” (Basadre, 1980: 31). El decreto de convocatoria a elecciones generales del 28 de julio de 1866 decía en su

53 “Decreto convocando a Elecciones Generales para Representantes al Congreso Constituyente y a Presidente de la República”, que promulgó Mariano Ignacio Prado, jefe supremo provisorio de la República, el 28 de julio de 1866, refrendado por José María Quimper.



artículo 2 que “los representantes del Congreso constituyente, y el presidente de la República, serán elegidos directamente por los pueblos”.

El Decreto de Prado era una copia de la Ley Electoral de 1857. Esta norma, mucho más expeditiva en los plazos, establecía lo siguiente en cuanto al procedimiento electoral:

### **Etapas del procedimiento de elecciones directas (decreto de Prado 1866)**

<b>I. Etapa preparatoria</b>	<b>Plazo: de 28 de julio a 22 de octubre (arts. 1 y 15)</b>
Convocatoria: 28 de julio a 15 de octubre Primer órgano administrativo electoral: la Junta Momentánea	Convocatoria señalada a “todos los pueblos” a elegir representantes y presidente (art. 1) <hr/> La Junta Momentánea compuesta por el gobernador, juez de paz y tres vecinos mayores contribuyentes que elegirán la Junta Electoral encargada de formar el registro (art. 12).
Censo y Registro Electoral: 15 de octubre a 22 de octubre Segundo órgano administrativo electoral: La Junta Electoral	La Junta Electoral está compuesta por vecinos notables por su “buen juicio y honradez” (art. 13), cuya función es conformar una lista pública de ciudadanos residentes contribuyentes (art. 15).
Procedimiento de tachas	Se establece un período de tachas y correcciones a las inscripciones de la lista o registro electoral (art. 16).
Conformación del Registro Electoral	Lista electoral de ciudadanos aptos para votar Lista electoral de ciudadanos indebidamente omitidos Lista electoral de ciudadanos indebidamente inscritos
Expedición de boleta	La Junta Electoral expide recibos electorales (art. 20). Estos son: recibo de contribución (apto para votar) boleto de excepción (impedido de votar)

<b>II. Etapa constitutiva</b>	<b>Plazo de votación: votación de 23 a 30 de octubre (art. 21) Prórroga: hasta el 5 de noviembre Escrutinio: 30 de noviembre (término máximo: 15 de febrero)</b>
Dirección de la votación	La Junta Electoral se encarga de admitir los votos para diputados y presidente (arts. 21-24).
Verificación del Registro Electoral	El ciudadano irá hasta la mesa de la Junta Electoral y le entregará su recibo de contribución o boleto de excepción para que sea verificado y confrontado con el registro cívico (art. 26).
Escrutinio Diario Parroquial: Escrutinio General Parroquial:	El escrutinio diario es elevado a Actas (art. 30) El escrutinio o el resultado general de las votaciones diarias se levanta en un Acta Final Electoral Parroquial (art. 30).
Documentos electorales: Se incluye dentro del libro de actas ("en un paquete cerrado")	Los miembros de la Junta Electoral levantan las actas (art. 30) para remitir a la Junta Escrutadora de la capital de la provincia y al Congreso de la República (art. 34). Se remite: Votos Recibos y boletos de excepción de la contribución personal Actas diarias y final del escrutinio distrital (parroquial) Estos son los únicos documentos de las elecciones
Levantamiento de Acta Electoral Final Parroquial. Verificación del procedimiento electoral	Verificar las actas de sesiones anteriores Regulación de los sufragios emitidos Levantamiento del Acta Final Parroquial (art. 32)
Publicación del Acta Final Parroquial	Mediante carteles, periódicos y a viva voz (art. 32-33)
Escrutinio General Provincial Tercer órgano electoral: Junta Escrutadora	La Junta Escrutadora de la capital de la provincia lleva a cabo el escrutinio provincial de la elección y proclama la elección de diputados (arts. 35).
Instalación de la Junta Escrutadora de la capital de la provincia	La Junta Escrutadora de la capital de la provincia está compuesta por los miembros de la Junta Electoral del distrito de la capital de la provincia y cuatro ciudadanos de honradez y buena reputación, elegidos por ella de entre los mayores contribuyentes de la capital de esa misma provincia (arts. 35).

<b>II. Etapa constitutiva</b>		<b>Plazo de votación: votación de 23 a 30 de octubre (art. 21)</b> <b>Prórroga: hasta el 5 de noviembre</b> <b>Escrutinio: 30 de noviembre (término máximo: 15 de febrero)</b>
Escrutinio. Procedimiento:	Verificación de las actas electorales finales de las parroquias. Regulación general de los sufragios de la provincia. Extensión o se levanta el acta final provincial de resultado de las elecciones (art. 35).	
Levantamiento de Acta Electoral Final Provincial donde consta número de sufragios emitidos	Extensión del Acta Final Provincial de resultado de las elecciones. Copia del acta a la Subprefectura. Copia del acta al prefecto del Departamento. Copia del acta al secretario de Gobierno. Copia del acta al presidente del Congreso. Copia del acta a la Dirección de Contribuciones. Copia del acta a los electos o "credenciales" (art. 38).	
Proclamación y reconocimiento de representantes	La Junta Escrutadora declara y proclama a los representantes propietarios y suplentes y publica el resultado de la elección en la provincia para presidente de la República (art. 37).	
<b>III. Etapa calificatoria</b>		<b>No existe mención extensa en el Decreto de 1866</b>
Calificación de las actas	Concordar con la Constitución de 1860 (Basadre, 1983, V, 40)	

Fuente: Decreto Convocando a Elecciones Generales para Representantes al Congreso Constituyente y a Presidente de la República, promulgado por Mariano Ignacio Prado, el 28 de julio de 1866.

Lo peculiar de este procedimiento electoral son los plazos expeditivos en cada fase electoral, debido a la coyuntura política del régimen de Prado. La elección simultánea de un presidente constitucional y una asamblea constituyente fue duramente criticada en su momento. Asimismo, el recibo de contribuciones permaneció como documento electoral. Ciertamente, las tres listas del registro cívico aclaran mucho el procedimiento electoral y son un tipo de control de la identidad de los sufragantes.

Las contribuciones personales (decreto de 20 de enero de 1866) fueron uno de los temas álgidos durante el gobierno de Prado. La resistencia de esta política tributaria fue total, porque se gravó de impuestos a muchas clases sociales (agricultores, mineros, propietarios urbanos, etc.). Asimismo, se estableció como cualidad de sufragio presentar el recibo de contribuyente, situación que obligaba a cumplir con sus impuestos a los ciudadanos. Ciertamente, la boleta de contribuyente

fue una forma de presionar y controlar a la oposición política del régimen de Prado (Basadre, 1983: V, 27 y 43). En consecuencia, este instrumento legal es una muestra del cambio de las “cualidades de la votación”: pasamos del “buen vecino” de la visión gaditana al “vecino burgués” del liberalismo decimonónico, específicamente, del liberalismo de la Europa de 1848 (el criterio “censatario” de elección y el criterio “patrimonialista” de libertad).

El control político del gobierno es clarísimo a partir de la composición de la Junta Momentánea (dirigida por el gobernador de distrito) que elige a la Junta Electoral (organizadora del procedimiento electoral parroquial) y la asunción de funciones de la Junta Escrutadora Provincial que está compuesta por la Junta Electoral de la capital de la provincia (dirigida por el gobernador o subprefecto, representante del gobierno). En consecuencia, el control político del gobierno de Prado sobre las elecciones se manifestaba en el control de los órganos electorales a través de los gobernadores (funcionarios del gobierno) y en la identificación de los sufragantes mediante las boletas de contribuyentes. Cabe acotar, en ese sentido, que el artículo 38 menciona en su párrafo final que “el Secretario de Estado en el Despacho de Gobierno, Policía y Obras Públicas queda encargado del cumplimiento del decreto de 1866”.

Después de la dimisión de Prado y la posterior renuncia de La Puerta a seguir con el régimen interino a raíz del movimiento subversivo conservador proveniente de Arequipa en 1867, Pedro Diez Canseco se hace cargo del gobierno a inicios de 1868 —cabe acotar que Basadre y Tuesta no concuerdan en fechas al respecto—. Este gobierno expide decretos restableciendo la vigencia de la Constitución de 1860 y la convocatoria a elecciones presidenciales y parlamentarias conforme a la ley electoral de 1861 mediante decreto de 6 de febrero de 1868 (Basadre, 1983: V, 73 y 81; y 1980: 31; Tuesta, 2001: 33). En consecuencia, finaliza un breve período de reformas liberales que se inició con el decreto de 1866, ante el cual solo se llevó un proceso electoral (elecciones de la Constituyente de 1867 y la elección presidencial de Mariano Ignacio Prado).

A pesar de la comprensión del modelo electoral gaditano, las elecciones directas de 1855-1860 hacían suponer un cambio en una mayor participación política de una incipiente burguesía aliada (élite política de alcance nacional) a intereses extranjeros y una menor participación política de grupos representados por terratenientes “conservadores” y “respetables vecinos”, es decir, las élites locales que no venían con buenos ojos los cambios de las reglas de elección y de las cualidades para votar, lo cual produciría una división política y social hasta bien finalizado el siglo XIX.

## CONCLUSIONES

La historia del derecho en el siglo XIX está construyéndose. Creemos que muchos de los problemas sociales irresueltos en esos tiempos se presentan como dolores de cabeza en nuestra contemporaneidad. Si la República creaba una nueva forma de organizarse social, política y jurídicamente, no pudo solucionar sino más bien agravar los cuestionamientos de exclusión y desigualdad social, ahora fomentado por el propio derecho decimonónico.

En esta línea, el derecho público es poco conocido y estudiado por nuestros juristas. Encontraremos muchas respuestas sobre cómo se desenvuelve el derecho actual mediante el estudio del derecho de los primeros decenios de la República del Perú. Ciertamente, el derecho público decimonónico es un conjunto de normas que se distingue por la influencia liberal y la extraña amalgama con la tradición jerárquica social de la Colonia. El principio de la primacía de los notables es una constante que dirige el régimen representativo y la construcción de un derecho constitucional, administrativo, etc. Los otros casi no contaban, si no para raras ocasiones.

En el caso del derecho electoral, los constantes cuestionamientos del derecho electoral actual pueden responderse a través de las instituciones electorales del siglo XIX: los filtros electorales históricos que, si bien cambian con la apertura constitucional de 1979 mediante el sufragio universal, se mantienen en el juego político por la representación y en el imaginario colectivo de la sociedad. La democracia y sus instituciones no son una tradición social y cultural arraigada en espacios locales y nacionales que produzca una dotación cultural ("confianza social") entre los distintos grupos sociales. Quizás en los últimos 20 años esto haya cambiado, pero prácticas como "el pan y circo" aún se replican en sus versiones más modernas.

Las elecciones del siglo XIX son parte de esta tradición huérfana de confianza social. Podemos dividir el proceso histórico electoral gaditano del siglo XIX en dos fases: un primer período (1821-1855) del derecho electoral de tendencia "tradicional", de fuerte impregnación gaditana, del cual el liberalismo político poco a poco intenta desembarazarse hasta conseguirlo, y un segundo período del derecho electoral de tendencia "censataria" (1855-1895) que tiene como corolario las leyes de Piérola, las cuales recogen los intentos de reforma electoral de la última mitad de siglo XIX. Como hemos dicho, es en el derecho electoral decimonónico donde podemos encontrar la extraviada idea de "nación" en el Perú y el propio extravío que sufren sus élites, los viejos "oligárquicos" y la incipiente "burguesía nacional".

Las elecciones directas en el Perú decimonónico no se pueden explicar como un simple capricho liberal sino deben apreciarse desde una serie de factores sociales, económicos y políticos convergentes en las reformas electorales de la década de 1850. El ambiente donde se desarrollaron las reformas electorales de 1855 estaba influido por el fenómeno del guano. Es decir, alrededor de la exportación del guano se aglomeraron intereses de capitales extranjeros y se organizó una burocracia civil y militar, distinta a la de la independencia, la cual buscó una mayor presencia del Estado peruano en su propio territorio.

Las necesidades sociales, económicas y culturales de la élite criolla limeña se centraron en establecer un espacio nacional donde se debatieran los intereses nacionales. Esta nueva élite, limeña y costera, de “alcance nacional”, veía las elecciones indirectas -y a los continuos procesos electorales que llevaban a grupos sociales de terratenientes, proteccionistas y conservadores al Congreso- como obstáculo para lograr la modernización de la economía, la estabilización de las instituciones, la gobernabilidad, el crecimiento económico y la reforma del estado. Era necesaria una centralización del poder estatal y de la forma de representación a través del proceso electoral.

La elección directa era una forma de detener la fragmentación territorial que las élites locales producían mediante las elecciones indirectas y su vigorosa autonomía local. La elección directa era, pues, una forma de establecer un espacio nacional, utilizando la tradición municipalista en el ámbito provincial y obteniendo mayor presencia de las élites de alcance nacional o centralistas (limeña, costera y de capitales de provincia) en el procedimiento electoral.

En la primera elección del Perú independiente (1822), podemos afirmar que las elecciones directas tuvieron la motivación de legitimar de una manera más rápida y eficaz una representación de nuestra soberanía (el Congreso Constituyente). En dos casos posteriores (Castilla y Prado), luego de una época de luchas entre dos bandos, la legitimación política del vencedor era convocar a elecciones directas para asegurar aún más su poder o sus redes políticas mediante la voluntad casi directa, casi uniforme, de todos los ciudadanos.

Las reformas de 1855 son parte de la “revolución” de una incipiente élite burguesa que busca centralizar la elección para beneficiarse con su prestigio y legitimidad. El llamado “capricho liberal” es un intento consciente de esta nueva élite por controlar al Estado y restarles poder político a los grupos regionales conservadores. Sin embargo, la intención liberal de romper con las prácticas electorales de clientelismo y corrupción desarrolladas en los colegios electorales provinciales se detuvo con el riesgo de la manipulación del voto de los “indios”. Al proponerse realizar la votación más expeditiva, se produjeron dos hechos: la realización de campañas electorales mucho más intensas, organizadas y extensivas a todo el territorio nacional —por lo menos, en los centros de poder regional— y, como contraparte, la centralización de la organización electoral a los centros de convergencia del gobierno central: las capitales de provincias.

A raíz de la irrupción del modelo electoral liberal de la década de 1850 (Gamboa, 2003a: 182), se produce una serie de cambios en las reglas formales y no formales del juego electoral. Uno de los cambios más evidentes de esta etapa es el proceso de convivencias y alianzas entre los clubes y partidos políticos cuya base eran las relaciones personales, familiares y patrimoniales de las élites y cuyo eje era el comercio y el control de espacios locales con mayor preponderancia, como son las capitales de provincia y de departamento, especialmente en las ciudades de la costa. Junto a estos cambios del juego electoral, se produjeron otros cambios en las normas electorales que sobrevivieron al período liberal de 1850. Las elecciones directas no sobrevivirían después del período electoral 1855-1860, sin embargo, otras instituciones electorales como el rol de los prefectos y de los presidentes de los órganos electorales se mantuvieron hasta finales del siglo XIX.

Tres elementos de la reforma electoral fueron utilizados con esta intención: la participación del Estado en la organización del procedimiento electoral parroquial y provincial a través de los gobernadores, prefectos y subprefectos<sup>54</sup>; la ampliación del voto con cualidades censatarias, y la elección directa. Elementos que deberán atenderse cuando se analicen las elecciones directas de 1855-1860 es el fenómeno social y censatario de la ampliación del voto. Esta ampliación era una forma de reconocer, por lo menos en 1855 y 1866, la amplia participación popular en las sublevaciones contra los regímenes anteriores. La amplitud del voto tornaba difuso el prestigio de las élites locales y las campañas políticas de los liberales y las campañas militares de Castilla (1855 y 1858) se favorecían con esta ampliación del voto en las elecciones directas.

Las elecciones directas, a pesar de los supuestos abusos que se pudieron cometer (Basadre, 1983: III, 388), fueron más igualitarias en cuanto a la participación política que ejercían los notables o las élites locales. Sin embargo, el centralismo que generaron las elecciones directas fue mayor a tal punto que en 1861 ya no se pudo volver atrás y las capitales de provincia, la élite limeña o costeña ostentaba mayor poder político que muchas ciudades de la Sierra, en suma, que las élites locales tradicionales en el control del procedimiento electoral.

Los intentos por evitar que el derecho constitucional recayese en las élites locales fueron infructuosos, porque se mantuvo en el procedimiento electoral directo la circunscripción electoral "parroquial". En consecuencia, un factor fundamental para la inoperatividad de las elecciones directas fue que se preservaron los espacios locales y sus propias prácticas electorales. Muy poco servía que fueran las elecciones directas o indirectas, ya que la estructura de dos grados fue cambiada por la de dos fases: mesa receptora electoral y jurado electoral provincial. El principio de notables que legitimaba las elecciones se mantuvo a pesar de que la decisión política recayese en el cuerpo electoral.

54 Los registros electorales estaban compuestos por representantes del gobierno y ciudadanos "propietarios" (cualidades censatarias) a las cuales no solamente los notables o buenos vecinos "tradicionales" podían acceder.

Las propias provincias, en las elecciones de 1860, reclamaron una mayor representación. Las élites locales entendían que la representación nacional era una suma de representantes de cada provincia. El espacio fragmentado de la soberanía y de la representación política se mantenía a pesar de las elecciones directas. El único cambio que se inició con estas elecciones fue el proceso de aglutinamiento alrededor de los municipios de las capitales de las provincias, creándose redes políticas mucho más complejas que restaban un peso social a los colegios electorales de parroquia y centralizaban las prácticas electorales. Podríamos concluir que los cambios procedimentales o legales no afectaron en esencia las prácticas electorales desplegadas en el siglo XIX, es decir, en el caso de los indios, ellos seguirían ejerciendo el voto, siempre y cuando tributaran o tuvieran legalmente una propiedad, la única forma de ser considerados sujetos de derechos en el derecho electoral decimonónico.



# BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR Gil, Roisida

2002 *Las elecciones de hace un siglo: la Junta Electoral Nacional de 1896-1912*. Lima: Centro de Investigación Electoral-Oficina Nacional de Procesos Electorales.

ALJOVÍN DE LOSADA, Cristóbal

2000 *Caudillos y constituciones. Perú: 1821-1845*. Lima: Fondo de Cultura Económica / Instituto Riva Agüero.

2001 "La Constitución de 1823". En Scarlet O'Pelan (comp.), *La Independencia del Perú. De los Borbones a Bolívar*. Lima: Instituto Riva Agüero.

ANNINO, Antonio (compilador)

1995 *Historia de las elecciones en Iberoamérica, siglo XIX. De la formación del espacio político nacional*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

ARAÚJO RENTERÍA, Jaime

1999 *Principios de Derecho Constitucional*. Bogotá: Mc GrawHill.

BASADRE, Jorge

1980 *Elecciones y centralismo en el Perú. Apuntes para un esquema histórico*. Lima: Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico.

1983 *Historia de la República del Perú, 1822-1933*. XI tomos. 7ª ed. Lima: Editorial Universitaria.

BELAUNDE, Víctor Andrés

1966 *El debate constitucional, discursos en la Asamblea 1931-1932*. Lima: P.L. Villanueva.

BIELSA, Rafael

1959 *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma.

BRAUDEL, Fernand

1990 *La Historia y las Ciencias Sociales*. Madrid: Alianza Editorial.

BURKE, Peter

1994 *Formas de hacer Historia*. Madrid: Alianza Editorial.

CHÁVEZ LÓPEZ, Danny

2002 *Jurado Nacional de Elecciones: 71 años en la historia del Perú*. Lima: Jurado Nacional de Elecciones.

CHIARAMONTI, Gabriella

1995 "Andes o nación: la reforma electoral de 1896 en Perú". En Antonio Annino (comp.), *Historia de las elecciones en Iberoamérica, siglo XIX. De la formación del espacio político nacional*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

2002 *Suffragio e Rappresentanza nel Perú dell'800. Parte Prima: Gli Itinerari della Sovranità (1808-1860)*. Turín: Otto Editore.

DE CABO DE LA VEGA, Antonio

1994 *El derecho electoral en el marco teórico y jurídico de la representación*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

DE TRAZEGNIES, Fernando

1992 *La idea de derecho en el Perú Republicano del siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

DÉMELAS-BOHY, Marie-Danielle

2003 [1992] *La invención política. Bolivia, Ecuador y Perú en el siglo XIX*. Lima: Instituto Francés de Estudios Andinos / Instituto de Estudios Peruanos.

DÍAZ ZEGARRA, Walter *et al.*

2001 *70 aniversario del Jurado Nacional de Elecciones (fecha de aniversario del JNE)*. Lima: Jurado Nacional de Elecciones.

DÍEZ DEL CORRAL, Luis

1984 *El liberalismo doctrinario*. 4ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

DUBY, G.

1988 *Diálogo sobre la historia*. Madrid: Alianza Editorial.

ESPINOSA, Juan

2001 [1853] *Diccionario republicano*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú / University of The South-Sewance. Estudio Preliminar Carmen Mc Evoy.

FEBVRE, Lucien

1993 *Combates por la historia*. Barcelona: Planeta.

FORERO, Óscar

1998 "La educación ciudadana: un nuevo deber ser". *Revista Nómadas*, 9. Bogotá.

FUENTES, Manuel Atanasio

1873 *Derecho constitucional filosófico*. Lima: Imprenta del Estado.

1874 *Derecho constitucional universal e historia del derecho político peruano*. Lima: Imprenta del Estado.

GAMBOA BALBÍN, César Leonidas

2003a “¿Excepciones al modelo electoral gaditano?: las elecciones directas en el Perú del siglo XIX”. *Elecciones de la ONPE* (Lima), año 2, 2.

2003b “La periodificación electoral y las elecciones directas en el Perú decimonónico: tras los pasos de Jorge Basadre”. *Ius et Veritas*, 27, año XIII, 27. Lima.

GARCÍA TOMA, Víctor

1999 “Sufragio y sistema electoral”. En *Sistema Electoral del Perú, Primer Seminario de Coordinación Interinstitucional del Sistema Electoral. Ponencias y Conclusiones*. Lima: Horizonte.

2002 “Propuesta Ilustre Colegio de Abogados de Lima, opinión institucional elaborada por el doctor Víctor García Toma”. En *Razones para una unificación. opiniones y análisis de juristas. Jurado Nacional de Elecciones*. Lima: Colegio de Abogados de Lima.

GARIBALDI, Rosa

2003 *La política exterior del Perú en la era de Ramón Castilla*. Lima: Fundación Academia Diplomática del Perú.

GOOTENBERG, Paul

1997 *Caudillos y comerciantes. La formación económica del Estado peruano 1820-1860*. Cusco: Bartolomé de las Casas.

GUENIFFEY, Patrice

2001 *La Revolución Francesa y las elecciones. Democracia y representación a fines del siglo XVIII*. México: Fondo de Cultura Económica / Instituto Federal Electoral.

LAZARTE, Jorge

1998 “La votación (incluido el voto de los analfabetos)”. En Dieter Nohlen, Sonia Picado y Daniel Zovatto (comp.), *Tratado de derecho electoral comparado en América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica.

LEGUÍA Y MARTÍNEZ, Guillermo

1972 “Historia de la Emancipación del Perú: el Protectorado”. *Colección Documental de la Independencia del Perú*, vol. VII. Lima: Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú.

LLOYD, Dennis

1983 *The Idea of Law*. Middlesex: Penguin Books.

MANIN, Bernard

1998 *Los principios del gobierno representativo*. Madrid: Alianza Editorial.

MÜCKE, Ulrich

1999 "La desunión imaginada. Indios y nación en el Perú decimonónico". *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas*, 36.

NAVARRO AMANDI, Mario

1885 *Estudios sobre procedimiento electoral*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.

NOHLEN, Dieter

1998a "Introducción". En Dieter Nohlen, Sonia Picado y Daniel Zovatto (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado en América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica.

1998b *Sistemas electorales y partidos políticos*. México: Fondo de Cultura Económica.

OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES

2002 *Legislación electoral*. Lima: ONPE (disco compacto).

PACHECO, Toribio

1996 *Cuestiones constitucionales*. 3ª ed. Lima: Grijley.

PANIAGUA CORAZAO, Valentín

1995 "Sistema Electoral". En *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. T. 10. Lima: Comisión Andina de Juristas / Fundación Konrad Adenauer.

1997 "Un Tríptico Institucional: los Organismos Electorales". En Fernando Tuesta, *Los enigmas del poder: Fujimori 1990-1996*. Lima: Fundación Friedrich Ebert.

2003 "La Constitución de 1828 y su Proyección en el Constitucionalismo Peruano". *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, 4. Valencia.

2003b *Los orígenes del gobierno representativo en el Perú. Las elecciones (1809-1826)*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú / Fondo de Cultura Económica.

PANIZO URIARTE, Rosa (compiladora)

1999 *Legislación electoral peruana (1821-1899)*. Lima: Centro de Documentación e Información Electoral-Jurado Nacional de Elecciones.

PAREJA PAZ-SOLDÁN, José

1973 *Derecho Constitucional peruano*. 5ª ed. Lima: Librería Studium.

PATRÓN FAURA, Pedro

1978 "El sistema electoral en el Perú". En *Seminario Situación y Derechos Políticos del Analfabeto en el Perú*. Lima: Departamento de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

QUÍMPER, José María

1886 *El liberalismo*. Paris: Imprenta de L. De Busscher.

1887 *Derecho político general*. T. I. Lima: Benito Gil Editor.

ROEL PINEDA, Virgilio

1982 "Conatos, levantamientos, campañas e ideología de la independencia". En *Historia del Perú. Perú Republicano*. T. VI. 4ª ed. Barcelona: Juan Mejía Baca.

RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique

1983 *Constitución y sociedad política*. 2ª ed. Lima: Mesa Redonda.

SILVA SANTISTEBAN, José

1874 *Curso de Derecho Constitucional*. 3ª ed. Paris: Imprenta de Pablo Dupont.

SANTOS, Boaventura de Sousa

1998 *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia / Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.

TUESTA SOLDEVILLA, Fernando

2001 *Perú político en cifras 1821-2001*. 3ª ed. Lima: Fundación Friedrich Ebert.

2002 "La investigación sobre elecciones: un balance necesario". *Revista Elecciones*, 1. Lima.

VILLARÁN, Manuel Vicente

1962 "Costumbres electorales". *Páginas Escogidas*. Lima: P.L. Villanueva.

VOVELLE, Michele

2003 *Aproximación a la historia de las mentalidades colectivas*. Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Tercer Seudo-Ensayo

# EL MAR DE LOS DERECHOS HUMANOS\*

“Les Droits de l’homme sont liés à une Philosophie individualiste: le pouvoir, on se le rapelle, sera dit légitime s’il respecte un certain nombre de prérogatives acordes à l’individu comme tel”.

**Guy Haarscher.** *Philosophie des Droits de l’Homme* (Bruselas, 1994).

## Introducción

El tema de este capítulo es quizá recurrente en las aulas y no muy sugestivo, porque en materia de derechos humanos se ha escrito y se escribe prolijamente. No trataremos de describir tan solo la génesis de los derechos humanos, sino de analizar las distintas concepciones y discursos jurídicos que existen sobre los derechos humanos en su devenir histórico. Trataremos al menos de introducir el continuo debate con respecto al origen histórico, jurídico y filosófico de los derechos humanos en un mundo globalizado que se torna plural, pero a la vez conservador de pensamiento y hacer.

Pese a la hegemonización e internacionalización de las instituciones jurídicas, podemos afirmar *a priori* que la democracia liberal occidental no es aún un modelo universal, y menos un requisito de la posmodernidad. Los derechos humanos, la democracia y la noción de Estado de derecho se encuentran vinculados en el mundo occidental, mas no de igual forma en todos los países y en todas las culturas. Conceptos como el neoconstitucionalismo, el Estado constitucional democrático de derecho y el activismo judicial no se conciben ni se practican en occidente. Bajo este marco, aparecen las dudas en la legitimidad de los derechos humanos, argumento político y jurídico con el que se han iniciado guerras y se ha tornado incoherente el discurso jurídico que los legitima. Pensemos por un momento si la defensa de un derecho humano como el derecho a participar

---

\* Este ensayo se inspira en uno de los capítulos del libro del jusfilósofo belga Guy Haarscher, *Philosophie des Droits de l’Homme* (1994). Agradezco el apoyo de Doly Jurado en la revisión de la lista de tratados de derechos humanos incluidos en el anexo de la presente publicación.

políticamente en el gobierno requiere matar a una o varias personas —violando así el derecho humano a la vida—, sean opresores u oprimidos. ¿Es posible encontrar coherencia cuando uno defiende los derechos humanos y al mismo tiempo, en el camino de esta búsqueda, los viola? ¿Es posible que exista un solo camino correcto o existen varios? Estas preguntas comprometen no solo los discursos éticos o valorativos en todo sentido, sino los políticos y jurídicos, porque de esta manera comprometeremos estos discursos a una línea ideológica de concebir los derechos humanos o a su fin.

Asimismo, las libertades políticas que sustentan las nuevas exigencias de las naciones, minorías étnicas y de las religiones que no pertenecen a la cultura societaria imperante mundial, son conocidas como libertades de no-dominación, la noción filosófica política en la cual se sustentan los derechos comunitarios y fundamentación jusfilosófica de los derechos humanos de tercera generación.

La dimensión política de los derechos humanos es imposible de ser rechazada, más aún cuando la clasificación de derechos humanos varía según los autores y sus distintas posiciones ideológicas. La clasificación que emplearemos tiene como base referencial la establecida por las Naciones Unidas después de 1948; esta nos parece la más acertada clasificación metodológica y pedagógica de los derechos humanos, más aún cuando la XCIV Plenaria de la Asamblea General de la ONU, de 23 de diciembre de 1994 adoptó la Resolución A/RES/49/184 que declaró el “Decenio de las Naciones Unidas para la Educación en la Esfera de los Derechos Humanos” (1 de enero de 1995 a 31 de diciembre de 2004). Cabe resaltar además la exhaustiva clasificación de Carl Schmitt, que en referencia a la naturaleza social de los derechos humanos los divide en:

1. Los derechos de libertad del individuo aislado.
2. Los derechos del individuo con otros.
3. Los derechos del individuo en el Estado, como ciudadano.
4. Los derechos del individuo a prestaciones del Estado (Schmitt, 1982: 169-85).

Asimismo, hay críticas muy fuertes con respecto al análisis de los derechos humanos desde una posición política, pues desde la narrativa de las dictaduras, hemos encontrado el uso del bien común como una defensa de los derechos de las personas:

“[...] este empleo estratégico-político del discurso acerca de los ‘derechos humanos’, además de resultar como todo discurso ideológico, radicalmente falso, conduce a una desvalorización y hasta degradación de ese concepto [...] Por todo ello, elaborar una política sobre la sola base de una reivindicación de derechos puede resultar ilusamente atractivo pero de un alcance práctico muy dudoso” (Massini, 1994: 272-273).

Encontramos una tercera crítica a la clasificación por generaciones de los derechos humanos, que radica en el fundamento jurídico de la naturaleza de estos derechos.

En esta primera parte trataremos de mostrar dos aristas esenciales sobre los derechos humanos: primero, la manifestación de las distintas corrientes filosóficas (movimientos ideológicos) que sustentan las distintas “generaciones de los derechos humanos”. En un segundo punto trataremos brevemente la dimensión internacional en materia de derechos humanos. Finalmente, analizaremos la contradicción entre la generación de las nuevas libertades y el liberalismo clásico, con su propuesta jurídica de noción de derechos humanos.

## 1. Antecedentes

Las primeras manifestaciones ideológicas con respecto a los derechos humanos se centraron sobre dos planos: el primero, desde un plano práctico, en las exigencias de clases sociales de protección judicial al Estado sobre la base de garantías jurisdiccionales (procesales). Estas exigencias se desarrollaron teniendo como precedentes a una revolución cultural (Renacimiento, Siglo XV), una revolución ideológica (Reforma Protestante y los pensadores liberales, Siglo XVI), una revolución internacional (inicio del Orden Westfaliano, Siglo XVII), una revolución económica (culminando en la Revolución Industrial Inglesa, Siglo XVIII) y también teniendo como corolario la revolución francesa de 1789, es decir, durante los “Tiempos Modernos”.

Cabe acotar que el actual “Nuevo Orden Internacional” está configurado de manera diferente al orden westfaliano (del siglo XVI hasta mediados del siglo XX). Este orden donde imperaba la soberanía absoluta de los Estados, como antinomia de las distintas nociones de derechos humanos, se disolvió, quizás, parcialmente con el fin de la guerra fría y el proceso de globalización financiera, económica, social cultural e ideológica, los cuales lograron la universalización de valores culturales disímiles y hasta contradictorios. Este proceso ha sido el ambiente global donde constituyen los derechos humanos de tercera generación (Romano y Tenenti, 1971: 104; Yáñez, 1983: 5; Huntington, 1997; Santos, 1998); aunque arremetidos actualmente por la “brisa conservadora” y el renacimiento de los nacionalismos, entre otros movimientos ideológicos.

Asimismo, debemos mencionar como manifestaciones ideológicas desde el plano teórico (en el lenguaje jurídico) a los distintos términos empleados para designar a los derechos humanos. Entonces, para emplear una correcta y coherente terminología sobre los derechos del hombre, podemos sentenciar que cada *nomen iuris* expresa actualmente una posición teórica e ideológica con respecto a los alcances y límites de los derechos humanos. Esto ha venido ocurriendo desde la aparición de la noción de derecho como facultad individual en el siglo XVIII, dos siglos después de la noción de libertad individual proveniente del Estado de naturaleza de Locke. En ese sentido, la dimensión ideológica de los derechos humanos se manifiesta con los siguientes términos:



1. *Los derechos humanos*, término marco general usado en el ámbito internacional a partir de la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948.
2. *Los derechos del hombre*, término usado en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, sinónimo del término derechos humanos, es una traducción exacta del término francés “*droits de l’homme*”, limitado históricamente por no extenderse a los derechos de segunda generación (el término hace referencia solamente a los derechos civiles y políticos o del ciudadano).
3. *Los derechos fundamentales*, o derechos constitucionales, término empleado dentro del ámbito constitucional cuyo origen francés data de 1770 (*droits fondamentaux*) cuyo empleo se reproduce en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (*grundrechte*) y en la Constitución española de 1978, el cual expresa el fundamento del orden jurídico político interno de una sociedad, es decir, la relación entre el individuo y el Estado. En otras palabras, son los derechos humanos positivizados en el orden interno de un Estado.
4. *Los derechos individuales*, término usado dentro de la óptica constitucional que engloba los derechos humanos de primera generación (derechos fundamentales) y los derechos humanos de segunda generación (libertades públicas) en la forma que se reconozcan y protegen ámbitos de libertades o prestaciones que los poderes públicos (Estado) deben otorgar o facilitar a los individuos.
5. *Las libertades fundamentales o individuales*, provenientes del derecho constitucional francés (artículo 9 de la Constitución de 1793) con el término *libertés publiques* o libertades públicas, el cual se aparta del fundamento filosófico del liberalismo clásico porque es necesaria la intervención estatal para la eficacia de ciertos derechos, como ocurre con los derechos humanos de segunda generación.
6. *Los derechos naturales*, modernamente se les llama derechos morales, cuya base filosófica es el iusnaturalismo racionalista. Los derechos humanos son concebidos antes de la existencia del Estado por la razón y precedencia de la propia naturaleza humana, es decir, son metaderechos que posteriormente son positivizados (proceso histórico que no es acto constitutivo).
7. *Los derechos morales*, término usado dentro de la nueva fundamentación ética de los derechos humanos, que define a estos derechos como el resultado de una doble vertiente ética y jurídica (Dworkin).
8. *Los derechos innatos*, término usado en la filosofía jurídica iusnaturalista, empleado más como un adjetivo o característica de los derechos humanos (Kant).

9. *Los derechos subjetivos*, base jurídica de los derechos humanos de primera y segunda generación. Noción jurídica que expresa el poder o la facultad reconocida de cada individuo de exigir sobre un bien un poder o sobre un individuo una conducta a realizar; es el interés jurídicamente tutelado.

Finalmente, esta lista de términos no es excluyente, pero sí demuestra el nexo entre la fundamentación filosófica de las corrientes iusnaturalistas, positivistas y el liberalismo clásico y del liberalismo igualitario, corrientes ideológicas individualistas del siglo XIX (Bobbio, 1992: 117-155; Fernández, 1981: 73-112; Hart, 1974, 84; Dworkin, 1984; Fernández S., 1994: 87; Pérez L., 1979: 14-15; y 1999: 29-38; Rubio, 1999: 107-110; Saldaña, 1997; Squella, 1991: 109).

## 1.1. Propósito formal de los derechos humanos

Desde un plano práctico o social, las exigencias sociales de distintas clases, enfrentadas al poder estatal monárquico absolutista europeo, demandaron en un primer momento seguridad para atenerse en el futuro a los propios efectos de su accionar político, social, y económico, y de los actos estatales. Especialmente la necesidad de una clase, la burguesía, de controlar el sistema normativo que regulaba sus actividades económicas, impulsó teóricamente a formular la legitimidad del principio de seguridad jurídica.

La finalidad formal de los derechos humanos, para Guy Haarscher, es la lucha contra la arbitrariedad, o la reivindicación de la seguridad jurídica. Esta reivindicación se logra mediante la protección de la norma jurídica sancionada y publicada por el gobierno que dirige el poder Estatal, convirtiéndose en la mayor exigencia formal de los individuos de la sociedad civil burguesa. Haarscher menciona que en el siglo XVIII esto se entendió como la regla que las normas deben provenir de un proceso formal de producción (Haarscher, 1993: 25). A la par de estos hechos, en el plano teórico, según Karel Vasak, se realizó el primer paso para configurar un sistema normativo de protección de los derechos humanos: se tomaba conciencia de que este elemento formal —la seguridad jurídica— de los derechos humanos es esencial para su materialización en una realidad legal y social.

Vasak condiciona esta materialización a tres requisitos indispensables: el primero, debe existir una realidad organizada en un Estado *de iure* (autodeterminación de las personas a decidir sus fines y objetivos, la comunidad debe definir cómo autorregularse mediante leyes generales traducidas en un sistema jurídico legal que establezca los derechos humanos, la precedencia de la norma al acto del justiciable y el sometimiento del poder político estatal a la norma o el llamado imperio de la ley); el segundo requisito es el deber del Estado de establecer un marco jurídico legal para el ejercicio de los derechos humanos (a causa del conflicto entre el poder político del Estado —llámese autoridad—, y el marco legítimo que protege a los derechos humanos), ello no implica la variabilidad temporal de este marco según circunstancias sociales o según la naturaleza de los derechos

humanos; y el tercer requisito señala el carácter formal de los derechos humanos que se expresan en garantías organizadas (dentro de un procedimiento judicial, legal, constitucional) y las garantías no organizadas (la resistencia a la opresión resumida en la proclamación de la Constitución de Francia de 24 de julio de 1793: “La resistencia a la opresión es la consecuencia de los demás derechos del hombre” (Vasak, 1984: 27-35).

En efecto, el carácter de precedencia de la norma con relación a los actos sociales transmite una cierta seguridad jurídica a los ciudadanos; sin embargo, la formalidad no implica el contenido normativo del derecho humano. Es decir, el concepto jurídico social de la seguridad sólo se expresa en la obligación del Estado de asegurar a los miembros de la sociedad la protección jurídica y judicial de su persona y de sus derechos inherentes (individuales); no obstante, este manto tutivo no protege el contenido del derecho sustancial.

Después de un proceso político largo e intenso bajo el manto de la construcción del Estado Constitucional de Derecho, las garantías formales se manifestaron como garantías constitucionales. Estas garantías son instrumentos procedimentales consagrados en la Constitución para la protección de los derechos fundamentales. Ciertamente, son mecanismos judiciales que utiliza el ciudadano ante una amenaza o violación proveniente de la actividad Estatal —o privada—, y están clasificadas según el ámbito jurisdiccional interno o supranacional. Por lo tanto, las garantías —la seguridad jurídica— se tornan en el elemento formal y condicional de los derechos humanos. Además, la naturaleza de las garantías es íntegramente adjetiva, aunque teóricamente se concibe un derecho humano a las garantías judiciales. Cabe acotar que, en casi todos los países occidentales, algunos principios o garantías procedimentales han sido constitucionalizados<sup>55</sup> (Biaggi, 1989: 239; Cappelletti, 1955; Fernández S., 1994: 123; Fix-Zamudio, 1982: 49; Haba, 1986: 487-502; González P., 2001: 33; Mesía, 1995: 5; Gutiérrez y Mesía, 1995: 601-625). Actualmente, la noción jurídica anglosajona del *due process of law* ha logrado reunir bajo su seno este carácter formal de los derechos humanos (*habeas corpus*, imparcialidad de la justicia, igualdad ante la ley, derechos de defensa, *nulum crimen, nulla poena sine lege*, la no-retroactividad de las normas).

En cuanto al *due process of law*, se discutió y finalmente se aceptó jurisprudencial y constitucionalmente esta institución jurídica anglosajona en Latinoamérica, necesaria en el *common law* por la ausencia de un sistema legal normativo donde se establecen, en códigos, “las formalidades procedimentales del proceso”. En el *common law*, estas formalidades son creadas bajo la casuística y se inducen de principios generales apelados sobre la base del criterio de razonabilidad del juez. El hecho es que esta tutela judicial, exigida por las partes de un proceso o por el justiciable, se ha constitucionalizado en una garantía y una lucha política contra las dictaduras que, en muchos casos, han restringido las garantías jurisdiccionales y manipulado el proceso judicial. Por ello, se ha creado un “deber ser” de la noción

55 En el caso de la Constitución del Perú de 1993, su artículo 139 contiene los principios procesales constitucionalizados.

misma de proceso (Alcalá-Zamora, 1944: 547-679; Couture, 1954: 802-813; 1953: 802-813; y 1946: 153-213; Carocca, 1997: 81; Fix-Zamudio, 1977: 315-348; Hoyos, 1998: 17; Espinosa-Saldaña, 2000: 37-62; De Bernardis, 1995: 386; Jiménez, 2000: 154; Fernández-Viagas, 1994: 33; Linares, 1989: 15; Ramos, 1997: 69; Picó, 1997: 17; Esparza, 1995: 67; Peña, 1997: 67; Comoglio, 1991: 673-741).

Sin embargo, las necesidades sociales se impusieron y rebasaron el principio de seguridad jurídica del sistema normativo —y de cualquier régimen político—, ya que estas garantías formales, como el principio de la igualdad ante la ley, no protegían a las personas de la arbitrariedad del contenido de la norma o de la propia arbitrariedad del Estado, paradójicamente, por ejemplo, legislando o actuando como en el antiguo régimen virreinal, en la oligarquía peruana del guano del siglo XIX o en las mayorías democráticas formales o censitarias del siglo XX. La igualdad era formal, la desigualdad era sustancial, es decir, existía desigualdad política y social. En consecuencia, se intentó establecer un contenido normativo que protegiese las acciones de los ciudadanos, es decir, ciertos derechos que nos protejan especialmente del accionar del Estado. El contenido de estas normas está relacionado intrínsecamente con lo que se ha denominado coloquialmente como “la generación de los derechos humanos”.

## 1.2. Propósito fundamental de los derechos humanos

La finalidad sustancial de los derechos humanos está referida a la necesidad de determinar y asentar valores jurídicos ponderados. A pesar de que al finalizar el Antiguo Régimen las garantías formales del sistema feudal protegían parcialmente a las burguesías europeas, ocurrían muchas veces arbitrariedades, ya sea sobre la burguesía u otras clases sociales. Fue necesario introducir elementos sustanciales, es decir, valores determinados que regulasen la formación de las normas positivas según el interés de las clases sociales que ostentaban el poder político. En consecuencia, el mecanismo de ponderación de estos valores es el proceso histórico de las generaciones de derechos humanos. Como dice el maestro Enrique-Pérez Luño, “este contexto genético —por cada generación de los derechos humanos—, confiere a los derechos humanos unos perfiles ideológicos definidos”. Si en un primer momento los derechos humanos sirvieron para asegurar la protección de los individuos contra la arbitrariedad, en su carácter formal o de contenido, esto ha ido cambiando según las reivindicaciones sociales. Los valores sociales, políticos y económicos ponderados jurídicamente han sido el sustento de todas las diferentes generaciones de derechos humanos. A continuación, veremos los valores que cada generación de derechos humanos protege.

## 2. Primera generación de derechos humanos

Un elemento claro y propio de los tiempos modernos es la noción de la libertad individual. Un elemento característico de la época contemporánea son los derechos humanos. De la modernidad, tenemos pensadores que idearon la noción de libertad individual: *Locke, Rousseau, Voltaire y Montesquieu*. La burguesía en los siglos XVI a XVIII, en el desarrollo de la modernidad, produjo en diversos sectores sociales un avance político notable: Erasmo de Róterdam y sus pasajes de la tolerancia civil; Francisco de Vitoria y su desarrollo del nascente derecho internacional público; Francisco Suárez y la noción de la separación de los poderes temporal y espiritual; Hugo Grocio y la secularización del derecho natural; Thomas Hobbes y los alcances del poder estatal, John Locke y la democracia liberal; Montesquieu y la idea de la separación de poderes y su equilibrio; y Jean-Jacques Rousseau y su tesis del contrato social (Cho, 1994: 21-48; Sabine, 1994: 265; Ortiz, 1996: 13; Ory, 1992: 118; Xirau, 2000: 175).

Es el iusnaturalismo la corriente filosófica que da el primer sustento a los derechos humanos. En lo contemporáneo, tenemos a la Revolución Francesa y la Independencia Americana, soportes políticos y jurídicos de los derechos humanos y como corrientes ideológicas que elaboran una fundamentación filosófica a los derechos humanos tenemos al liberalismo, las corrientes socialistas y actualmente el comunitarismo.

### 2.1. Cimiento histórico de la primera generación

Sabemos que los derechos humanos nacen en la etapa de la transición del control político del Estado por las burguesías europeas, de la lucha de éstas contra las instituciones feudales del Antiguo Régimen, convirtiéndose esta contradicción en el paso histórico de la sociedad feudal a la sociedad capitalista. Es por ello que no debemos sorprendernos de que las declaraciones políticas de derechos del siglo XVIII sean el efecto final de este ambiente ideológico de total conflicto.

En distintos estudios sobre la evolución histórica de los derechos humanos, muchos autores han establecido como fecha de inicio de esta noción jurídica al siglo XVIII. Ciertamente la naturaleza jurídico-política de estos derechos se señala con los siguientes precedentes: la Declaración de Derechos del Gran Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776, la Declaración de Independencia Norteamericana de 4 de julio de 1776 y la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789.

Sin embargo, se han producido discusiones sobre los antecedentes normativos, políticos y filosóficos a los derechos humanos, estableciéndose un cúmulo de precedentes jurídicos y de movimientos ideológicos previos al siglo XVIII. Se

han considerado tan sólo antecedentes valorativos y teóricos de los derechos humanos, desde el iusnaturalismo: en la edad antigua, las Leyes del Manú de la India y el Código de Hammurabi son los antecedentes más remotos de los derechos naturales; asimismo, la libertad funcional de los clásicos griegos (Sócrates, Platón, Aristóteles, estoicos) y las garantías de derechos para el ciudadano en Roma (Cicerón) en la Ley de las XII Tablas. Cabe acotar que el derecho romano ofrece un patrón objetivo para juzgar la conducta desde el punto de vista de los derechos y las libertades individuales, creando un orden público protector de la dignidad humana. No obstante, éste se veía parcializado y mermado por dos hechos: el primero, la noción de derechos humanos no existía, en su lugar la capacidad del ser humano era entendida como un privilegio en el que el soberano, el gobierno o el Estado concede a petición de unas personas (grupo, estamento o clase social) una facultad o un poder determinado y restringido por la voluntad de éste. Este privilegio no es universal ni general, sino una potestad individual o de carácter estamental, que no incluye obviamente el concepto de derecho como derecho universal. Así, la noción de libertad era una excepción a la idea de comunidad, ya sea comunidad política-natural, política-teológica, política-nacional. Con la aparición ideológica del cristianismo (definición de la autonomía) y del protestantismo (definición de la individualidad), los cambios socioeconómicos feudales y el nacimiento de una incipiente clase burguesa comerciante aliada a la nobleza, se logró materializar la idea de libertad individual.

Un segundo período de estos antecedentes podemos establecerlo en Inglaterra, donde se luchó por la defensa de los derechos de los ingleses para limitar el poder del Rey. De esta lucha emergieron tres documentos que son los antecedentes más próximos a los derechos humanos: la *Magna Charta Libertatum* de Juan Sin Tierra de 15 de junio de 1215 (pacto entre el Rey y la nobleza de reconocimiento de libertades y garantías contenidas como las reglas procesales, en su artículo 39), la *Petition of Rights* de 7 de junio de 1628 (ampliación de derechos y principios de la Carta Magna) y el *Bill of Rights* de 13 de febrero de 1689. Estos tres documentos componen los derechos históricos ingleses y se convierten en una afirmación política de la nobleza como instrumento de alianza con la burguesía, al menos en Inglaterra. Cabe considerar como antecedentes jurídicos históricos al *Habeas Corpus Act* de 1640 y el *Habeas Amendment Act* de 1679. Son leyes del parlamento para impedir la detención arbitraria, que de manera eficaz regularon los procedimientos de protección de esta garantía de los ciudadanos ingleses (Stone, 1984: 67-121; Puy, 1990: 163-183, TDH, 1992: 473-494).

En consecuencia, en el plano jurídico-social podemos afirmar que los antecedentes históricos de los derechos humanos deben ser considerados como “facultades políticas excepcionales” que poco a poco se tornan en características ordinarias y generales —para todos los individuos—; sin embargo, hasta ese momento, eran privilegios políticos. De igual manera, las Declaraciones de Derechos de Francia y Estados Unidos son declaraciones políticas de una clase social determinada al reafirmar su emancipación sobre la base de los derechos individuales. Es recién con la Constitución de Francia y las diez primeras enmiendas de la Constitución de Norteamérica (1787), ambas normas sancionadas en 1791, que se

constitucionalizan, es decir, se positivizan y se establece la noción de generalidad de los derechos humanos (primer proceso de positivación de los derechos humanos) para todas las personas en el derecho interno de esos Estados. En el caso de Francia, la Declaración de 1789 se incluyó en el Preámbulo de la Constitución Francesa de 1791 y después en sus sucesivas Constituciones.

No queremos restar mérito al carácter de universalidad de la declaración de derechos de 1789, pero más allá de su eficacia y de las discusiones posteriores del liberalismo francés, la intención política de la Declaración fue la de un “manifiesto político” de la burguesía francesa. Posterior a la Declaración de 1789, sucedieron otras como la Declaración de 13 de junio de 1793 —de tinte social—, y la Declaración de 1795; esta última fue incluida en el preámbulo de la Constitución del mismo año. Con respecto a la Constitución de Estados Unidos, esta aún sigue vigente, pero ha sufrido enmiendas, así como constantes modificaciones jurisprudenciales y adaptaciones legales (Delvaux, 1983: 526).

Lo importante de estos actos políticos de liberación es que la gran repercusión política y social de la Revolución Francesa universalizó los derechos humanos —y la independencia de los Estados Unidos permitió extender una serie de mecanismos judiciales que protegieran e hicieran exigibles estos derechos—, extendiéndolos más allá de su derecho interno, sin considerarlos meras prerrogativas o privilegios y convirtiéndolos en parte de la conciencia colectiva europea liberal de anhelos democráticos del siglo XIX.

Por ejemplo, la declaración de 1789 establece el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la seguridad, a resistir la opresión, el libre ejercicio de los derechos naturales, la libertad de palabra y de imprenta, y demás derechos inherentes al hombre. La Constitución francesa de 1791 establecía el criterio censatario para elegir y ser elegido. Bajo este paradigma jurídico, comienzan a dictarse Constituciones de carácter liberal (García, 1999: 8; Hobsbawm, 1971: 207; Zeller, 1955: 329; Truyol y Serra, 1982: 17) que protegían los derechos civiles y políticos, afirmando la libertad del individuo sobre la propiedad y el manejo del poder estatal por la nueva clase abanderada de estas ideas, la Burguesía. Así, los derechos humanos de primera generación se manifiestan en la decadencia del absolutismo político (monárquico) del sistema feudal.

Las constituciones liberales del siglo XIX se dieron a razón del desarrollo del capitalismo europeo, el nacimiento de burguesías nacionales y la influencia de la Revolución Francesa. Sea por motivaciones políticas, de movimiento nacionalista o de independencia política, se promulgaron las siguientes constituciones europeas: la Constitución de Cádiz de 1812, la Constitución del Reino de las Dos Sicilias, la Constitución de la Monarquía Lusitana y la Constitución del Piamonte de 1821. Un segundo período de experiencias liberales en el plano constitucional se da en 1830, fecha en la que se produce una nueva oleada liberal que se transforma en la “Segunda Monarquía Constitucional Francesa”; igualmente sucede con el Reino de Bélgica y con el fracaso de la sublevación polaca. Finalmente, en 1848 un liberalismo republicano más acentuado produce la Constitución liberal del

Imperio Austro-Húngaro y, poco después, la Constitución Prusiana de 1850. Todas estas experiencias terminaron con monarquías parlamentarias que aseguraban los derechos humanos de primera generación para las burguesías europeas y el desarrollo del capitalismo y el colonialismo.

## 2.2. Cimiento filosófico de la primera generación

Al organizarse la comunidad internacional de Estados a través de un organismo internacional como Naciones Unidas a mitad del siglo XX se tuvo a los derechos humanos como ideal común de la humanidad. Estos se sustentaron en la dignidad humana, cualidad esencial del ser humano para relacionarse en condiciones de igualdad en la sociedad. De esta manera, los derechos humanos son un producto esencialmente cultural y de alcance ideológico, que ha tenido diversas fundamentaciones según los distintos intereses que ha tutelado<sup>56</sup>.

No obstante, a la par de este proceso de creación de un sistema internacional de defensa de los derechos humanos, se manifestó la posición crítica en el debate político entre las distintas tesis del iusnaturalismo y del positivismo —conformación de la noción de derecho subjetivo como sustento de los derechos humanos en el marco iusfilosófico—, afirmando que si los derechos humanos se formularon en el contexto del desarrollo del capitalismo, entonces es posible afirmar que son un instrumento político de las clases burguesas para asentar su poder.

Por otro lado, el iusnaturalismo definía al derecho como conjunto de valores y principios universales, inmutables, irrenunciables e imprescriptibles que prevalecen en el tiempo. Por este sustento divino o natural, los derechos humanos son anteriores y superiores al Estado, sin necesidad de constituirse en una norma jurídica. Así, lo consideraban Locke (1632-1704), y su Estado de Naturaleza, Rousseau y su teoría contractual basada en la ley natural, etc.

El iusnaturalismo —en palabras del maestro Enrique Pérez Luño— plantea que el derecho natural racionalista de la ilustración es una ideología formadora del Estado de derecho:

“La existencia de derechos anteriores y superiores al Estado, cuya validez no deriva de haber sido positivados, es decir, promulgados por vía legal (tesis de los derechos humanos como derechos naturales); el fundamento de la legitimidad política en la participación democrática de los ciudadanos como expresión de la soberanía popular (tesis contractualista); y la exigencia de instrumentos jurídicos con garantías reforzadas para la tutela de los derechos (tesis del constitucionalismo)”.

56 Una visión interesante y un análisis complejo de la fundamentación filosófica de los derechos humanos desde un plano lógico y valorativo en Miró Quesada, 1988: 13 y ss.; Fernández S., 1990: 385.



Por otro lado, el positivismo fundamenta de manera lógica a los derechos humanos, y dentro de sus teorías está el sustento del derecho positivo legal (estatal e internacional) y la teoría del interés social o individual. Así, los derechos humanos son tales si son el contenido de normas de la legislación estatal e internacional, promulgadas, sancionadas y vigentes (Bidart, 1993: 11; Correas, 1982: 15; Santistevan, 1999: 157).

En cuanto a las críticas, uno de los primeros críticos de la ideología desprendida de la revolución burguesa francesa fue Carlos Marx. La crítica marxista sobre los derechos humanos la encontramos en su escrito *Sobre la cuestión judía* (*Zur Judenfrage*), en la cual hace un análisis de los derechos naturales e imprescriptibles proclamados por la revolución, como el derecho a la igualdad, a la libertad, a la seguridad y a la propiedad. Marx critica el basamento moral de una filosofía individualista, especialmente el individualismo específico, encubierto en la declaración francesa de 1789, en su artículo cuarto, “la libertad de uno termina donde comienza la del otro”. Marx señala que esa supuesta libertad absoluta sólo es útil para construir la protección práctica de la propiedad privada, generando una distancia social en el hombre separado del otro, y de la propia comunidad al buscar su propia libertad al momento de ejercer su derecho individual, limitándolo en la realidad social al tomar en consideración el solo ejercicio de su derecho —ejercicio de su derecho subjetivo—, expresado mediante el derecho a la libertad, derecho básico que consiste en disfrutar individualmente de una cosa. Este “algo patrimonial” enajena a la persona tornándola “libre” sin atender el interés social, general o el de la comunidad (Marx, 1970). En conclusión, Marx critica el individualismo filosófico como legitimación de la acción de la autonomía privada en el orden civil positivo. Así, los derechos humanos protegerían y legitimarían una voluntad jurídica en sí y para sí (Correas, 1980: 34; Cañizares, 1996: 313 y ss.; Massini, 1994: 225; Pacheco, 1990: 130).

El filósofo belga Haarscher comenta que los marxistas sostienen que los derechos humanos constituyen la expresión ideológica de la clase burguesa y de sus intereses, es decir, estos derechos se tornan en una justificación de la explotación del proletariado, debiendo ser insoslayablemente denunciados; se torna necesario denunciar que la relación de los derechos del hombre con la emancipación política no constituye más que una ilusión cuidadosamente sostenida por los que tienen interés de mantener el *statu quo*, y que por el contrario, “los derechos del hombre confirman y consolidan la dominación de una clase o de un sistema —capitalista, imperialista— enmascarándola con una fachada respetable” (Haarscher, 1993: 37).

Marx afirmaba que los derechos del hombre están limitados al interés egoísta de la clase de la burguesía, que esperaba en el régimen capitalista tener la plena libertad individual para no ser sometida al modelo económico, opresivo y feudal del Antiguo Régimen. Añade que este proceso político no es la verdadera “emancipación política” de los hombres, sino la emancipación política de la burguesía del mundo feudal —aboliendo sus privilegios e instaurando el derecho a la propiedad—. Para Marx, la real emancipación política sucederá cuando cada hombre como individuo se convierta en ser genérico (Sbazo, 1984: 43-44).

Desde el punto de vista marxista, era obvio que la “primera generación” de derechos humanos se estableció sobre cierto orden ideológico liberal clásico, individualista. Entonces, toda la teoría de los derechos humanos expresa esencialmente esta filosofía, como es el caso del contrato social de Rousseau que siempre supuso que el interés social manifestado por el Estado se limitaba a los derechos fundamentales del individuo. Dicho de otra manera, la legitimación del poder del Estado burgués radica en subordinarse a los intereses y derechos individuales inviolables e infranqueables, es decir, a la libertad individual lockiana. El individualismo filosófico es el sustento de la subordinación del poder político a la exigencia de la defensa de los derechos del individuo, un sustento político inseparable de los derechos humanos.

El individualismo en general —condición *sine qua non* de toda la teoría de los derechos humanos— como elemento formal de la garantía y también como parte del elemento sustancial de los derechos humanos, llega a expresarse en la libertad y en sus diferentes dimensiones (la libertad de tránsito, el respeto a la personalidad, la libertad de conciencia y de expresión, etc.). Estas libertades deben ser consideradas como fundamentales en toda la concepción de los derechos humanos porque son la base jurídica de protección de todas las actividades del hombre en sociedad (Paine, 1996: 62).

Cabe acotar que algunos teóricos han separado el individualismo filosófico de los derechos humanos y el individualismo político de la clase burguesa. Sin embargo, en el caso de la primera generación de los derechos humanos, es inconsistente separarlos ya que el individualismo general contiene de cierta manera la protección de los intereses de la clase burguesa. Así, la primera generación pareciera contener un individualismo común —referido a todos los individuos sin distinción de clase— como concepción filosófica de los derechos humanos y al mismo tiempo un individualismo específico, expresión máxima de las reivindicaciones políticas de la burguesía europea.

Estos derechos específicos expresan explícitamente los intereses “de clase” de la burguesía: primero, el derecho de propiedad, evidentemente destinado a reafirmar el poder de los que gozan de capacidad económica o un patrimonio (Haarscher, 1993: 38); segundo, las limitaciones que se imponen para el ejercicio de los derechos políticos, como fue la adopción de los sistemas de sufragio censatario, es decir, la distinción entre ciudadanos “activos” y ciudadanos “pasivos”<sup>57</sup>, etc., y tercero, las muy claras limitaciones dadas a la libertad de asociación, como sucedieron con los sindicatos del siglo XIX y parte del siglo XX, que eliminaban cualquier grupo social o relación intermediaria entre el individuo y el Estado.

Para Haarscher desde la perspectiva liberal, a pesar de la división de los planos del individualismo general o específico, el individualismo es esencial en el discurso de los derechos humanos:

---

57 Para más información sobre la democracia en América Latina, ver Halperin, 1975: 134-279.

“[...] Las normas de derechos humanos se componen como un cuerpo normativo y iusfilosófico, sin forma de distinguir las diferencias de estos dos planos mas que en el propio ejercicio de las libertades individuales” (Haarscher, 1993: 38).

Era una condición sustantiva y restrictiva del siglo XIX. Por ejemplo, la Constitución francesa de 1791 es el primer hito en distinguir a los ciudadanos activos de los pasivos (no electores). Este es el principio del electorado-función, dando por sentado que el estatus de ciudadano activo no reside en sus privilegios de clase, sino en su interés por la conformación del bien común, de la comunidad, y ello es expresado por el criterio censatario, poco después.

Asimismo, en el Perú el sistema de sufragio universal se estableció recién con la Constitución de 1979; es decir, que por cerca de 160 años vivimos en un sistema de república cuasi democrática y oligárquica donde votaban o tenían capacidad política casi todos los ciudadanos, pero de manera jerarquizada y corporativa. La Constitución de 1823 decía:

“Artículo 17. Para ser ciudadano es necesario:

[...]

2. Ser casado, o mayor de veinticinco años.

3.- Saber leer y escribir, cuya calidad no se exigirá hasta después del año de 1840.

4. Tener una propiedad, o ejercer cualquiera profesión, o arte con título público, u ocuparse en alguna industria útil, sin sujeción a otro en clase de sirviente o jornalero’.

Y después de cerca de 110 años, en la Constitución de 1933 aún se mantenían los criterios de exclusión social y política bajo una visión jerarquizada de la sociedad seudoliberal:

“Artículo 86. Gozan del derecho de sufragio los ciudadanos que sepan leer y escribir; y, en elecciones municipales, las mujeres peruanas mayores de edad, las casadas o que lo hayan llegado a su mayoría”.

Si bien la utopía liberal de los derechos humanos otorgó un reconocimiento a los individuos como ciudadanos con cierto tipo de derechos, lo hizo moldeando el discurso jurídico de los derechos humanos con el imaginario colectivo de la sociedad tradicional sobre quien era el sujeto de derecho: el vecino “notable”, pero no sin antes eliminar posibles corporaciones, espacios o actores de la sociedad que ejercieran alguna forma de representación o intermediación entre el individuo y el Estado. En la Francia decimonónica, la célebre Ley de Le Chapelier de 14-17 de junio de 1791 prohibió la formación de asociaciones de obreros y el artículo 291 del Código Penal francés, prohibía asociaciones de más de veinte personas

de cualquier índole sin previa autorización legal. Este marco legal fue un modelo clásico repetido en muchos países occidentales (Lyon-Caen y Péliissier, 1982: 8-9). Los trabajadores mantenían sus organizaciones en secreto y se unían a partidos que propugnaban la instalación de la República en Francia.

Sin embargo, si apreciamos como una totalidad a los derechos humanos de primera generación, estos tienen una primera característica en común: son libertades reivindicadas “con relación a” o “contra” el Estado. En efecto, como se trata de preservar al individuo un espacio de libertad específico, podemos decir que en un sentido esencial se le exige al Estado limitar su poder, “detenerse” ante alguna suerte de umbral, ante un círculo reservado a la autonomía privada. Sin embargo, existe una cierta ambigüedad en esta exigencia, puesto que al mismo tiempo que se exige al Estado —específicamente al poder judicial y a la policía— garantizar estos derechos, también se le exige igualmente un autocontrol político. Aquí es importante citar el principio de la separación de poderes, en la medida que permite justamente “separar” la acción del Estado en ejecutivo y en legislativo, acción que se busca limitar para que no intervenga más en la esfera individual, pues la función judicial del Estado es supervisar el respeto a estas limitaciones políticas.

Estas mismas libertades son las que los anglosajones llaman las *freedom from*; estas implican una emancipación “de” (*from*) la dominación estatal: la arbitrariedad del poder ejecutivo, el intervencionismo en el campo de las libertades de tránsito, de conciencia, etc. (Haarscher, 1993: 39). Como una segunda característica de estas libertades, conocidas en el plano filosófico como libertades negativas, éstas constituyen demandas de no intervención del Estado. Es decir, dentro de la relación individuo-Estado, se establece un contenido esencial: esta exigencia social teorizada en el siglo XVIII se manifiesta en el libre ejercicio de la autonomía privada (voluntad individual) en el mercado, lugar donde el hombre encontrará su autorrealización, donde el individuo podrá ejercer —al menos en teoría— sus libertades negativas, sin la intromisión del Estado feudal y bajo la protección del Estado liberal clásico —*Minimal State*—. Es así como se configura materialmente el derecho subjetivo, noción sostén de los derechos humanos.

### 2.3. Positivación de la primera generación

Con relación a la característica de la universalidad de los derechos humanos y al proceso de desarrollo histórico observado en el siglo XIX por los derechos humanos en el plano constitucional (positivación interna de los derechos humanos), se esperó cerca de un siglo y medio para que se manifestara la internacionalización de los derechos humanos que se inicia con la organización de la sociedad internacional en las Naciones Unidas —segundo proceso de positivación de los derechos humanos—.

Sin embargo, las constituciones políticas actuales, del llamado Estado de bienestar europeo y americano, han seguido distintos caminos desde las primeras Constituciones liberales del siglo XIX. Por ejemplo, la Constitución suiza, vigente desde el 1 de enero de 2000, establece en los "Derechos fundamentales, ciudadanía y objetivos o fines sociales", una disposición poco común es el artículo 9, prescribiendo que "toda persona tiene el derecho a ser tratada por los órganos del Estado sin arbitrariedad y conforme las reglas de la buena fe", que quizás en nuestro medio no sería tomada en serio. La propiedad es asimismo garantizada (art. 26) —aunque en el supuesto de la expropiación falta la garantía de la previa indemnización—.

No podían faltar en esta amplia enunciación el reconocimiento del derecho de petición (art. 33), aunque sin obligación de respuesta de las autoridades, y el de los derechos políticos, cuya garantía protege la libre formación de la opinión de los ciudadanos. Se clausura esta parte del texto constitucional suizo con una exhortación a toda autoridad a respetar los derechos fundamentales y contribuir a su realización, incluso en el ámbito privado (art. 35). Por último, el artículo 36 regula la restricción de estos derechos fundamentales, que deben poseer base legal, y hallarse justificadas por un interés público o por la protección del derecho de un tercero (Padilla, 1999: 8-9).

También podemos contar en el ámbito americano con la singularísima Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, vigente desde 2000, que otorga rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos y al llamado principio de progresividad por el cual se establece:

"Artículo 19.- [...] El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciables, indivisible e independientes de los derechos humanos".

Además, se establece el respeto obligatorio de los tratados internacionales de derechos humanos por el Estado. No obstante, hay muchas críticas que recaen en esta Constitución, como la ecuatoriana y boliviana, por alejarse del modelo clásico de democracia representativa —modelo perfecto vinculante dentro del derecho internacional (Basterra, 2000:16)—, y caer en retórica constitucional en el marco de las restricciones de libertades individuales de estos regímenes.

Este es un fenómeno internacional por el cual el problema de los derechos ya no es exclusivo de cada Estado, es decir, sale de su jurisdicción interna —del derecho nacional—, y es materia de regulación del derecho internacional como interés de la sociedad internacional -compuesta por Estados y demás sujetos de derecho internacional-, formando un sistema de protección de los derechos humanos<sup>58</sup>.

58 Los tratados internacionales, antecedentes a los derechos humanos de primera generación, son:

1. El Acuerdo Internacional para la Supresión de la Trata Blanca de Esclavos, adoptado en París el 18 de mayo de 1904.
2. El Protocolo de Enmienda del Acuerdo Internacional para la Supresión de la Trata Blanca de Esclavos, adoptado en París el 18 de mayo de 1904.

Este sistema está compuesto por un conjunto de normas –instrumentos jurídicos internacionales– que protegen los derechos y libertades fundamentales del ser humano en el ámbito de la sociedad internacional (González C., 1998: 639; Haro, 2001: 21-2), es decir, dentro y fuera de los Estados.

Además, una de las consecuencias más importantes del surgimiento del paradigma postmoderno, ha sido la dimensión internacional de los derechos humanos. Este paradigma es un núcleo fuerte de creencias, ideas y prácticas, en las que se distingue: primero, una toma de conciencia en el ámbito planetario de la valoración positiva de los derechos humanos; segundo, un compromiso de defensa y realización efectiva de los derechos; tercero, una internacionalización de las instancias de protección y exigibilidad; y cuarto, la instauración de los derechos humanos como categoría visible en el horizonte cultural de las sociedades actuales (Raffin, 1999), aunque claramente en los últimos años, este paradigma se ha visto debilitado.

Norberto Bobbio nos define con exactitud el proceso de internacionalización de los derechos humanos:

“[...] los derechos del hombre nacen como derechos naturales y universales, se desarrollan como derechos positivos particulares para hallar luego su plena realización como derechos positivos universales” (Bobbio, 1992: 136; Ramacciotti, 1993: 295-299).

Es decir, estos derechos se realizan actualmente en el derecho internacional de los derechos humanos. Los elementos que componen este sistema son instrumentos internacionales de derechos humanos de primera generación (declaraciones, tratados, programas mundiales), y pueden ser clasificados por su carácter general o específico; por ser parte del sistema mundial de protección de los derechos humanos (Naciones Unidas) o regional (por ejemplo, la Organización de Estados Americanos, el Consejo de Europa, la Organización para la Unidad Africana); etc. El elemento por excelencia de la protección internacional de los derechos humanos es el Tratado Internacional (Novak y Salmón, 2000: 55).

Este proceso de internacionalización de derechos humanos aún sigue presentando desafíos, como la situación inhumana e incierta jurídicamente de los terroristas de Al-Qaeda, que sin proceso de juzgamiento alguno se encuentran encarcelados

- 
3. La Convención para la Supresión de Trata de Blancas, adoptada en Nueva York el 4 de mayo de 1949.
  4. La Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, adoptada en Ginebra el 7 de septiembre de 1956.
  5. La Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, adoptada en Ginebra el 7 de septiembre de 1956 (no fue ratificada por el Perú).
  6. El Convenio Constitutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, abierto a la firma en San José el 30 de julio de 1980, no fue suscrito por Perú en su momento (Portocarrero, 1966: 151).

en Cuba, pues no son considerados ni prisioneros de guerra por las autoridades norteamericanas ni tampoco presos comunes, lo que viola los principios mínimos del derecho internacional de derechos humanos y del derecho internacional (Castro, 2002: 14; Castañeda, 2000: 133; Bogozamov, 2001: 18; editorial de *El Comercio*, 2002: 23; Montaner, 2002: 15).

Landa afirma sobre los tratados de derechos humanos que, al regular una materia de nivel constitucional, tienen por su contenido material un nivel supralegal, es decir de carácter constitucional, y por tanto, a pesar de que la Constitución de 1993 le quite el rango constitucional a los tratados de derechos humanos que le otorgó la Constitución de 1979, estos tratados mantienen esa jerarquía normativa por tener fuerza constitucional (Landa, 1998: 7), y tal como lo ha declarado después el Tribunal Constitucional, son parte del bloque de constitucionalidad.

Con respecto al sistema de protección internacional y regional de derechos humanos y su compatibilidad en el derecho interno, siempre se han encontrado en las posiciones monistas y dualistas del derecho internacional, los intereses políticos que sustentan una soberanía absoluta y restringida en contraposición de una competencia internacional sobre los derechos humanos (Cançado, 1995: 8; y 1993: 233; Pastor R., 2001: 199; O'Donnell, 1989: 5 y 16).

Asimismo, cabe resaltar la opinión de Carolina Loayza sobre la necesidad de la internacionalización de los derechos humanos por la verificación al interior de los Estados de una contradicción en el tema de los derechos humanos, su regulación normativa y su efectividad real (Loayza y Garay, 1999: 167).

Sin embargo, el sistema de protección internacional de los derechos humanos tiene su basamento en el ordenamiento jurídico internacional, cuyo instrumento esencial es la Carta de las Naciones Unidas<sup>59</sup>. Los artículos de la Carta que hacen referencia a derechos humanos son: artículo 1, inciso 3 (promoción y cooperación), artículo 13, inciso 1 (estudios y recomendaciones), artículo 55 (la paz, los derechos humanos y la cooperación internacional), artículo 62 (funciones del ECOSOC), artículo 68 (comisiones especializadas de orden económico y social para la promoción de los derechos humanos), y el artículo 76 (respeto de los derechos humanos sin distinción alguna), por lo que no quepa duda de la legitimidad política y global de los derechos humanos, especialmente frente a los intentos de dictaduras y del actual pensamiento conservador de limitar dicho alcance porque afecta la actuación de los Estados o de los mercados.

Durante el autoritarismo fujimorista, el Pacto de San José de Costa Rica se convirtió en un límite político y jurídico, mostrando a la comunidad internacional el abuso de poder y la violación de derechos humanos del régimen. Recordemos que por un pretexto de intromisión a la soberanía del Perú, al ejercer la Corte Interamericana de Derechos Humanos la competencia sobre el caso Castillo

---

59 Adoptada en San Francisco, Estados Unidos, el 26 de junio de 1945. El Instrumento de Ratificación de Perú se depositó el 31 de octubre de 1945. Vigente desde el 24 de octubre de 1945.

Petruzzi (ciudadano chileno acusado del delito de terrorismo y juzgado en el fuero castrense) —también por los casos de los magistrados del Tribunal Constitucional, el caso del retiro de la nacionalidad de Baruch Ivcher, la matanza de Barrios Altos, etc.—, el gobierno peruano decidió unilateralmente y fuera de lo preceptuado por el Pacto de San José, presentar el Acta Original de Retiro de la Declaración de Reconocimiento de la Cláusula Facultativa de Sometimiento a la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, suscrita en Washington, el 8 de julio de 1999<sup>60</sup>, retirada dos años después<sup>61</sup>.

Sobraban las críticas con respecto a los argumentos del gobierno fujimorista: ningún Estado puede desconocer la validez de sólo una parte de la Convención con la que no esté de acuerdo o no le convenga, ya que la supuesta reserva o retiro atenta contra un elemento esencial del tratado que lo torna en ineficaz; asimismo, el acta de retiro de 1999 no tenía validez porque era inconstitucional a la luz del artículo 205 de la Constitución de 1993.

Mirando hacia el futuro, el embajador Juan Álvarez Vita y otros expertos en derechos humanos eran optimistas al decir que tras dos años de anuncios, pareciera que se va a concretar una revolución en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, “en el sentido de que la persona humana tendrá la posibilidad de recurrir a ella sin pasar por el filtro de la Comisión Interamericana, dándonos garantías mayores” (Álvarez, 2000: 23; Ciurlizza, 1995: 91; Gil, 1999: 12; Heller, 2000: 160; Hernández, 2001: 15; Miró Quesada C., 1988: 27; Valle, 2000: 41; Vargas, 1986: 162; Vidal, 2001: 9).

Es importante mencionar que, al nacer la jurisdicción supranacional en materia de derechos humanos, es necesario el reconocimiento expreso del Estado de su competencia; es una sujeción jurídica a las decisiones que adopte en el futuro este órgano supranacional. Cabe acotar que hace más de veinte años uno de los primeros miembros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (vicepresidente de ese órgano supranacional), el jurista doctor Máximo Cisneros Sánchez, refiriéndose a la necesidad de la declaración expresa de reconocimiento de competencia, dijo lo siguiente:

“[...] entiendo que ello se debe a los inveterados escrúpulos de los gobiernos, especialmente los que no tienen conciencia limpia en cuanto al respeto de los derechos humanos, que alega que su sometimiento a la jurisdicción de un organismo internacional afecta su soberanía. [...] tal declaración, libérrimamente formulada, constituye precisamente la más cabal expresión de la soberanía del país que voluntariamente se somete a la jurisdicción de la Corte, y entrega además una clara, terminante y auténtica demostración objetiva de la vocación democrática de ese gobierno y de su espíritu de justicia” (Cisneros, 1980: 5).

60 Aprobada por Resolución Legislativa N° 27152, de 8 de julio de 1999

61 Aprobada por Resolución Legislativa N° 27401, de 18 de enero de 2001.



Cuánta razón tienen las palabras del maestro al calificar los regímenes dictatoriales que han surgido en Latinoamérica hasta la actualidad.

Cabe acotar que, en el ámbito regional y mundial, el Perú ha tenido un avance sustantivo en cuanto a la reinserción en el sistema jurídico interamericano de protección de los derechos humanos al cumplir con las recomendaciones de los Informes emitidos por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, suscribiendo una serie de tratados como el Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>62</sup>.

No obstante, el Perú no ha suscrito la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual se adoptó en Bogotá, el 2 de mayo de 1948, mediante la Resolución XXX de la Novena Conferencia Internacional Americana. Esta declaración se adoptó meses antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La razón por la cual el Perú no participó ni la adoptó es tal vez la mayor importancia que le dio nuestro país al foro de Naciones Unidas que al regional<sup>63</sup>. La importancia de la Declaración radica en su efecto de documento interpretativo y en cierta manera vinculante para los Estados suscriptores; así a pesar de que algunos Estados no han suscrito el Pacto o no reconocen a los órganos que tutelan sus disposiciones, la Corte ha interpretado que la Declaración surte efectos vinculantes para el comportamiento de los Estados que la suscribieron (Novak y Salmón, 2000: 95).

### 3. Segunda generación de derechos humanos

Después de establecer el desarrollo de los derechos humanos de primera generación, podemos comentar los derechos humanos en el estudio de la doctrina liberal. Actualmente, nuestro país vive un proceso de reforma constitucional que ha empezado a cuestionar la naturaleza de los derechos humanos de segunda

---

62 Adoptado en Roma, el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas. Aprobado por Resolución Legislativa N° 27517, de 13 de septiembre de 2001. Ratificado mediante Decreto Supremo N° 079-2001-RE, de 5 de octubre de 2001. La Corte Penal Internacional se instaló el 1 de julio de 2002.

63 Tampoco el Perú ha suscrito el Protocolo a la Convención Americana de Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, el cual se adoptó en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990. Hasta 1998, eran siete los países parte del Protocolo (Brasil, Costa Rica y Nicaragua), y para cuatro de ellos se encontraba vigente: Ecuador, Panamá, Uruguay y Venezuela. Tampoco el Perú ha suscrito el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, adoptado en Nueva York, el 15 de diciembre de 1989 (García-Sayán, 1998: 77; Roy, 1994: 29-40; Ortiz M., 1993: 289), y otros tratados que han servido de antecedentes a tratados especializados, y que si bien estos últimos tratados no es necesaria ya su suscripción, si es importante que el Perú se adecúe al sistema interamericano de protección de los derechos humanos dentro del marco de sus intereses nacionales.

generación dentro del marco constitucional, su naturaleza como derechos fundamentales y las consecuencias de su carácter programático. Brevemente estableceremos algunas características de estos derechos tan cuestionados por restringir de cierta manera el interés individual y reivindicar la idea de eticidad hegeliana.

### 3.1. Cimiento histórico de la segunda generación

Es completamente diferente la situación de los llamados derechos del hombre de segunda generación con respecto a los derechos humanos de primera generación.

Como doctrina minoritaria, después de la clasificación predominante del checo Karel Vasak, se ha considerado otro tipo de clasificación sustancial, y es que los derechos humanos se pueden clasificar desde ámbitos político, filosófico, jurídico, etc. Por ejemplo, para Squella —siguiendo a Karl Lowenstein—, los derechos humanos pueden clasificarse según la naturaleza de los tipos de reivindicaciones históricas que se han ido sucediendo. Así, divide en tres momentos históricos a los derechos humanos: los derechos de autonomía, derechos o libertades individuales; derechos de participación política, derechos políticos; y derechos de promoción, derechos económicos, sociales y culturales (Squella, 1991: 190).

Las graves crisis sociales producto del efecto de la revolución industrial (1750-1830) en el siglo XIX impulsó la manifestación de organizaciones sociales y de distintos movimientos ideológicos en ese momento. Como producto de esa lucha política intensa entre la *nouvelle bourgeoisie* y la masa proletaria, del nacimiento de doctrinas políticas como la socialdemocracia y el marxismo, y del desarrollo de la noción de democracia, surgieron aspiraciones que se manifestaron en sendos programas políticos, en idearios sociales, en declaraciones partidarias y de gobierno, y finalmente un siglo después, en el llamado segundo proceso de constitucionalización de los derechos humanos.

El segundo proceso de constitucionalización de los derechos humanos se da a inicios del siglo XX, con los derechos humanos de segunda generación (el término político es libertad positiva), el cual exige una intervención del Estado para la materialización del derecho. Las manifestaciones de este constitucionalismo social son: la Constitución de Querétaro (México) de 1917, la Constitución rusa de 1918, y la Constitución de Weimar (Alemania) de 1919.

Con respecto al desarrollo constitucional sobre la materia de derechos humanos de segunda generación y la consideración de estas nuevas libertades como derechos humanos, es decir, con el mismo estatus fundamental que los de primera generación, solo será posible mediante la inclusión de las exigencias sociales al Estado en la Constitución: creación de hospitales y escuelas, asistencia social y educación gratuita, etc. Estas son algunas de las obligaciones del Estado en la vida económica (gastos sociales) que son cubiertos mediante los impuestos y diversos ingresos sociales. Dos claros ejemplos del constitucionalismo social son: en el

ámbito europeo, el Capítulo I Derechos Fundamentales de la Constitución suiza, incluye algunas reglas poco frecuentes y de gran interés, una de las cuales (art. 12) crea el derecho de obtener ayuda en situaciones de desamparo, el de ser ayudado, asistido y recibir los medios indispensables para llevar una existencia conforme a la dignidad humana. El precepto crea cierta duda, ya que no precisa la duración de esa ayuda ni quién sería el sujeto obligado a prestarla, y ciertamente, engloba a todos los derechos de segunda generación. Sin embargo, limita los derechos sociales en el Capítulo III Fines Sociales, artículo 41, inciso 4. Ningún derecho subjetivo a prestaciones del Estado puede ser directamente deducido de los fines sociales, eliminando la posibilidad de acciones individuales contra el Estado en la protección social estatal, es decir, se declararían improcedentes las acciones de amparo. En consecuencia, es importante reconocer la operatividad de los derechos socioeconómicos en la Constitución suiza: para garantizar su vigencia plena existe una ineludible responsabilidad individual y privada; y luego para afirmar que no existe un derecho subjetivo a prestaciones del Estado que puedan deducirse directamente de los fines sociales allí enunciados (Padilla, 1999: 8-9).

Con respecto a la Constitución de Venezuela, en primer lugar, algunos aspectos relevantes son por ejemplo, la definición de familias como las “asociaciones naturales” de la sociedad, pero no se señala si admite a la familia amparada por el matrimonio o la cohabitación de personas de distinto sexo, interpretación que podríamos denominar “restringida”, en comparación con la interpretación amplia, que considera familia a cualquier unión de hecho o de derecho, integrada por personas de distinto y aún de igual sexo. Asimismo, se prevé el acceso a una vivienda digna, se garantiza explícitamente el “derecho a la salud”, con la consiguiente obligación del Estado de implementar políticas públicas tendientes a hacer efectivo el goce de estos derechos. Se prevén, además, todas las normas de protección del empleo y del trabajo en disposiciones que son similares a regímenes intervencionistas. Se establece el derecho a la democratización del movimiento sindical, creándose un monopolio estatal perjudicial para el Estado, puesto que éste deberá asumir todas las cargas sociales. Respecto a los derechos económicos, se establece la protección estatal de la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza (Basterra, 2000: 15-16).

Volviendo a los inicios históricos, es frecuente señalar que el inicio constitucional (carácter positivo) de los *freedom to* o libertades positivas se desarrolla con el constitucionalismo social del siglo XX. Sin embargo, no muchos autores han considerado estos tres importantes antecedentes de los derechos sociales: la Constitución francesa de 1791, la Declaración de “Montagnarde”, y la Declaración del Ítem I del Preámbulo de la Constitución francesa de 1848, que considera como objetivo de la República el “asegurar un reparto cada vez más equitativo de los costos y las ventajas de la sociedad”; sin embargo, no reconocen derechos correlativos a los ciudadanos —¿humanos?—, sino deberes sociales del Estado para con los ciudadanos.

Los antecedentes de los derechos humanos de segunda generación son: el primero, la Constitución francesa de 1791, donde se establece en su Título III, los *secours publics*, el segundo, los aparentemente nuevos derechos (económicos y

sociales) y la diferencia de espíritu notable que se manifiesta en la Declaración de "Montagnarde", que contiene 35 artículos, presentada a la Convención el 23 de junio de 1793, y aprobada el 24 de junio de 1793, y, el tercer antecedente es la Declaración del Ítem I del Preámbulo de la Constitución francesa de 1848. Políticamente puede considerarse a la Declaración de "Montagnarde" como el hito histórico político de inicio de los derechos humanos de segunda generación, no obstante su carácter enunciativo, esta tuvo poca vigencia, ya que fue suplida por la Declaración del 5 del Fructidor del año III (1795) de la República Francesa, Preámbulo de la Constitución de la misma fecha (Delvaux, 1983: 526-527; Lafer, 1994: 147-148).

Finalmente, es importante señalar la función y el rol de los derechos humanos de segunda generación en el derecho constitucional y en el orden interno de los Estados. Mas aún, en países como el nuestro que hay una cierta confrontación ideológica entre neoliberales y socialdemócratas por la inclusión de antiguos derechos sociales cercenados con la Constitución de 1993 —cuyo texto se manifestaba muy ambiguo—, y por la inclusión de nuevos derechos sociales en una propuesta de reforma constitucional.

La conclusión de lo que estamos viviendo con los derechos humanos de segunda generación es que la realidad nos demuestra una vez más que el tema de los derechos humanos está estrechamente relacionado con la concepción ideológica de la sociedad, y cercano a intereses políticos, económicos y sociales.

Una serie de debates se produjeron alrededor del Anteproyecto presentado por la Comisión de Constitución y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República para la reforma total de la Constitución de 1993. Los neoliberales peruanos no están de acuerdo con la inclusión de los derechos sociales y derechos de tercera generación, a pesar de su naturaleza programática y su eficacia "no mediata". Las razones en contra fueron disímiles: la confusión que sembrarían en la población las falsas esperanzas del cumplimiento de sus demandas; la inclusión de estos derechos haría una Constitución extensa o reglamentarista; considerar que el texto de la constitución de 1993 era correcto en el tratamiento de la materia; no incentivaría las inversiones extranjeras en el Perú; haría de la constitución una constitución declarativa y debilitaría los derechos civiles y políticos; etc. En los últimos veinte años, con una serie de programas sociales, muchos de estos argumentos han sido dados por superados.

Dejando de lado las cuestiones formales, las críticas liberales están centradas en un plano ideológico expresado en una situación práctica: no comulgan con la participación e intervención del Estado en el mercado o en la sociedad, ya que su intervención atenta contra el orden democrático y social, y justificaría el control de las inversiones económicas, creando pobreza y atentando contra la libertad social. Es cierto que ello ha sucedido, pero los últimos treinta años nos han demostrado que tanto el liberalismo o neoliberalismo como las políticas de la socialdemocracia o la democracia cristiana respondieron a los intereses económicos del mercado creando contradicciones sociales y violencia política. Es necesario en el plano

jurídico establecer una correspondencia clara y coherente entre el interés social y el interés individual; teóricamente, la preeminencia de uno de estos intereses es la distinción esencial entre liberales, socialdemócratas y comunitaristas (Pease y Avendaño, 2001: 4-5; Espinosa, 1999: 3).

A pesar de las condiciones materiales e ideológicas del *Welfare State* que se produjeron en el siglo XX, el establecimiento del Estado social de derecho estuvo influido por la noción de Estado de bienestar proporcionada por la teoría keynesiana y el desarrollo de la teoría macroeconómica, es decir, el papel que juega el Estado en el mercado mundial (Kaplan, 1994: 103; Richonnier, 1986: 24-31, cit. Ortiz C., 1996: 24).

### 3.2. Cimiento filosófico de la segunda generación

La sustentación de los derechos humanos de segunda generación siempre fue objetada desde el liberalismo y ahora desde el neoliberalismo, porque se consideraba que estos nuevos derechos no se encontraban dentro del núcleo de derechos fundamentales, ya que la eficacia de estos derechos significaba una intervención política del Estado en los planos teórico y práctico, en la sociedad y el mercado. Posteriormente, tanto los comunitaristas como liberales igualitarios concluyeron que los derechos humanos son correlativos e interdependientes, es decir, para que la noción de dignidad humana sobreviva en el hombre, es necesario conjugar una serie de condiciones materiales para la eficacia de los derechos humanos de primera generación.

Todo esto implica un control más efectivo por parte del Estado sobre los numerosos procesos sociales que en el caso de los derechos humanos de primera generación. Así, pasamos del Estado “mínimo” (*Minimal State*), limitado a tareas de protección de las libertades, al Estado-providencia o Estado de bienestar (*Welfare State*), cuyas prerrogativas aumentan a medida que las demandas se desarrollan: los *freedoms to* o derechos de participación (*Teilhaberechte*) son —contrariamente a los *freedoms from* o los derechos de defensa (*Abwehrrechte*)— los derechos a (“to”) una prestación cumplida por los órganos del Estado. En consecuencia, estos nuevos derechos alcanzan su paulatina consagración jurídica y política en la sustitución del Estado liberal de derecho por el Estado social de derecho o Estado de bienestar.

Esta segunda generación de derechos del hombre constituye el producto de una lucha política que se refleja en una filosofía esencialmente diferente al liberalismo clásico de la primera generación. Esta filosofía, que la podemos calificar en general proveniente de las corrientes socialistas y socialdemócratas del siglo XIX, apoyada por el liberalismo igualitario, es originada por la miseria del proletariado y por las desigualdades sociales. Esta situación de conflicto llevaría a los teóricos y filósofos a reconocer que los que no poseían lo mínimo vital, y estaban obligados a vender su fuerza de trabajo en condiciones infrahumanas para sobrevivir —situación aún peor para mujeres y niños— que las libertades negativas no los salvarían de

este sistema de explotación. Los derechos en esta situación social no significaban nada o no tenían ningún sentido, y más bien aparecían inevitablemente como libertades “burguesas”,

Esta es la razón de ser de los derechos humanos de segunda generación. Convencido de la necesidad de incorporar los derechos sociales a la Constitución del Perú de 1979, el maestro Alzamora expresó lo siguiente:

“El hombre no es mera esencia; se realiza a través de una existencia, en la cual el aquí y el ahora son las determinaciones fundamentales de una situación en la que siempre estamos [...] Pero algo más: este hombre que se da como un sujeto singular, aparte de existir va edificando, a través de todas las etapas de su vida, una personalidad, se va produciendo, es el hombre situado”.

Y posteriormente sentencia:

“La incorporación de los derechos sociales dentro de la nueva Carta Fundamental del Estado señalará el camino que conduzca hacia una auténtica igualdad jurídica, en nuestra sociedad desarticulada y dual, con miras hacia un sistema más humano y más justo” (Alzamora, 1977: 35).

En efecto, esto sucedió con todas las libertades, los derechos políticos (de los cuales las clases proletarias estaban explícitamente excluidos), y las garantías (la justicia seguía siendo extremadamente onerosa, así como los abogados y la asistencia judicial); en todos los casos, estos derechos podían ser considerados como proclamaciones sin contenido real, es decir, como coartadas ideológicas que ocultan la situación de desigualdad social. Por ello, como señaló el maestro Mario Alzamora, “la fórmula llamada igualdad ante la ley no es otra cosa que la expresión de una de las notas constitutivas de ésta: la generalidad” (Alzamora, 1977: 41). En este caso, sería el principio de la universalidad de los derechos humanos.

De lo expuesto se desprende lo incompleto de la fórmula “todos son iguales ante la ley” que deberá ser sustituida por este concepto: la ley eliminará o atenuará las desigualdades derivadas de las distintas condiciones de la vida del hombre (Alzamora, 1977: 44). El maestro reafirma filosóficamente la necesidad de los derechos humanos de segunda generación, palabras que debemos recordar frente a los argumentos seudoliberales que quieren eliminar de la Constitución del Perú los derechos humanos de segunda generación.

En este caso, las *freedoms from* se transforman en *freedoms to*. Las nuevas libertades *positivas* complementan las libertades *negativas*. En lugar de exigir la no-intervención del Estado, ahora se exige su intervención; en lugar de una abstención estatal, ahora es una prestación que se le exige al Estado. Estos derechos humanos, llamados económicos, sociales y culturales, son: el derecho a la salud, a la educación, al trabajo, a la seguridad social, a un nivel de vida decente, etc.; todos mencionados en los tratados internacionales sobre derechos humanos de carácter

“programático”. En consecuencia, los derechos humanos de segunda generación (económicos, sociales y culturales), logran tornar a los derechos formales, es decir, a los *freedoms from*, en reales o al menos, mucho más factibles.

En este proceso de luchas sociales, el sufragio universal constituye una conquista socialista o de igualdad política, así como los diferentes derechos (de asociación, de huelga, etc.), que vienen a complementar las libertades de la primera generación. Además, estas libertades positivas llegan a transformar progresiva y profundamente la naturaleza del Estado, y en consecuencia, las posturas de la filosofía política relacionadas a la problemática de los derechos humanos. Entonces, se puede afirmar que la realización de los derechos humanos de segunda generación se hace a través del Estado.

El efecto de transformar la naturaleza del Estado nos hará concluir que el único régimen político para asegurar estos derechos humanos es la democracia. Sin embargo, el liberalismo moderno asume “objetivamente” que esa transformación del Estado es tan solo un “hacer para”, como un mero derecho de crédito, donde la interacción entre el Estado —“sujeto pasivo”—, e individuo —“sujeto activo”—, causa la aceptación de la responsabilidad de toda la comunidad (representada por el Estado) en apoyarlos —a los individuos— en una situación de conflicto abortado; por ello, la titularidad del derecho recae en el hombre en su individualidad (Lafer, 1994: 147).

Entonces, los derechos humanos de segunda generación logran darle una relación sustancial (carácter positivo) a la interacción entre el Estado (gobernante) y los individuos (gobernados), donde estos últimos expresan sus fines y propósitos en sociedad (comunidad); además, son estos derechos los medios políticos que encarnan la libertad que se promueve para el control político-económico-social de los gobernados. Esto sólo es posible en regimenes donde existan plenos canales de participación política, y se respeten los principios de igualdad y libertad (Rivero, 1980: 17-25).

Para el jurista Enrique-Pérez Luño, el conflicto es más complejo en el plano teórico con respecto al salto a los derechos humanos de segunda generación: Un ataque que se dirimió en un triple frente: filosófico (positivismo comtiano, organicismo, sepersonalismo), político (marxismo y nazismo) y jurídico (realismo escandinavo y normativismo kelseniano). En esa etapa la experiencia jurídica parecía abocada a un triunfo definitivo del monismo, que negaba y abolía el segundo término de la consabida dicotomía: derecho objetivo/derecho subjetivo.

No obstante, se ha presentado una serie de críticas contra la existencia de los derechos humanos de segunda generación. Primero, la modificación del estatus del Estado podría debilitar la protección de los derechos de primera generación, así como las contradicciones en exigir al Estado la no-intervención, en el campo del espacio privado, y por otro lado, se le exige estar más y más omnipresente en la sociedad, es decir, se le exige que haga “menos” en el mercado (primera generación), mientras que se le demanda que intervenga “más” en la sociedad (segunda generación). Obviamente que los objetivos son distintos; en el primer

caso, los derechos humanos se oponen a la arbitrariedad y a la intervención del Estado en los campos de la conciencia y la libertad individual; mientras que, en el segundo caso, se le exige a la primera generación que no valgan solamente para una pequeña minoría. No obstante, es necesaria la intervención del Estado, siempre bajo el modelo de un Estado de derecho y un sistema democrático.

Otra crítica es el posible riesgo que la inflación de funciones del Estado convierta al aparato estatal en un centro de reglamentaciones (inflación legislativa y multiplicación de reglamentos, declinación de la autonomía de la voluntad, transformación potencial de los individuos independientes en asistidos, etc.) que obstruya efectivamente en el pasar cotidiano de los días, los derechos humanos de ambas generaciones.

Estos derechos humanos corren el peligro de diluirse en una gran cantidad de reglamentos administrativos y en la propia administración burocrática del Estado, que en la práctica lo torna en inútil. Esto se debe a que la mayor dificultad del concepto de derechos humanos se centra en el carácter específico de esta noción y de su clasificación en una categoría jurídica particular. Para Delvaux los derechos humanos contienen una noción iusnaturalista, siendo necesario para su eficacia un poder jurídico individual, el cual se manifiesta en la noción de derecho subjetivo; por ello, los derechos humanos de segunda generación no pueden compatibilizar con esta noción, ya sea porque no concuerdan en el titular, con la relación jurídica o con el interés a tutelar —por ello, el constitucionalismo francés del siglo XIX crea la figura jurídica de libertades públicas—; la atomización de los derechos humanos produciría la desigualdad y el quebrantamiento del principio de universalidad.

Una tercera crítica es su eficacia mediata. La discusión sobre la falta de fundamentación filosófica y jurídica —más allá del carácter normativo— de los derechos humanos, y la contradicción que puede existir entre los derechos humanos de segunda generación con los de primera generación (de eficacia inmediata), son factores para que algún sector de la doctrina considere que el problema fundamental de los derechos humanos de segunda generación es la dificultad que muestra su ejecución. Por ejemplo, la autoridad judicial puede ser reticente en reconocerle a una persona que el Estado le debe una obligación —en el caso del Perú, la propia Constitución en su undécima disposición final transitoria pone un límite a la eficacia de los derechos humanos de segunda generación—, y de allí su carácter programático. Este debate ya ha sido superado por la doctrina, el desarrollo de políticas públicas y programas sociales que han implementado estos derechos.

Finalmente, como dicen Pérez Treviño, Carlos S. Nino y Francisco Laporta —desde una óptica liberal y iusnaturalista—, la universalidad de los derechos humanos establece que el titular de los derechos humanos es solamente el ser humano. Así, no puede considerarse ninguna subclase de individuos. Nino afirma que la pertenencia a la especie humana es condición necesaria y suficiente para gozar de los derechos en cuestión, en tanto que otras propiedades —raza, sexo, inteligencia, actos cometidos o padecidos, etc.— son irrelevantes (Nino, 1989:



41). Laporta complementa a Nino al decir que “la noción de universalidad de los derechos humanos implica su adscripción a todos los individuos al margen de su circunstancia vivencial o contextual, lo cual supone la superación de las moralidades positivas en favor de una ética común y general” (Laporta, 1988: 34), pues todos los seres humanos se consideran agentes morales.

Asimismo, señala Delvaux que la cuestión de la especificidad de la noción de los derechos humanos en el derecho positivo está esencialmente relacionada con el problema de la sanción de estos derechos: las libertades conservan su carácter de referencia situadas en el contexto de principios generales, y puedan ser invocadas como tales ante el magistrado de orden interno. Sin embargo, si estos principios son definidos, limitativos y están regulados por leyes, los derechos y las libertades pierden toda su especificidad: en este caso, la atomización crea diferencias y debilita la noción de igualdad de todos los hombres como seres vivientes con una misma dignidad social (Delvaux, 1983: 530-531; Meyers, 1988: 13; Pérez T., 1995: 471; Rivero, 1981: 30).

En consecuencia, está claro que los derechos humanos de segunda generación son la ruptura final con la concepción del individualismo clásico y la concepción abstracta de ser humano como ente moral, tornándolo ente social: esta nueva concepción considera a los derechos humanos como una situación jurídica intersubjetiva, cuyo elemento, el interés social, cambia la concepción del ser humano sobre la sociedad, transformándola en una sociedad más igualitaria (Fernández S., 1990: 392).

### 3.3. Positivación de la segunda generación

De otro lado, en el ámbito del derecho internacional (segundo proceso de positivación de los derechos humanos) encontramos muchos avances al respecto de la presencia de las organizaciones internacionales, la adopción de tratados internacionales de derechos humanos de carácter programático y el reconocimiento por la comunidad internacional de la situación de desigualdad social de los distintos grupos sociales (Cançado, 1998: 39-62; Vivanco, 1997).

La contradicción entre los derechos humanos de primera y segunda generación o la superación doctrinaria de la dicotomía por el reconocimiento de la indivisibilidad de los derechos, como lo expresa Cançado Trindade, se logró en el ámbito internacional con la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán de 1968, que proclamó la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, afirmando que la plena realización de los derechos civiles y políticos era imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, la Resolución 32/130, “Medios Alternativos en el Sistema de las Naciones Unidas para Perfeccionar el Goce Efectivo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”, de diciembre de 1977 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, procede a realizar un análisis global del lugar del individuo en la colectividad y de los derechos de la colectividad con respecto a los individuos.

Entonces, estos instrumentos jurídicos internacionales no hicieron más que poner en claro el carácter de complementariedad de los derechos humanos, al manifestar que los derechos sociales o colectivos y los llamados derechos de solidaridad, cronológicamente más recientes, interactúan con los preexistentes derechos, pero no los substituyen. La Resolución incluye también a los derechos humanos de tercera generación en su noción humanista (Cañado, 1998: 42-43; Álvarez, 1998: 136).

Estos nuevos derechos humanos se dirigen hacia la protección social de las personas que conviven, tanto la mujer, el trabajador, el niño y el adolescente. Estos derechos cumplen una forma social, y el individuo tiene que ejercerlo con un sentido o función social. Por ello, se adoptaron una serie de tratados internacionales —derechos también insertados en las Constituciones de las democracias liberales y de los regímenes socialistas—, que reconocen estas desigualdades, divididos por determinadas materias.

Además, dentro del desarrollo progresivo de tratados sobre derechos humanos, cabe acotar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU elaboró el proyecto (Protocolo Facultativo) de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) que permitirá denunciar las violaciones en materia específica de esos derechos para que sea aprobado por la Asamblea General de la ONU<sup>64</sup>. Muchos países estarán reuñentes a su ratificación porque están económicamente imposibilitados de cumplir con su papel de intervenir socialmente para tornar en eficaces esos derechos. Tales denuncias crearían una situación de desigualdad frente a otros ciudadanos que reclamarían con justa razón ese mismo derecho, al mismo tiempo que no tienen la capacidad económica y social, de llegar a ser tutelados por esa misma instancia máxima de protección internacional.

En materia de protección de los derechos de los trabajadores, existen dos tipos de instrumentos internacionales que han sido regulados por la Organización Internacional del Trabajo<sup>65</sup>: los convenios de la OIT, de carácter vinculante para los Estados miembros (integrado por representantes de los gremios de trabajadores, de empleadores y del Estado), y las recomendaciones, de carácter no obligatorio. Durante la década de 1990, la flexibilización del régimen laboral trajo consigo el incumplimiento de estos convenios internacionales —cerca de sesenta convenios de la OIT se encuentran vigentes para el Perú—, por lo que el Perú fue indirectamente criticado mediante la “Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento”, de 18 de junio de 1998 en la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra, Suiza. Si bien es cierto esa declaración no fue una crítica “directa” al Perú, si lo fue a todos los países que incumplían con los convenios de la OIT en ese entonces.

64 Fue adoptado el 10 de diciembre de 2008 durante el sexagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General de la ONU y entró en vigor el 5 de mayo de 2013. A la fecha lo han ratificado veinticinco Estados. El Perú no lo ha ratificado.

65 La Organización Internacional del Trabajo se adoptó en Versalles, el 28 de junio de 1919. El Instrumento de Ratificación se depositó el 9 de marzo de 1920. Vigente, desde el 7 de febrero de 1922.

## 4. Tercera generación de derechos humanos

Podríamos sostener que los derechos humanos se basan en una ideología individualista y tienen como sustento jurídico la noción de derecho subjetivo. Sin embargo, en el devenir histórico de la sociedad capitalista occidental, reivindicaciones de grupos sociales con propia identidad política, social, cultural, étnica, lingüística, nacional, etc., se han amparado en derechos humanos nuevos, con valoraciones morales propias.

Podríamos decir que la guerra fría y el mundo polarizado incubaron de cierta manera estas contradicciones sociales que poco a poco fueron formándose en el seno de los Estados. Las contradicciones políticas de los Estados expansionistas y hegemónicos hicieron conscientes —teóricamente o no—, a organismos internacionales, individuos y naciones enteras la necesidad de un sistema internacional de protección de sus intereses como colectividad, como nación, y más allá todavía, como humanidad.

Tanto el diálogo político hemisférico Norte y Sur, la experiencia del Grupo de los no Alineados, como el fin del colonialismo, la reivindicación de la autodeterminación de los pueblos y de las religiones y las exigencias de muchas naciones de constituirse en Estados, son los elementos que constituyen el ambiente ideológico para los derechos humanos de tercera generación (Lafer, 1994: 151-155). En un plano teórico, los comunitaristas como MacIntyre, Sandel, Bellah, Taylor, Walzer y el propio Kymlicka, han realizado aportes en este campo ideológico<sup>66</sup> para la constitución de los derechos comunitarios.

### 4.1. Evolución de los derechos humanos de tercera generación

La reivindicación de los nuevos derechos humanos ha tenido distintos ribetes. El caso más interesante es Estados Unidos y la inflación de las reivindicaciones sociales que invocan la autoridad moral de los derechos humanos. Sucede que todo grupo particular, todo interés corporativista, exige ventajas para sus miembros, un porcentaje del gasto económico, una cuota garantizada de empleo. Estas reivindicaciones sociales son muy legítimas; un ejemplo esclarecedor es la llamada *affirmative action* (“discriminación positiva”). Se trata de una acción política que tiende a favorecer el despegue (*take-off*) cultural de la población

66 Trabajos críticos sobre comunitarismo de diversos autores, DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho (Alicante), 17-18 (1995). Podemos apreciar la posición de los comunitaristas en las siguientes obras: MacIntyre, 1981; Sandel, 1982; Taylor, 1983; Walzer, 1983.

afrodescendiente, reservando, por ejemplo, a esta comunidad una cierta cuota para el ingreso de las universidades.

El debate sobre el multiculturalismo se desarrolló teóricamente en Norteamérica, y en países que tienen variados grupos etnoculturales en su seno es una constante política. En ese marco, se redefine al Estado: un Estado-nación —comunidad jurídicamente organizada e históricamente determinada, con instituciones propias cuya finalidad es el desarrollo cultural de su organización—, un Estado multinacional —unidad jurídicamente organizada sobre políticas centrales que gobiernan o rigen sobre más de una nación al mismo tiempo—, o un Estado multiétnico. La mayoría de los Estados latinoamericanos son multiétnicos o multinacionales o constituyen una nacionalidad política con pueblos indígenas.

Las demandas de minorías culturales y en algunos casos, nacionales, son reivindicaciones políticas ligadas a la reforma de la administración de justicia, la administración de uso y usufructo de los recursos naturales, libertad de prácticas y valores culturales propios, etc.; sin embargo, la democracia liberal occidental respeta la libertad e igualdad moral de sus miembros como individuos, como ciudadanos, mas no necesariamente otorga derechos diferenciales comunitarios, o de distribución de bienes y servicios entre minorías nacionales, étnicas o hasta sexuales. Durante la década de 1990, esta tendencia ha ido cambiando, pero con los sucesos del 11 de septiembre de 2001, es posible que veamos una regresión en la afirmación de las diferencias sociales y la falta de respeto a grupos culturales, étnicos y religiosos disímiles, en una suerte de dictadura monocultural.

Para estos actores colectivos se comenzó a definir la noción de derechos colectivos<sup>67</sup>, pero hay que tener muy en claro que este desarrollo de los derechos colectivos se da en el marco ideológico comunitarista, bajo el contexto político de la guerra fría y la pretensión de la liberación de las excolonias, que se caracterizan como colectividad por su naturaleza racial, etnológica, nacional, lingüística o religiosa, y por condicionantes materiales, políticas, económicas, sociales y culturales.

Tal política de reconocimiento de derechos sociales a colectividades parece en efecto esencial e indispensable si se quiere salir del círculo vicioso de las discriminaciones a grupos culturales de los países del hemisferio sur. Por ejemplo, en Estados Unidos, los afroamericanos, seguidos de los hispanos, serán incapaces de convertirse en un peso social necesario frente a la cultura societaria "oficial" anglosajona, a no ser que prosigan sus estudios y dejen de transmitir su ausencia de formación a sus descendientes, y así sucesivamente (Kymlicka, 1996: 30-31; Smith, 1996: 74). En ese sentido, Haarscher manifiesta lo siguiente:

"De allí tenemos la idea de reservar a los afroamericanos a un cierto número de plazas en las universidades: es así como aparece la acción

67 Van Boven los define como: "Los derechos de las minorías, en cuanto a la conservación y desarrollo de sus características y el derecho de los pueblos a la autodeterminación, esto es, el derecho a determinar libremente su política y a buscar libremente su desarrollo económico social, y cultural" (Van Boven, 1984: 96-99).

*affirmative*, que tiene como efecto positivo el garantizar a la comunidad negra las ventajas que le permitirán —al menos es eso lo que se espera—, de poner en marcha un proceso acumulativo de formación de élites. Pero esta acción aparece también incontrastablemente como un acto de discriminación: una vez cubierta la totalidad de las vacantes acordadas a los blancos, es evidente que se rechazará, para respetar el principio de cuotas, a un estudiante blanco cuyos resultados (ya sea en una prueba o en un examen de admisión), fueran superiores a los del negro aceptado. Esta es indiscutiblemente una posibilidad que, si sucede, dará lugar a un recurso ante la Corte Suprema. Así, un principio de primera generación entraría en conflicto con una exigencia de segunda generación: la igualdad ante la ley (si hay exámenes de admisión, es normal que el mejor sea aceptado, y la instauración de cuotas implica un acto arbitrario de discriminación), se opone en este caso al derecho a la educación y a la cultura, cuyos titulares son los afroamericanos que se benefician de la *affirmative action*" (Haarscher, 1993: 43).

Este mecanismo de nivelación de oportunidades se ha insertado dentro de las medidas de solución de problemas culturales en un mismo Estado o encontrándose en este a minorías culturales. Por ejemplo, en algunos países existe la labor administrativa sobre la base del respeto de los derechos multiétnicos (criterio de los derechos diferenciales), como son la política cultural y educativa multicultural; el caso de la educación formal bilingüe o la autorización de prácticas o políticas de promoción religiosa y cultural de minorías nacionales; derechos especiales de representación social; la representación política especial de naciones minoritarias en los gobiernos centrales o federados cuando se encuentran en situación de indefensión política o social, o cuando no se encuentran concentradas geográficamente en un solo territorio. Estas soluciones deberían aplicarse en muchos países americanos como Perú y Argentina (Bazán, 2001: 1).

En su momento, la Comisión Nacional de Pueblos Andinos y Amazónicos del Congreso de la República (2001-2006), propuso una serie de reformas constitucionales que han sido incluidas en su mayoría en el proyecto constitucional de 2002. Entre las propuestas figuran:

“La declaración que los pueblos indígenas son originarios y tienen derechos anteriores a la formación del Estado; mantienen una cultura propia y un espacio territorial, y se autorreconocen como tales. Además, se plantea que las comunidades tengan autonomía en el control, uso racional y administración de los recursos naturales existentes en su interior; y que su territorio y tierras sean inalienables, asimismo un canon de 50% para esas poblaciones por explotación de recursos minerales. Asimismo, el derecho de los pueblos indígenas a ejercer su administración de justicia, y una cuota de representación nacional en el Congreso de 10% como Colombia y Panamá” (*Gaceta del Congreso*, 2002: 3).

Para Haarscher, estas acciones de protección de grupos sociales dentro de la libertad individual de la democracia occidental son peligrosos por lo siguiente:

“No obstante, lo he dicho, tal tensión es normal, cualquiera que esta sea, y es necesaria para sopesar cada vez que se pone en riesgo o en peligro haciéndose prevalecer uno u otro principio en el grado de opiniones políticas y de elecciones éticas. Lo que por el contrario parece eminentemente peligroso y causa con toda seguridad un efecto perverso es la multiplicación desordenada y salvaje de tales acciones; cada grupo reivindicando para sí, en las situaciones más diversas, ventajas particulares o medidas correctoras a su estado desfavorecido” (Haarscher, 1993: 44).

Es posible debilitar los derechos de primera generación creando diferencias sociales y vaciando el principio de la igualdad ante la ley de todo contenido, como sucede con las propuestas de Kymlicka y de Rawls. En segundo lugar, el Estado estaría imposibilitado de satisfacer todas las exigencias sociales que en algunos momentos se volverían hasta opuestas. Entonces, podría entenderse que los derechos del hombre no constituyen exigencias categóricas, y que toda acción legítima no siempre podría ser satisfecha. La consecuencia sería un debilitamiento de la legitimación inicial de los derechos humanos y podría hacer olvidar que la primera demanda social es una lucha sin excepciones contra la arbitrariedad estatal y privada, sobre todo cuando el espacio cívico se ha venido limitando en la mayoría de los países del mundo, y que es posible aceptar la situación de violación de derechos humanos para satisfacer otros. El incremento de las reivindicaciones de nuevos derechos humanos podría debilitar a los derechos precedentes que actualmente pueden ser usados como instrumentos políticos para una manipulación política, como ocurre en ciertas actuales dictaduras y pseudodemocracias autoritarias.

## 4.2. La crítica liberal hacia la eclosión de los derechos

Las críticas de los liberales y positivistas sobre los derechos humanos de tercera generación se centran en los efectos que estos acarrearán a las generaciones de derechos anteriores. Es un claro ejemplo de ello el fenómeno denominado “contaminación de las libertades” (*liberties' pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden al perjuicio causado a los derechos fundamentales ante determinados usos de nuevas tecnologías y de otras prácticas sociales, restando importancia a la génesis de los nuevos derechos humanos.

El argumento liberal utilizado ha sido de carácter teórico y político. Afirman que no quieren negar la importancia de estas reivindicaciones, o los ideales que las sustentan, ya que son aceptables políticamente, y muy urgentes en la agenda de la política exterior de muchos países. Sin embargo, la naturaleza de estos

derechos no está aún definida y afirmar que son derechos humanos cuando estas exigencias son muy gaseosas —frente a la fuerte y estructurada noción jurídica de derecho subjetivo—, es dejar tal vez entender que todos los derechos humanos constituyen ideales que rayan con la moral. En consecuencia, el posible riesgo es legitimar la acción de los autoritarismos modernos, proclive a jurar por la democracia y respetuoso de las formas, defendiendo el bien común y las vagas reivindicaciones sociales, dejando indefensa a la sociedad ante cualquier acto de arbitrariedad escudado por la defensa de los derechos y democracia. Es decir, mientras los autoritarismos tengan mayor discrecionalidad, usarán más de las declaraciones de derechos de naturaleza política, con nulas consecuencias prácticas, como son los instrumentos internacionales de derechos humanos de tercera generación. Mientras estos nuevos derechos no se logren positivizar, serán derechos naturales, que se quedarán en aspiraciones políticas.

Después de todo, la mayor parte de los regímenes políticos latinoamericanos justifican su existencia y su actuar sobre la base del progreso, desarrollo y el trabajo, la reconstrucción nacional de un país, la lucha por la verdadera libertad de su pueblo y la defensa de grandes valores morales, en fin, todos ellos representados en el bien común, el interés nacional o público, cuando estos valores y conceptos jurídicos se encuentran desvinculados de toda eficacia práctica en el correr de esas dictaduras. Además, estos regímenes usan cuanto foro internacional aparezca o se organice para utilizar una dualidad discursiva, capaz de comprometerse con gestos simbólicos, mientras que la dictadura sigue actuando férreamente contra sus propios ciudadanos. Es por ello necesario entender que la fuerza de los derechos humanos se encuentra en esencia en su carácter concreto, positivo, práctico, jurídico, en la fuerza efectiva que ellos representan contra el abuso del poder político y más aún, los poderes económicos que ejercen también otro tipo de violencia contra ellos. Pensemos en nuestra región por un segundo, y veremos que en la mayoría de los países latinoamericanos hemos vivido experiencias de poderes que están por encima de la ley y del Estado formal de derecho, causado por una visión fragmentada de la realidad y una visión feudal o patrimonial de la política. Nuestro país ha sido la última muestra de esta tradición del poder oculto latinoamericano con Vladimiro Montesinos (Cotler, 1978; Rospigliosi, 2000a: 83; y 2000b: 152; Sanders, 1997: 163).

Se tiende a extender, inflar y expandir el contenido de la tutela de las libertades fundamentales, y en muchas ocasiones esta extensión se da de una manera legítima. Por ejemplo, el carácter amplio, flexible y general de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos obviamente se encuentra en la perspectiva iusnaturalista lockiana de la fundamentación de los derechos humanos, donde los derechos naturales anteceden a la concepción misma del Estado. Sin embargo, esta declaración política es de carácter individualista.

Veamos un ejemplo de este *continuum* de la dualidad discursiva de los derechos humanos. Los padres de la independencia de los Estados Unidos y redactores de las grandes declaraciones de derechos no tenían ninguna intención de liberar a los esclavos negros, un tema económicamente complicado para las colonias

del sur que dependían de ese modelo de explotación, por lo que sus principios respondían a un ideal, pero reconocían una situación de facto, es decir, mantener un estado de servidumbre y a la vez implementar el principio universal de la igualdad, situación que se fue reconociendo como una tensión económica, política y social (Castañeda, 2000: 136-137; Rey Martínez, 2001: 15):

“Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; y que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, tiene el pueblo derecho a reformarla o a abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en esos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio sea la mas adecuada para alcanzar la seguridad y la felicidad”.

Así, para Hannah Arendt, la Revolución “americana” significó en el desarrollo histórico de los derechos humanos, la *constitutio libertatis*, es decir, el establecimiento de una de las primeras libertades que buscó la reforma protestante sobre la base de una filosofía individualista que expresaba el acto de fe como un acto individual por gracia de la libertad religiosa. Jellinek afirma que la Declaración de Virginia de 1776, junto a la de los demás Estados norteamericanos, el actuar político del gobierno de los Estados Unidos y el de sus ciudadanos de origen protestante, benefició aún más la eficacia de tales libertades (Lafer, 1994).

Otro problema que se presenta es con relación a las clases y grupos sociales. Por ejemplo, por mucho tiempo las mujeres han sido excluidas de los derechos que les habían sido reconocidos a los hombres; los derechos económicos y sociales han permitido igualmente extender la garantía de las libertades fundamentales a los trabajadores, es decir, a los excluidos de facto de la sociedad capitalista, etc. Podemos ahondar en más ejemplos donde todas estas libertades han preservado el carácter concreto y efectivo de los derechos humanos de primera generación.

Ciertamente existen tensiones entre los derechos de la primera generación y los de segunda generación. Hay una clara diferencia entre el *Minimal State* y el *Welfare State*, la cual es la exigencia de abstención y la demanda de prestación, es decir, la forma de la intervención del Estado en la sociedad. Pero estas controversias no afectan el carácter concreto de los derechos, aunque sus efectos sociales puedan sí ser perjudiciales. Así, Laporta —contrario a la expansión de los derechos humanos de tercera generación— afirma que:

“[...] haríamos bien en no trivializarlos [los derechos humanos] apelando a ellos sin ton ni son o extendiendo los catálogos y las generaciones arbitrariamente, puesto que de ello puede depender no solo el que sean reconocidos, sino sobre todo el que sean efectivamente realizados en algún momento de la historia de la especie humana” (Squella, 1991: 193-194).



Laporta concluye su posición en contra de la expansión de los derechos humanos a afirmar que la escasez de los derechos humanos favorecería la fuerza de estos, en tanto que su multiplicación aminoraría su fuerza justificatoria o motivacional. Este jurista niega y olvida el principio de carácter progresivo de los derechos humanos, cuando los mecanismos de protección se hacen cada vez más intensos.

En consecuencia, todos estos críticos consideran que los derechos humanos de tercera generación son derechos reivindicados que se reducen a vagas exigencias morales, es decir, el hecho de concederles el estatus de derechos humanos en sentido lato podría acarrear el efecto de trivializar por inversión, es decir, en lugar de que los “nuevos” derechos extiendan y amplíen el campo de los antiguos derechos humanos, los debilitan y socavan o vuelven precario el estatus que recaen sobre los derechos humanos de las generaciones precedentes. La crítica liberal intenta excluir estos derechos en meras demandas sociales.

Finalmente el liberalismo considera que el proceso de amparo de los derechos humanos de tercera generación, llámese derechos colectivos o derechos comunitarios, es funesto cuando los nuevos derechos prevalecen por la fuerza sobre los antiguos (en particular sobre el concepto de seguridad, base de toda la estructura jurídica); se arriesga dando primacía a los derechos de la naturaleza, de la humanidad, o de las generaciones futuras, frente a los ataques actuales hacia el espacio cívico, a la persecución de los defensores de derechos humanos. Es por ello que actualmente es aún más necesario denunciar a los dictadores modernos, defensores del “progreso” y la “autenticidad” de las tradiciones culturales, ensalzando políticamente los derechos de tercera generación como una forma de “liberarse de los límites potencialmente efectivos y embarazosos para ellos, para su poder político tiránico” (Haarscher, 1981: 78-83).

### 4.3. Cimiento filosófico del derecho humano subjetivo

En las últimas décadas ha surgido una “tercera generación” de los derechos humanos. Son derechos heterogéneos y no configurados jurídicamente, es decir, son aún reivindicaciones sociales como la libertad informática, las garantías frente a la manipulación genética, el derecho a morir con dignidad, el derecho al cambio de sexo, o a la reivindicación de los colectivos feministas de un derecho al aborto libre y gratuito, derechos un poco ambiguos y suntuosos. Otro grupo de derechos nuevos son: el derecho a la paz, a un medio ambiente protegido, a la calidad de vida, a un desarrollo armonioso de las culturas, el derecho de un pueblo al desarrollo y al vivir en democracia, derechos de minorías étnicas (derechos humanos comunitarios), y a la capacidad de la humanidad (el derecho al disfrute del patrimonio histórico y cultural de la humanidad). Sin embargo, para el profesor Enrique Pérez Luño el catálogo de los derechos de la tercera generación está muy lejos de constituir un elenco preciso y de contornos bien definidos. Se trata, más

bien, de un marco de referencia, todavía *in fieri*, de las demandas actuales más acuciantes que afectan a los derechos y libertades de la persona.

Asimismo, han surgido muchas discrepancias doctrinarias al respecto. Los iusnaturalistas y comunitaristas apuestan por la defensa de los derechos humanos de tercera generación —entre ellos contamos a Celso Lafer, Hannah Arendt, Antonio Cançado Trindade, Javier Saldaña, con ciertos matices Will Kymlicka, John Rawls, Paul Janet, Lo Ducca y Peter Singer—, mientras que los neoliberales y positivistas —desde Popper y Misses a Guy Haarscher, Paul Delvaux, Carlos Massini, Nozick y hasta Jean Rivero—, critican su naturaleza y los efectos perjudiciales que puedan causar a las generaciones de derechos humanos anteriores. Veamos en que se centran las posiciones y las críticas de ambas tesis desde una óptica jurídica.

### 4.3.1. Elementos del derecho subjetivo

Pese a la defensa de estos nuevos derechos (Bercis, 1985), la introducción de los mismos no siempre esta precedido de una buena voluntad, y trae como consecuencia el debilitamiento decisivo de la exigencia de los derechos humanos, tanto los de primera y segunda generación, confundidos esta vez en una sola noción (Rivero, 1982: 673-86). En efecto, para que los derechos humanos posean un significado preciso frente al despotismo estatal de las dictaduras, es necesario establecer cuatro elementos muy bien definidos:

1. Un titular que pueda premunirse de estos derechos, que pueda protegerse. Celso Lafer señala que los derechos reconocidos del hombre en su singularidad tienen una titularidad jurídica indiscutible, el individuo. Sin embargo, en los derechos humanos de tercera generación, pasamos de una titularidad individual a una titularidad colectiva, donde surge una relación coherente entre individuo y colectividad en algunos casos, y en otros, hay una posible y constante contradicción de intereses, que tienen como causa la multiplicidad infinita de grupos que pueden superponerse unos a otros, lo que traería como consecuencia una difusa y potencial imprecisión en materia de titularidad colectiva, como sucede con las minorías étnicas, religiosas, lingüísticas y hasta sexuales.
2. Un objeto que explaye el contenido al derecho, es decir, el contenido valorativo pasa de un principio a una regla precisa.
3. Una situación de oponibilidad que permita al titular hacer valer su derecho en una suerte de instancia procesal por encontrarse en una situación de afectación o vulnerabilidad del derecho.
4. Una sanción organizada, es decir, la posibilidad que no solo se busque protección, sino que exista un mecanismo de protección que sancione las conductas que afecta el derecho.

Estos cuatro elementos configurarían los derechos humanos, al menos desde una óptica que entiende a los derechos humanos como derechos subjetivos. En consecuencia, la noción de derecho subjetivo —muy apreciada desde el derecho civil— se entiende como la facultad de obrar con la finalidad de satisfacer un interés propio e individual del sujeto que detenta este poder. Además, esta noción también es una herramienta jurídica social de protección para el interés individual, para la autonomía privada, desarrollada tanto por la escuela civilista francesa como por la escuela alemana. Según estos elementos, el positivismo y el neoliberalismo cuestionan de la siguiente manera a los derechos humanos de tercera generación (Lafer, 1994: 151; Delvaux, 1983: 532; Rivero, 1982: 676):

“[...] en cuanto a la titularidad de estos derechos, ¿quién es el titular de los derechos del hombre? ¿El individuo? ¿Los pueblos? ¿La humanidad? ¿Quién estrictamente hablando podrá premunirse de estos derechos? En cuanto al contenido de estos derechos: ¿Y sobre el contenido de estos derechos? ¿Acaso no hay nada más vago que la protección del medio ambiente o el respeto de las culturas, como es la “paz”? Proclamar, por ejemplo, el derecho a un ambiente pacífico, ¿implicaría un pacifismo radical? ¿Una situación de neutralidad? ¿Un derecho a la guerra limitado por la defensa? ¿En que tipo de condiciones estrictas se desenvolvería? ¿El medio ambiente debe ser preservado de toda contaminación relacionada con la industrialización? Pero entonces, ¿cómo hacer compatible tal exigencia con el derecho al desarrollo, también incluida en la categoría de “nuevos derechos del hombre”? De otro lado, ¿en qué consiste el criterio de oponibilidad, o por quienes estos derechos podrían ser invocados? ¿Por los Estados? ¿Por las empresas privadas? ¿Por instancias internacionales? Asimismo, en cuanto a la sanción, ¿cuál sería la maquinaria judicial, cual sería la fuerza pública a utilizar, y quiénes reconocerían a tales derechos su efectividad?” (Haarscher, 1993: 42).

Delvaux mantiene una visión menos apasionada en este tema, menos crítica que la de Haarscher y tan cautelosa como la de Rivero sobre la ampliación de los derechos incluyan a los derechos humanos de tercera generación. Hace más de quince años, había intentos de reforma constitucional que mostraron la expectativa de elaborar el “catálogo de ilusiones” de estos derechos (Haro, 2001: 20).

### 4.3.2. Derecho subjetivo vs. sujeto de derecho

De la misma opinión es Delvaux, ya que afirma que la aparición de nuevos derechos se debe a la explosión o estallido de la noción de sujeto de derecho, noción jurídica elástica y permeable, mediante la cual se puede considerar varios centros de imputación (entes sociales), con derechos y deberes. Estos centros de imputación se pueden agrupar en colectividades (personas jurídicas) que reclaman una protección jurídica mediante “los derechos humanos”. Entonces, la noción liberal de derecho subjetivo finalmente tiene una noción opuesta: la noción de

sujeto de derecho (en la esfera del derecho interno y del derecho internacional) que de alguna manera reagrupa a diversas entidades sociales que reivindican derechos, y que están siendo configurados como derechos humanos.

Cabe mencionar que esta elasticidad del concepto se manifiesta en la posición de Torres y Torres Lara, quien sustenta la ampliación de la tutela de los derechos humanos en el ámbito constitucional a las personas jurídicas basándose en que “el artículo 2 de la Constitución de 1979 incluía a todas las personas jurídicas” (Torres y Torres Lara, 1987: 208), es decir, específicamente a “las personas jurídicas que resulten del derecho de asociar personas” (Torres y Torres Lara, 1987: 210). Por otro lado, sobre la explosión de sujetos de derecho en el ámbito internacional, la colectividad humana es un sujeto que se está configurando como centro de imputación de derechos y deberes dentro del renovado iusnaturalismo publicista (García M., 2001: 10).

Volviendo a Delvaux, éste afirma que la “parcialización” del hombre hasta su atomización se da por la protección total que se le hace a su dignidad, integridad, unidad moral, física, patrimonial, etc. Se ve al hombre como unicidad en su personalidad desdoblada continuamente, causando una ampliación desconsiderada de derechos que “arriesga a conducir con su propia pérdida en un vacío de significado, de todo sentido y sustancia, a la noción de derechos del hombre” (Delvaux, 1983: 528-9).

Sin embargo, dentro de la doctrina moderna han surgido discrepancias sobre la identificación de la noción de derechos humanos con el concepto jurídico de derecho subjetivo. Una primera objeción es que el derecho subjetivo —interés tutelado jurídicamente— otorga al individuo un poder o una facultad que éste tiene sobre una cosa o situación. Para Michel Villey —iushistoricista—, los derechos humanos se basan sobre una cosa justa, no sobre una ventaja jurídica individualista y personalista; de este modo, los derechos humanos son vistos entonces como un interés particular en beneficio individual y en perjuicio del bien común y del orden público.

Otra contradicción es que el derecho subjetivo se basa sobre una relación de oponibilidad que transfiere a la noción de derechos humanos; así, la noción de facultades o libertad en comunidad se va fraccionando en tantas libertades, y se va defendiendo con más energía por el individuo según el poder o el derecho “humano” que le corresponde, trayendo como consecuencia “el desplazamiento del derecho en infinidad de derechos usurpados por el interés de los particulares”. Esto nos aleja del espíritu o de la concepción de igualdad y libertad de los derechos humanos.

Otras dos incompatibilidades entre derechos humanos y derechos subjetivos son: el relativismo e individualismo en que recae la noción filosófica y jurídica de derecho subjetivo, y la segunda es la limitación normativista de esta misma noción jurídica (Massini, 1994: 11; Villey, 1976: 34).

Se puede afirmar que los derechos humanos han nacido en un sistema dominante que no es el propio ni el propicio para su aplicación. En efecto, gestados en un mundo políticamente institucionalizado bajo la forma dominante de los derechos subjetivos, instalar la conciencia de necesidad de los derechos humanos y bajo el signo de la universalidad, será muy difícil.

Afirma Barcesat sobre la diferencia entre el concepto de derecho subjetivo y el concepto de los derechos humanos que el primer concepto tiene detrás el sustrato del interés, mientras que los derechos humanos se sostienen por una necesidad: no es comparable el sentido del interés privado, una suerte de poder sobre una mercancía, frente al goce de derechos que permiten al ser humano realizarse.

En consecuencia, los llamados derechos de tercera generación no pueden responder a ninguno de estos cuatro criterios clásicos de los derechos humanos desde la perspectiva liberal. Ciertamente es riesgoso desde el ámbito político la identificación del titular de estos derechos humanos de tercera generación. Nos hemos encontrado en las últimas dos décadas que viejos y nuevos nacionalismos, ideologías chauvinistas y fundamentalismos religiosos se han convertido en activos fantasmas de la libertad de los individuos, aunque seguro se convierte en un atentado a la propia concepción de sociedad del sistema capitalista occidental. Es más, podemos encontrarnos poderosas narrativas controvertidas en su seno como el derecho de autodeterminación de los pueblos, el derecho al desarrollo o a vivir pacíficamente, a la exigencia a que se respeten patrones culturales y costumbres de nación, grupo, etnia, etc. Parece ser que el problema vuelve a retomarse en la contradicción del comunitarismo (derecho de la persona en comunidad) y el individualismo (derecho de la persona en su individualidad)<sup>68</sup>.

Los derechos humanos tienen características que estudia la dogmática jurídica: la universalidad del concepto, la transnacionalidad o internacionalización de los derechos del hombre, la irreversibilidad en el tiempo del derecho inherente a la persona, y la progresividad de éste. Estos principios encajan perfectamente dentro de una concepción individualista de los derechos humanos que no fueron puestas en duda hasta la aparición de los derechos de tercera generación. En el caso de la progresividad, dado que los derechos humanos no dependen de un ordenamiento jurídico preestablecido y son inherentes a la noción de persona, el reconocimiento y protección no son constitutivos, tan solo enunciativos. Así muchas constituciones recogen un catálogo de derechos fundamentales —*numerus apertus*— (Const. 1978, artículo 4 y Const. 1993, artículo 3); no obstante, la progresividad no encajaría dentro del avance de los derechos humanos de tercera generación, ya que estos derechos tienen como titular, no desde el concepto de derecho subjetivo sino de derechos morales —según el liberalismo—, metajurídico, a la humanidad representada por una persona, un conjunto de ellas, Estados, naciones, etc.

68 Después de Hegel, el teórico que ha intentado crear un sistema político —con base iusfilosófica liberal occidental—, ha sido Rawls, 1997. Del mismo autor, con un desarrollo del sistema político mixto propuesto sobre la base de su principio diferencial que se acerca a una noción de derechos humanos de tercera generación en Rawls, 1995.

En el derecho internacional, la comunidad internacional se convierte —se legitima mediante su forma de organización— en la titular de derechos humanos de tercera generación en representación, en muchos casos, de la persona humana, de los pueblos, naciones y otras entidades destinatarias de normas jurídicas internacionales, o tan sólo de la humanidad (Mariño, 1995: 17; Remiro *et al.*, 1997: 134-136).

Finalmente, el sustento de valores como la libertad, la igualdad para las generaciones anteriores se ven desplazados por el principio de la solidaridad de los derechos humanos de tercera generación: se ha reformado la noción de libertad, apartándose de la idea abstracta liberal (“en sí” y “para sí” hegeliano), y logra transformar a los derechos humanos en un acto con los demás y en un contexto histórico social determinado. Estos nuevos derechos humanos son esencialmente derechos de liberación del género (libertades de no-dominación) frente a la libertad formal de la norma interna o internacional. Posteriormente, estos derechos se irán concretizando cuando exista en algún momento cierta forma de “dominación” en una comunidad política. Mientras tanto, debemos esperar su desarrollo.

#### 4.4. Positivación de la tercera generación de derechos

En el plano constitucional, el proceso de positivización ha sido parcial. Tenemos como avance de protección de los derechos humanos de tercera generación la tutela de los derechos colectivos y los intereses difusos; asimismo, el *status activus processualis* (la autodeterminación de la protección de la persona o la protección dinámica de los derechos fundamentales, *dynamischen Grundrechtsschutz*, o en la terminología anglosajona *dynamic basic rights protection*).

Con respecto a la positivación de los derechos humanos de tercera generación, no existe explícitamente un Tratado Internacional que reconozca estos derechos. Ha habido declaraciones sobre medio ambiente y desarrollo sostenible, y también podemos citar a la Conferencia de Viena de 1993 sobre derechos humanos que marca un hito político al promover estos nuevos derechos. Sin embargo, se puede contar como antecedentes de tratados internacionales sobre derechos colectivos a la Carta de las Naciones Unidas de 1945, donde se consagra uno de los primeros derechos humanos de tercera generación como es el derecho a la autodeterminación de los pueblos —artículo 1, párrafo 2; artículo 55 de la Carta de Naciones Unidas—, siendo jurídicamente considerado como un derecho de titularidad colectiva, y que se acepta como principio básico del *jus cogens internacional* (este principio es recogido en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el de derechos económicos, sociales y culturales).

Estos nuevos derechos conocidos como derechos de solidaridad o de síntesis se han expresado en una pléyade de instrumentos internacionales, que no han generado

una pacífica inserción en la narrativa de derechos humanos. Eso ha pasado con el derecho a beneficiarse del Patrimonio Común de la Humanidad (Tello, 2001: 18, Rénique, 2001: 24; Palma, 2002: 15), que, por ejemplo, ha mantenido una situación conflictiva entre las grandes empresas corporativas y transnacionales y las demandas de los grandes movimientos sociales.

Por otro lado, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de tercera generación en el ámbito americano se han centrado en la promoción de los derechos de los pueblos a vivir en democracia y los derechos de los pueblos indígenas y las minorías étnicas. En cuanto al derecho a la democracia, un instrumento internacional de mucha gravitación política en el hemisferio americano será la Carta Democrática Interamericana de Lima<sup>69</sup>. La Carta Democrática, junto a la promoción de los derechos humanos de la política exterior peruana, se orienta a la consolidación de la democracia como sistema político interamericano, y es uno de los dos elementos políticos en que se sustentara la diplomacia peruana desde el gobierno de Toledo.

Este instrumento, junto a otros instrumentos internacionales como la Declaración de Machu Picchu (Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza, adoptada en Lima y Machu Picchu, el 28 y 29 de julio de 2001), o la Carta de Derechos Humanos de la Comunidad Andina de Naciones, son elementos de conformación de derechos humanos de tercera generación, como es el derecho de una nación o un grupo social a la democracia, o los derechos de los pueblos indígenas.

La Declaración de la Comunidad Andina logra relacionar la interdependencia de los derechos humanos, su respeto y existencia, con el ideal de democracia occidental; asimismo, refuerza la inclusión de los derechos humanos de tercera generación en el ideario del Derecho Internacional Americano. La Carta es parte de la política de integración total entre los países andinos, promovida por el Perú, elemento esencial para construir una capacidad de negociación en política internacional (Zegarra, 2002: 8).

En consecuencia, podemos apreciar un nuevo cambio de la noción de los derechos humanos y de su tratamiento en el derecho internacional en los años venideros. El posible riesgo de esta tutela radicará esencialmente en el uso político que se pretenda darle a sazón de la *realpolitik*, la *raison d'état* o intereses económicos de *lobbies internacionales*. Esta es la pared de las relaciones internacionales con que parecen chocar todas las teorías de la fundamentación de los derechos humanos.

69 La Carta se fue gestando desde el XXXI Asamblea General de la OEA, el 3 al 5 de junio de 2001 en San José de Costa Rica, donde se trató de fortalecer el sistema interamericano de protección de derechos humanos y se presentó un proyecto de la Carta. Finalmente, la Carta Democrática se aprobó el 11 de septiembre de 2001, en Lima, en la XXVIII Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA (Ferrero, 2001: 15).

## CONCLUSIONES

La intención principal de esta parte de nuestra obra es demostrar cómo se vincula la genesis de los derechos con la realidad social e histórica de la humanidad en tres puntos: el carácter político de los derechos humanos, la incongruencia jurídica de la clasificación de generación de los derechos humanos; y finalmente la nueva naturaleza jurídica de los derechos humanos.

La ausencia de la discusión de la dimensión política de los derechos humanos va más allá de una posición positivista o una miopía conceptual, es restar poder social y político a la emergencia de derechos, es decir, el carácter emancipatorio de los derechos. Una lectura integral de los derechos, que rechace la posición ahistórica y apolítica de los derechos humanos, si mantienen una mejor comprensión de su narrativa, podría tener no solo incongruencias sino el mal de la dualidad discursiva. Si bien queda la tarea de aclarar la relación con su naturaleza jurídica, queda claro que las ideologías han sido y son el sustento iusfilosófico de los diferentes derechos del hombre.

Por otro lado, en cuanto a la clasificación de los derechos humanos en generaciones, éstas no tienen más que un sustento pedagógico. Esta clasificación propuesta por el liberalismo político y el positivismo jurídico quieren desembarazarse de la problemática social y de la nueva visión emancipatoria de los derechos humanos. En un excelente trabajo la socióloga venezolana Ligia Bolívar —así como Courtis años atrás— nos muestra cómo la naturaleza jurídica de los derechos humanos conocidos como civiles y políticos no se distinguen de los derechos económicos, sociales y culturales.

Así, la libertad negativa (sustento político de los derechos humanos de primera generación) que le exige al Estado el limitar su poder, “detenerse” ante alguna suerte de umbral del círculo reservado a la autonomía del individuo, responde a una visión liberal clásica de la dominación estatal, y no tiene sólo sustento jurídico para los primeros derechos, sino para todos los derechos humanos frente a cualquier umbral arrebatado no sólo por el Estado sino por otras fuerzas sociales capaces de ello (sociedad civil, empresas transnacionales, medios de comunicación, organismos no gubernamentales, etc.).

Los *freedoms to* son, contrariamente a los *freedoms from*, los derechos a (“to”) una prestación cumplida por los órganos del Estado, que supuestamente son derechos que acarrear un fuerte gasto público, no son característica exclusiva de los derechos económicos, sociales y culturales. Lo cierto es que estamos hablando de dimensiones del mismo derecho humano, dos caras de una misma



moneda más que el carácter diferenciador de algunos derechos humanos sobre otros. Pensemos, pues, en el derecho a elegir y ser elegido en las democracias representativas como la peruana, en la cual es necesario instaurar tantas veces como sea necesario un conjunto de normas, instituciones y procedimientos para que se materialice el derecho de participación política de cada uno de los ciudadanos. Acaso de esta manera se produce gasto ante un derecho de primera generación, como es el derecho a elegir y ser elegido. Asimismo, existen otros casos en el cual el Estado protege el derecho a la vida o a la libertad estableciendo toda una maquinaria institucional abocada a ello, produciendo gastos continuos al Estado. En consecuencia, esta diferencia de generaciones de derechos humanos tenía relación con la forma en que se desenvolvía la sociedad capitalista de los siglos XIX y XX.

Por último, la libertad de no-dominación sobre grupos o colectivos sociales identificados, conscientes de sí, es un proceso que ha finalizado para hacerse conocer después de la guerra fría: grupos religiosos, étnicos, culturales y hasta la propia humanidad reclaman para sí derechos, como nuevos sujetos de derecho. Los derechos humanos se expanden a estos nuevos sujetos sociales. Actualmente, es urgente ampliar el catálogo de los derechos humanos con el fin de reconocer determinados derechos colectivos a grupos culturales. Y ello nos plantea la necesidad de la remoción del concepto de derecho subjetivo o la adaptación de los derechos de “tercera generación” a una noción de sujeto de derecho como centro de imputación de derechos y deberes: el sustento de los derechos humanos.

La conjunción entre la teoría de la democracia como marco político y los derechos humanos de tercera generación como aspiración de autonomía sociocultural, se debe a que la opresión a grupos culturales por parte de la cultura societaria “oficial” (el multiculturalismo), la hegemonización e imposición negativa de valores de una cultura o un sistema económico sobre otros (la globalización), y los desplazamientos migracionales debido a factores políticos, económicos, sociales, bélicos, etc. alteran completamente la noción de Estado, de derecho y sobre todo la homogeneidad de sociedades “liberalmente democráticas”, en especial, en Europa.

En los derechos humanos de “tercera generación”, pasamos de una titularidad individual a una titularidad colectiva, donde surge una relación coherente entre individuo y colectividad en algunos casos, y en otros, hay una posible y constante contradicción de intereses, que tienen como causa la multiplicidad infinita de grupos que pueden superponerse unos a otros, lo que traería como consecuencia una difusa interpretación y asignación de derechos. Hemos visto históricamente que la construcción política y jurídica de derechos no ha sido sana, ha emanado de una suerte de desbalance, de una violación constante de la dignidad del ser humano. Estos nuevos derechos no son la excepción, tan sólo queda detectar cuando la narrativa de la dualidad discursiva se apodera de estos para seguir extendiendo su red de dominación.

## BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ-ZAMORA y Castillo, Niceto

1944 *Ensayos de derecho procesal*. Buenos Aires: Jurisprudencia.

ÁLVAREZ VITA, Juan

1998 "Las Naciones Unidas y los derechos humanos". *Política Internacional, Revista de la Academia Diplomática del Perú* (Lima), número especial.

1999 "De la Declaración Universal de Derechos Humanos. Medio siglo de camino (1948-1998)". *Revista Cátedra* (Lima), año III, 4.

2000 "El Perú y los derechos humanos". Diario *El Comercio*. Lima, 10 diciembre.

ALZAMORA VALDEZ, Mario

1977 "La expresión constitucional de la igualdad y de los derechos sociales". *Revista del Foro*. Lima, año LXIV, 3 (jul.-sep.).

BASTERRA, Marcela

2000 "La nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela". *Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, año XVI, 165, enero.

BAZÁN, Víctor

2001 "Derechos indígenas y diversidad cultural. La experiencia en la República Argentina". *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, año LI, 23, junio.

BERCIS, Paul

1985 *Pour des Nouveaux Droits de l'Homme*. Paris: Lattès.

BIAGGI GÓMEZ, Julio

1989 "La administración de justicia en América Latina y los derechos humanos". *Revista del Foro*. Lima, año LXXVI, ene.-jun.

BIDART CAMPOS, Germán

1993 "Dogmática constitucional de los derechos humanos. El derecho natural en el derecho constitucional de los derechos humanos". *Revista Ius et Veritas*. Lima, año IV, 7.

BOBBIO, Norberto

1992 *El problema de la guerra y las vías de la paz*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa.

BOGOZAMOV, Valentín M.

2001 "Rusia y el Mundo en el siglo XXI". *La República*. Lima, 12 junio.

BOLÍVAR, Ligia

1996 "Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina". En varios autores, *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, t. V. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

CANÇADO TRINDADE, Antonio

1993 "La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos". En *El juez y la defensa de la democracia*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

1995 *Reflexiones sobre la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*. Guatemala: PDH Guatemala.

1998 "La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales". En *Justicia y derechos humanos, materiales de lectura*. Lima: Comisión Episcopal de Acción Social.

2001 *Las nuevas dimensiones de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*. San José: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados.

CAÑIZARES, Fernando Diego

1996 *Teoría del Estado*. La Habana: Universidad de la Habana.

CAPPELLETTI, Mauro

1955 *La Giurisdizione Costituzionale delle Libertá (Primo Studio sul Ricorso Costituzionale)*. Milán: Giuffrè.

CARROCA PÉREZ, Alex

1997 "Las garantías constitucionales del debido proceso y de la tutela judicial efectiva en España". *Normas Legales*. Lima, t. 257, octubre.

CASTAÑEDA, Susana

2000 "Protección internacional de los derechos de las personas privadas de libertad". *Agenda Internacional*. Lima, año VII, 15, jul.-dic.

CASTRO OBANDO, Patricia

2002 "Tan cerca y tan lejos de rayos X". *El Comercio*. Lima, 2 de marzo.

CHO, Key-Sung

1994 "Desarrollo de las teorías del derecho internacional". *Revista Peruana de Derecho Internacional*. Lima, t. XLIII, 103, ene.-jun.

CIURLIZZA, Javier

1995 "La interpretación en el derecho internacional de los derechos humanos: el caso de la función consultiva de la Corte Interamericana". *Agenda Internacional*. Lima, año II, 4.

CORREAS, Óscar

1980 *La ciencia jurídica*. México: Universidad Autónoma de Sinaloa.

1982 *Introducción a la crítica del derecho moderno*. México: Universidades Autónomas de Puebla y Guerrero.

COTLER, Julio

1978 *Clases, Estado y nación en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

COUTURE, Eduardo J.

1946 "Las garantías constitucionales del proceso civil". En *Libro Homenaje a Hugo Alsina*. Buenos Aires: EDIAR.

1953 "El debido proceso como tutela de los derechos humanos". *Revista La Ley*. Buenos Aires, t. 72.

1954 "La Garanzia Costituzionale del Dovuto Processo Legale". *Rivista di Diritto Processuale*, vol. IX.

DE BERNARDIS, Marcelo

1995 *La garantía procesal del debido proceso*. Lima: Ediciones Cuzco.

DELVAUX, Paul

1983 "Problematiche des Droits de l'Homme: Droits Subjectifs ou Droits-de-l'Etre-en Société?". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Milán, año IV, serie LX.

DUCHACEK, Ivo

1975 *Nations and Men, An Introducing to International Politics*. Hinsdale: Dryden Press.

DWORKIN, Ronald

1984 *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

EL COMERCIO

2002 "Los derechos humanos no son letra muerta". *El Comercio*. Lima, 24 de marzo.

ESCOBAR Rozas, Freddy

1998 "El derecho subjetivo". *Ius et Veritas* (Lima), año IX, 16.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki

1995 *El principio del debido proceso*. Barcelona: Bosch.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy

1999 "Algunas reflexiones sobre los derechos fundamentales, instituciones constitucionalmente garantizadas, participación en la vida política nacional y el referéndum". *Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, año XV, 163, noviembre.

2000 "El debido proceso en el ordenamiento jurídico peruano y sus alcances en función a los aportes hechos por nuestra corte suprema sobre el particular". *Cuadernos Jurisdiccionales*. Lima: Ediciones Legales.

FERNÁNDEZ, Eusebio

1981 "El problema del fundamento de los derechos humanos". *Anuario de Derechos Humanos*. Madrid, 1.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco

1994 *La dogmática de los derechos humanos*. Lima: Ediciones Jurídicas.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos

1990 *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Lima: Publicaciones de la Universidad de Lima.

FERRERO COSTA, Eduardo

2001 "La nueva política exterior". *El Comercio*. Lima, 31 de julio.

FIX-ZAMUDIO, Héctor

1977 "El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (México), año X, 30 (set-dic.).

1982 *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdiccionales nacionales*. México: Civitas.

FUKUYAMA, Francis

1990 "¿El fin de la historia?". *Clave*. Madrid, 1.

GACETA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2002 "Las comunidades nativas y sus derechos". *Gaceta del Congreso*. Lima, año V, 228.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario

1999 "El significado de la Constitución. Democracia y derechos humanos. Una perspectiva histórica". *Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, año XV, 163, noviembre.

GARCÍA-SAYÁN, Diego

1998 "El derecho a la vida y la pena de muerte". *Socialismo y Participación*. Lima, 23, septiembre.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés

1999 "Jurisdicción internacional de derechos humanos: la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos y la Fórmula de la Cuarta Instancia". *Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, año XV, 163, noviembre.

GONZÁLES CAMPOS J. *et al.*

1998 *Curso de derecho internacional público*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús

2001 *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3ª ed. Madrid: Cívitas.

HAARSCHER, Guy

1981 "Universalidad de los derechos del hombre y especificidades culturales". En *La Rencontre des Autres*. Bruselas: Éditions de l'Université de Bruxelles.

1993 *Philosophie des Droits de l'Homme*. 4ª ed. Bruselas: Éditions de la Université de Bruxelles.

HABA, Enrique

1986 "Protección judicial de los derechos humanos". En *Tratado Básico de Derechos Humanos*. t. II. Costa Rica: Juricentro.

HALPERIN, Tulio

1975 *Historia contemporánea de América Latina*. Madrid: Alianza Editorial.

HARO, Ricardo

2001 "Tendencias contemporáneas en el derecho constitucional". *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, año LI, 24 (julio).

HART, H. L.

0000 "¿Existen derechos naturales?". En *Filosofía Política*. México: Fondo de Cultura Económica. Traducción E. L. Suárez.

HELLER, Claude

2000 "Los derechos humanos en la Organización de los Estados Americanos". *Revista Mexicana de Política Exterior*. México, 59, febrero.

HERNÁNDEZ CAMPOS, Augusto

2001 "Perspectivas de política exterior". *Diario El Comercio*. Lima, 31 diciembre.

HOYOS, Arturo

1998 *El debido proceso*. Bogotá: Temis.

HOBBSAWM, Eric

1971 *Las revoluciones burguesas*. 2ª edición. Barcelona: Guadarrama.

HUNTINGTON, Samuel

1997 *El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. Buenos Aires: Paidós.

JIMÉNEZ MAYOR, Juan

2000 "Jurisprudencia en materia constitucional". *Cuadernos de Debate Judicial*. Lima, vol. II

KAPLAN, Marcos

1994 *Revolución tecnológica, Estado y derecho*. T. I. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

KYMLICKA, Will

1995 *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Clarendon Press.

1996 "Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal". *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*. México.

LAFER, Celso

1994 *La reconstrucción de los derechos humanos, un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*. México: Fondo de Cultura Económica.

LANDA ARROYO, César

1998 "Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución del Perú de 1993". *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, 16, jul.-set.

LAPORTA, Francisco

1988 "Sobre el Concepto de los Derechos Humanos", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, 5.

LINARES, Francisco

1989 *Razonabilidad de las Leyes*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea.

LOAYZA TAMAYO, Carolina y Garay Montañés, Nilda

1999 "Reflexiones sobre la Vigencia y Efectividad de los Derechos Humanos y el Rol de la Sociedad Civil". *Revista Cátedra*. Lima, año III, 4.

LYON-CAEN, Gérard y Pélissier, Jean

1982 *Droit du Travail*. Paris: Dalloz.

MACINTYRE, A.

1981 *After Virtue: A Study in Moral Theory*. Londres: Duckworth.

MASSINI, Carlos

1994 *Filosofía del Derecho, el Derecho y los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando

1995 *Derecho internacional público*. Madrid: Trotta.

MARX, Carlos

1970 "Sobre la cuestión judía". En *Los Anales Franco-Alemanes*. Madrid: Martínez Roca.

MERLE, Marcel

1978 *Sociología de las Relaciones Internacionales*. Madrid: Alianza Editorial.

MESÍA RAMÍREZ, Carlos

1995 "La Jurisdicción Constitucional en la Constitución de 1993". En *Acciones de Garantía*. Lima: Gaceta Jurídica.

1995 "La Jurisdicción Constitucional en la Constitución de 1993". En Walter Gutiérrez y Carlos Mesía (eds.), *Instrumentos internacionales y teoría de los derechos humanos*. Lima: Edición Oficial del Ministerio de Justicia.

MEYERS, Diana

1988 *Los derechos inalienables*. Madrid: Alianza Editorial.

MIRÓ QUESADA CANTUARIAS, Francisco

1988 *Ensayos de filosofía del derecho*. Lima: Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad de Lima.

MONTANER, Carlos A.

2002 "Cien Mil Terroristas". *Diario El Comercio*. Lima, 5 febrero.



NINO Carlos Santiago

1989 *Ética y Derechos Humanos*. Barcelona: Ariel.

NOVAK, Fabián y Salmón, Elizabeth

2000 *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

O'DONNELL, Daniel

1989 *Protección internacional de los derechos humanos*. 2ª ed. Lima: Comisión Andina de Juristas.

ORTIZ CABALLERO, René

1996 *El derecho en la sociedad postmoderna*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

ORTIZ MOSCOSO, Arnoldo

1993 "Pena de muerte y derechos humanos: un tema de nuestro tiempo". *El juez y la defensa de la democracia*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

ORY, Pascal

1992 *Nueva historia de las ideas políticas*. Barcelona: Biblioteca Mondadori.

PACHECO, Máximo

1990 *Teoría del derecho*. 4ª ed. Bogotá: Temis.

PADILLA, Miguel

1999 "Los derechos humanos en la nueva Constitución suiza". *Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, año XV, 162, octubre.

PAINE, Thomas

1996 *Los derechos del hombre*. México: Fondo de Cultura Económica.

PALMA, Hugo

2002 "Reconocimiento al defensor". *El Comercio*. Lima, 15 de enero.

PAOLO COMOGLIO, Luigi

1991 "I Modelli di Garanzia Costituzionale del Processo". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milán, anno XLV.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio

2001 *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. 8ª ed. Madrid: Tecnos.

PEÑA FREIRE, A. M.

1997 *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Madrid: Trota.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique

1979 *Delimitación conceptual de los derechos humanos en los derechos humanos. Significación, status jurídico y sistema*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

1999 *Derechos humanos. Estado de derecho y constitución*. 6ª ed. Madrid: Tecnos.

PLÁCIDO FERNÁNDEZ-VIAGAS, Bartolomé

1994 *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Madrid: Civitas.

PEASE, Henry y AVENDAÑO, Jorge

2001 "¿Qué cambios necesita la constitución?". *Gaceta del Congreso de la República*. Lima, año IV, 184.

PÉREZ TREVIÑO, José Luis

1995 "Derechos humanos, relativismo y protección jurídica de la moral en el convenio europeo de derechos humanos". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, 17-18.

PICÓ I JUNOY, Joan

1997 *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch.

PORTOCARRERO OLAVE, Felipe

1966 *Derecho internacional público*. Lima: Ediciones Peruanas.

PUY, Francisco

1997 "Retrospectiva de los derechos humanos". *Anuario de derechos humanos*. Madrid, 7.

RAFFIN, Marcelo

1999 "Sobre la dimensión internacional de los derechos humanos". En *Comisión N° 12, Filosofía del Derecho del Congreso Internacional sobre Derechos y Garantías en el Siglo XXI*. Buenos Aires: Asociación de Abogados de Buenos Aires.

RAMACCIOTTI Beatriz (compiladora)

1993 *Materiales de enseñanza de derecho internacional público*. Lima: Facultad de Derecho de la PUCP.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco

1997 *El sistema procesal español*. 3ª ed. Barcelona: Bosch.

RAWLS, John

1995 *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica.

1997 [1971] *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

REMIRO BROTONS, Antonio *et al.*

1997 *Derecho internacional*. Madrid: Mac Graw-Hill.

RÉNIQUE, Gerardo

2001 “La tercera vía es un fraude”. *Diario Liberación*. Lima, 13 de febrero.

REY MARTÍNEZ, Fernando

2001 “La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo. La impronta calvinista del constitucionalismo norteamericano”. *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, año LI, 22, mayo.

RICHONNIER, Michel

1986 *La metamorfosis de Europa de 1769 a 2001*. Madrid: Espasa-Calpe.

RIVERO, Jean

1980 “Les Droits de l’Homme: Droits Individuels ou Droits Collectifs”. En *Estudio general introductorio a los derechos del hombre: derechos colectivos o derechos individuales*. Paris: L.G.D.J.

1981 *Les Libertés Publiques*. T. I. Paris: Presses Universitaires de France.

1982 “Vers de Nouveaux Droits de l’Homme”. *Revue des Sciences Morales et Politiques*. Paris, 4.

ROMANO, Ruggiero y TENENTI, Alberto

1971 *Fundamentos del mundo moderno*. México: Siglo XXI.

ROSPIGLIOSI, Fernando

2000 *El arte del engaño*. Lima: Tarea.

2000 *Montesinos y las Fuerzas Armadas*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

ROY FREIRE, Luis

1994 “Trayectoria de la pena de muerte en el Perú republicano”. *Revista del Foro*. Lima, año LXXXI, 1.

RÚA, Efraín

2001 “La década perdida para los gremios sindicales”. *La Gaceta del Congreso de la República*. Lima, año IV, 179, 8 noviembre.

RUBIO CORREA, Marcial

1999 *Estudio de la Constitución Política del Perú de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

SABINE, George

1994 *Historia de la teoría política*. 3ª ed. México: Fondo de Cultura Económica.

SALDAÑA, Javier

1997 "Críticas en torno del derecho subjetivo como concepto de los derechos humanos". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México, 86.

SANDEL, Michael

1982 *Liberalism and The Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.

SANDERS, Karen

1997 *Nación y tradición*. Lima: Fondo de Cultura Económica.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge

1999 "Ideales y realidades de la declaración de los derechos humanos". *Cátedra*, Lima, año III, 4.

SANTOS, Boaventura de Sousa

1998 *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de regulación y emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia / ILSA.

SBAZO, Imre

1984 "Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores". En Karel Vasak (ed.), *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Barcelona: Serbal / UNESCO.

SCHMITT, Karl

1982 *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial.

SMITH, Michel

1996 "Modernización, globalización y Estado nación". *Política Internacional, Revista de la Academia Diplomática del Perú*. Lima, 45, jul.-sep.

SQUELLA, Agustín

1991 *Estudios sobre derechos humanos*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso.

STONE, Lawrence

1984 "La revolución inglesa". En: J.H. Elliot et al., *Revoluciones y rebeliones en la Europa moderna (cinco estudios sobre sus precondiciones y precipitantes)*. Madrid: Alianza Editorial.

## TDH TALLER DE DERECHOS HUMANOS

1992 *Materiales de enseñanza de derechos humanos*. Lima: Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (material en el archivo del autor).

TAYLOR, Charles

1983 *Sources of the Self. The Making of Modern Identity*. Cambridge: Cambridge University Press.

TELLO, María del Pilar

2001 "Nueva York y Porto Alegre". *La República*. Lima, 18 de febrero.

TORRES Y TORRES LARA, Carlos

1987 "Los derechos fundamentales de las personas jurídicas y la Constitución económica". *Revista del Foro*. Lima, año LXXIV, 1, ene.-jun.

TRUYOL Y SERRA, Antonio

1982 *Los derechos humanos*. Madrid: Tecnos.

YÁÑEZ, Rosa María

1983 *Historia general del Estado y del derecho*. La Habana: ENSPES.

VALLE RIESTRA, Javier

2000 *La jurisdicción supranacional*. Lima: Arte Gráfica.

VAN BOVEN, Theodoor C.

1984 "Criterios distintivos de los derechos humanos". En Karel Vasak (ed.), *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Barcelona: Serbal / UNESCO.

VARGAS CARREÑO, Edmundo

1986 "La protección de los derechos humanos en el sistema interamericano". En *XII Curso de Derecho Internacional*. Rio de Janeiro: Comité Jurídico Interamericano.

VASAK, Karel

1984 "Los derechos humanos como realidad legal". En Karel Vasak (ed.), *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Barcelona: Serbal / UNESCO.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando

2001 "La judicatura *ad hoc* en la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Actualidad Jurídica*, Lima, t. 94, septiembre.

1980 "Entrevista a Máximo Cisneros Sánchez: la nueva Constitución política peruana es ejemplo para américa". *El Comercio*. Lima, 21 sep.

VILLEY, Michele

- 1963 "Prolegomenes a l'Étude du Droit Subjectif chez Guillaume d'Occam". En *Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit*. Paris: Les Cours de Droit.
- 1964 "La Genèse du Droit Subjectif chez Guillaume d'Occam". *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, 9.
- 1976 "Les Origines de la Notion de Droit Subjectif". En *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz.
- 1976 "Les Origines de la Notion de Droit Subjectif". En *Estudios en torno a la Noción de Derecho Subjetivo*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

VIVANCO, José

- 1997 "Derechos económicos, sociales y culturales". En *XV Curso Interdisciplinario en derechos humanos, materiales preparados para talleres de trabajo*. Human Rights Watch.

WALZER, Michael

- 1983 *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*. Oxford: Blackwell.

XIRAU, Ramón

- 2000 *Introducción a la historia de la filosofía*. México: Noriega Editores.

ZEGARRA SALAS, Juan

- 2002 "Entrevista a Diego García-Sayán: Es mejor actuar como bloque andino". *El Comercio* (Lima, 17 marzo).

ZELLER, Gaston

- 1955 *Histoire des Relations Internationales*, t. III. Paris: Librairie Hachette.

ZIEGLER, David

- 1977 *War, Peace, and Politics*. Boston: Little, Brown & Co.

## Cuarto Seudo-Ensayo

# EL DERECHO DEL MAR

“La Convención recoge los planteamientos de 1947, en su esencia y en su práctica”.

**Embajador Javier Pérez de Cuellar**

## Introducción

Este breve análisis tiene como propósito esclarecer la conveniencia o la desventaja de la adhesión del Perú a la Convemar (Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar), determinando su importancia política y económica para nuestro país en relación con la Cuenca del Pacífico.

La Convemar ha sido llamada “la Constitución de los Océanos”, “la Carta Magna de los Mares y Océanos” o “la Convención de Montego Bay”<sup>70</sup>. La Convemar trasciende por su importancia geopolítica —teniendo en cuenta que se encuentra vigente en Chile y Ecuador y sigue pendiente en Colombia—, en el sentido de existir la posibilidad de tornarse en un mecanismo de tutela de los derechos de las futuras generaciones de peruanos y de ciudadanos de los países de la costa del Pacífico, o en un instrumento que consolidará intereses contrarios a los países andinos.

Para despejar esta dicotomía de intereses, en un primer momento repasaremos los antecedentes de la posición peruana de las 200 millas del Mar de Grau, y posteriormente, analizaremos someramente algunos aspectos ventajosos y perjudiciales que podría traer consigo la adhesión del Perú a la Convemar.

70 La Convemar se adoptó en Montego Bay, Jamaica, el 10 de diciembre de 1982 y estuvo abierta a la firma hasta el 10 de diciembre de 1984. Ha sido suscrita por cerca de 160 países y aprobada por más de 140. El 16 de noviembre de 1993 se depositaron 60 ratificaciones y entró en vigor el 16 de noviembre de 1994. Su proceso de vigencia se inició con la Resolución N° 2340 (XXII) de 1967 de la Asamblea General de la ONU, que creó un Comité Especial que estaba encargado de estudiar los fondos marinos y oceánicos y todo lo relacionado con los espacios marítimos. El texto final de la negociación se aprobó el 30 de abril de 1982 (A/CONF62/WP1). El Perú votó por la adopción del texto, pero *ad-referéndum*, hasta que el gobierno del Perú ratificara la suscripción (Solarí, 1991: 142; Pinto-Bazurco, 1996: 197).

# 1. Antecedentes

En diversos momentos de la historia occidental el “Antiguo Derecho del Mar” ha desarrollado principios que recayeron en una regulación internacional del mar. Estos principios eran:

1. El Principio Romano del “Mare Nostrum”;
2. El Principio Feudal de la “Libertad de los Mares”; y,
3. El Principio Moderno de la “la libertad de explotación del Mar” o la soberanía absoluta de las grandes potencias.

El Antiguo Derecho del Mar dividía el mar en dos: las 3 millas de mar territorial para la seguridad militar del Estado ribereño y el resto como alta mar (Ferrero, 1966: 71; Rousseau, 1966: 244; García Sayán, 1997: 206-7; Novak, 2001: 19). Este antiguo derecho del mar ha desaparecido por el nuevo ordenamiento jurídico instaurado por la Convemar. En consecuencia, la Convemar es reconocida como prueba palpable de los cambios en las relaciones internacionales según los nuevos valores de la comunidad internacional, es decir, es la manifestación de la cooperación internacional en materia marítima y de la protección ambiental de los océanos frente a la cesión de competencias soberanas de los Estados (Verdross, 1965: 212).

Posteriormente se produjeron factores políticos que cambiaron el Antiguo Derecho del Mar. Han existido varios factores en que estuvo envuelta la adopción de la Convemar, condicionantes políticos que influyeron el ambiente de la adopción de un ordenamiento jurídico sobre el mar:

1. La caída o el debilitamiento del orden westfaliano, es decir que con la aparición de nuevos sujetos y mecanismos del derecho internacional, se produce una confluencia de intereses y la progresiva cesión de soberanía estatal a organismos internacionales; y,
2. La conformación de un nuevo orden internacional (Merle, 1978: 261; Agüero, 2001: 105).

El Antiguo Derecho del Mar estaba fuertemente influido por las decisiones de las grandes potencias en el concierto mundial. Los cambios en el nuevo orden internacional le otorgaron el mismo peso político o les permitió desplegar ese poder político a otros países menos importantes. Es así como países costeros como el Perú, que veían la depredación de sus mares por potencias extranjeras o empresas transnacionales, determinaron nuevos criterios técnico-jurídicos para la preservación de los recursos marítimos agotables y el establecimiento de límites objetivos que no fueran los de capacidad de las flotas de las potencias pesqueras. Era una respuesta soberana a un orden internacional que debilitaba a las potencias extranjeras y a nuevos actores que se legitimaba en la Carta de Naciones Unidas.



Otro factor político fue la creciente preocupación ambiental y de sostenibilidad de los recursos marítimos. La comunidad internacional logró comprender el problema de la conservación y preservación de los océanos que podría desencadenar una crisis ambiental y la pérdida de los recursos hídricos del planeta en desmedro de los intereses de las futuras generaciones. En ese sentido, se legitimó la creación de diversos organismos internacionales que tienen esta tarea de protección, sin embargo, el más relevante en el ámbito de la Cuenca del Pacífico, es la Comisión Permanente del Pacífico Sur (Roncagliolo, 1997: 215).

Asimismo, hubo una serie de condicionantes jurídicos que repercutieron en la concepción de la Convemar. Estos condicionantes jurídicos son la adopción de normas y declaraciones internacionales que se convertirían los parámetros jurídicos de la regulación de cualquier pretensión sobre los recursos marítimos. En el marco de las pretensiones soberanas de nuevas naciones con peso político y las preocupaciones alcanzadas en el seno de la comunidad internacional, es necesario analizar los antecedentes normativos de la Convemar.

## 1.1. Antecedentes normativos

En un primer momento, la protección ambiental del mar no fue el motivo por el que se sancionaron diversas disposiciones normativas extranjeras y nacionales, todas ellas sustentadas en la costumbre internacional, por el contrario, fue una reafirmación de la soberanía estatal sobre los recursos hídricos e hidrobiológicos. Por ejemplo, los antecedentes declarativos de países como Estados Unidos, México, Panama, Argentina y Chile van en ese sentido:

1. Declaración de Estados Unidos promulgada por el presidente Roosevelt de 1939;
2. Declaración del presidente Truman, Proclamación N° 2667 de 1945;
3. Declaración del presidente Truman, Proclamación N° 2668 de 1945;
4. Declaración mexicana de 1945;
5. Declaración panameña de 1946;
6. Declaración de Argentina de 1946; y,
7. Declaración chilena de 1947 (Ramacciotti, 1990: 21).

En el caso del Perú, la evolución histórica de la regulación peruana sobre el mar se divide en tres etapas: una primera etapa es el período comprendido hasta 1947, donde ciertas disposiciones legales peruanas se regían por la doctrina del "Antiguo Derecho del Mar"; una segunda etapa es la precedida por el Decreto Supremo N° 781 de 1 de agosto de 1947, el primer acto jurídico unilateral de reconocimiento de las 200 millas peruanas (Bákula 1997: 202); y un tercer período es la inclusión

de la tesis de las 200 millas peruanas en el plano constitucional desde 1979, y posteriormente con la Constitución de 1993.

En un primer momento nuestro país se reconocía un mar territorial muy pequeño, siguiendo la corriente del antiguo derecho del mar, donde los mares eran *Res Communis Omnium Naturali Jure* y existía la libre navegación plena, todo ello a favor de las grandes flotas pesqueras de las grandes potencias que asistieron primero al proceso de industrialización iniciado doscientos años antes. Las normas que contenían estas disposiciones eran:

1. Ley que regulaba el Espacio Aéreo de 1921;
2. Código Penal de 1924 (art. 4);
3. Reglamento sobre Visitas de Buques Extranjeros de 1934;
4. Código Civil de 1936 (art. 822);
5. Reglamento Consular de 1939; y,
6. Reglamento de Capitanías de 1940.

De la lista precedente, la última norma es la más relevante sobre la regulación del mar, al señalar las tres millas marinas como la extensión del mar territorial peruano en su artículo cuarto (García, 1980: 139). Esto cambió con la promulgación del Decreto Supremo N° 781.

El Decreto Supremo 781 suscitó en nuestro país un debate académico y político sobre lo siguiente: ¿Esta norma ampliaba o no el mar territorial? Así, surgieron dos posiciones: una posición “maximalista”, que afirmaba que este decreto ampliaba el Mar Territorial del Perú a 200 millas marítimas, mientras que la posición “minimalista”, y hasta cierto punto tecnicista, sostenía que simplemente se creaba una nueva figura jurídica, la famosa “Zona de Control y Protección de las Riquezas Marítimas”. Este debate fue liderado por el presidente, de ese entonces, José Luis Bustamante Rivero (posición “territorialista”), y por su ex Ministro de Relaciones Exteriores, Enrique García Sayán (posición “zonista”), defensor de la tesis moderna de soberanía marítima (García, 1980: 141-142).

Ciertamente, el Decreto N° 781, contenía ciertos elementos puntuales relevantes para la política exterior peruana que definirían su accionar en los próximos cincuenta años. Estos puntos son:

1. Fundamenta la soberanía y jurisdicción funcional del Estado Peruano, estableciendo una “zona de control y protección de las riquezas del mar adyacente a las costas del Perú hasta una distancia de 200 millas (incluye el suelo y subsuelo), donde el Perú declara su soberanía y jurisdicción”; es decir, prevalece el principio de la protección de los intereses económicos y sociales del país (soberanía modal), sobre el principio de seguridad nacional;

2. Respetar la libre navegación dentro de esta zona de control y protección, una forma de concesión que muestra una adecuación al nuevo orden internacional, pero también que la importancia de la soberanía no radica en el control total del espacio marítimo sino especial y preferentemente sobre los recursos naturales que ahí se encuentran, por lo que se concede la libre navegación para cualquier embarcación de cualquier nación; y,
3. Determina unilateralmente los límites marítimos sobre la base de los paralelos geográficos. No obstante, un elemento que se convierte en un vicio para los intereses de nuestro país es la delimitación marítima unilateral, que realiza el poder ejecutivo en ese entonces, sobre la base de los paralelos geográficos, reduciendo de manera sustancial el “Mar de Grau”. Ello se repite con el acuerdo multilateral de 1954 entre Perú, Ecuador y Chile y que el Perú pretendió cuestionar su alcance en cuanto a la fijación de “los límites marítimos” entre estos países.

El Decreto Supremo N° 781 no ampliaba el mar territorial explícitamente llamándolo “zona de control y protección de 200 millas”, sino que configuraba un nuevo tipo de reconocimiento de soberanía, una soberanía modal: la económica, el elemento principal de seguridad para nuestros países primario-exportadores (García-Sayán, 1955: 5). En consecuencia, el Decreto N° 781 no entra en contradicción con la Convemar si es que no se realiza una interpretación extensiva de la noción “zona de control” como mar territorial. Sin embargo, es necesario analizar la conveniencia de las disposiciones de la Convemar desde los intereses nacionales y no del respeto de tradiciones jurídicas “inertes” (Ferrero Costa, 2001: 287).

En una tercera etapa, se llevó al plano constitucional los derechos que tiene el Perú sobre el Mar y sobre el área de las 200 millas. Las dos tesis de interpretación del Decreto Supremo N° 781 se enfrascaron en una polémica constitucional. En un primer momento, la tesis territorialista se manifestó en el Reglamento de la Asamblea Constituyente gracias a sus grandes exponentes: Alberto Ruiz Eldredge y Andrés Aramburú Menchaca (García, 1980: 144)<sup>71</sup>. La Constitución de 1979 establecía la naturaleza jurídica de las 200 millas peruanas en el artículo 97, donde se plantea una nueva posición: la tesis modal o de “dominio marítimo” que, en realidad, es un término *sui generis*, tan permeable que podría amparar las tesis territorialista y zonista. Es decir, como parte del territorio del Perú se comprende al dominio marítimo que es la extensión de las 200 millas, que incluiría el mar territorial y la zona exclusiva señaladas por la Convemar. Si bien es cierto que ésta no es una declaración constitucional literal del reconocimiento del mar territorial de 200 millas, lo que el constituyente deslizó es la posibilidad de entender que el Perú ejerce todas las potestades o facultades jurisdiccionales tanto en su jurisdicción territorial como en el dominio marítimo. No obstante, no todas las facultades de un Estado son reconocidas, es decir, esta soberanía sería funcional o restringida al ámbito económico, como lo hemos mencionado líneas arriba. El

71 Diario de Debates de la Asamblea Constituyente de 1978, T. I, Lima: Sesión de 10 agosto de 1978, 104.

artículo 98 de la Constitución de 1979 aclara un poco la ambigüedad del término “dominio marítimo”:

“Art. 98. El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas que establece la ley. En su dominio marítimo, el Perú ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y los convenios internacionales ratificados por la República”.

La soberanía que ejerce el Estado del Perú en las 200 millas es una soberanía funcional que se ve regulada por los principios de buena fe y cooperación internacional, según los tratados internacionales que nuestro país suscribe. Cabe acotar que el artículo 99 de la Constitución de 1979 (art. 54, Const. 1993) que trata sobre la jurisdicción del espacio aéreo, se vería, en cierta medida, afectado por las disposiciones sobre la materia que regula la Convemar (Velaochaga, 2001: 241; Ferrero, 1986: 41):

“Art. 99. El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas, de conformidad con la ley y con los convenios internacionales ratificados por la República”.

En consecuencia, en la Constitución de 1979 se resalta la adopción del nuevo término dominio marítimo, que engloba el derecho sobre el área donde el Perú ejerce de hecho su soberanía y jurisdicción. En los debates de la constituyente, se dieron cita nuevamente las posiciones opuestas, las tesis territorialista y zonista, que defendían ambas el concepto de dominio marítimo como suyo y que, finalmente, fue adoptado por la Constituyente.

Al debatirse el tema de la naturaleza jurídica de las 200 millas en la Asamblea Constituyente de 1978, los defensores de la tesis zonista afirmaban que se había descartado definitivamente la interpretación territorialista, al adoptarse el término dominio marítimo para calificar el espacio sobre el cual el Perú ejerce soberanía y jurisdicción hasta las 200 millas. Ciertamente, podía existir cierta discrepancia en cuanto a la terminología “soberanía” y “jurisdicción” en el Decreto N° 781, en la Declaración de Santiago de 1952 y en las Constituciones de 1979 y 1993 (Rubio, 2001: 279).

El constituyente de 1978, igualmente el de 1993, no aceptó la tesis de un mar territorial de 200 millas, ya que el debate habría sido la oportunidad para establecerlo; en cambio, la Asamblea Constituyente prefirió reafirmar una posición moderada: una categoría modal mucho más ambigua o permeable que la del Decreto N° 781 y de la Convemar, donde estas últimas fuentes podrían adecuarse a la Constitución.

Un argumento a favor de los zonistas es que, si la Constitución de 1979 hubiese expresado la tesis territorialista, el Perú respetaría el paso inocente —institución

relacionada al mar territorial—, en lugar de las libertades de comunicación internacional, que son propias de la zona económica exclusiva. Estos criterios se manifestaron en la Constituyente de 1978 con Luis Alberto Sánchez, Héctor Cornejo Chávez, Enrique Chirinos Soto, Andrés Aramburu Menchaca y Alberto Ruiz Eldredge —estos últimos dos juristas son defensores de la tesis territorialista—, representantes de ambas tesis. Sin embargo, aparece una tercera posición, la posición modal o de dominio marítimo: Luis Alberto Sánchez, en un inicio, adopta la tesis territorialista. Después con una mayor información, Sánchez fue uno de los artífices del término dominio marítimo como modalidad propia “no territorial” (Chirinos, 1979: 111, y 1997: 98; Aramburú, 1979: 121-122)<sup>72</sup>. Cabe acotar que la posición de Ruiz-Eldredge reflejó la aspiración clara de la posición jurídica territorialista (Ruiz-Eldredge, 1979: 154; y 1980: 144-157).

Sin embargo, si el Decreto N° 781 y el término constitucional “dominio marítimo” no hacen referencia a una supuesta territorialidad del mar, entonces ¿cuál es la extensión de nuestro mar territorial actualmente? La respuesta es sombría y contundente: no tendríamos mar territorial. Las disposiciones internas que regulaban complementariamente el mar territorial han sido derogadas con el tiempo, y solo tenemos el reconocimiento de una zona de control mediante el Decreto N° 781 y el término constitucional de dominio marítimo<sup>73</sup>. En consecuencia, asumir la tesis zonista y la compatibilidad entre la Constitución y la Convemar, sin adherirnos aún a esta última, acarrearía aceptar que el Perú no tendría mar territorial actualmente. Este argumento sería una razón más para adherirnos a la Convemar que reconoce a los Estados ribereños un mar territorial de 12 millas.

Finalmente, tratando de ejemplificar la noción de dominio marítimo, esta categoría sería algo así como un título *sui generis*: es más que la posesión como una situación de hecho, pero menos que la propiedad (mar territorial). El Perú estaría en una situación precaria —porque muchos países están adoptando un nuevo sistema jurídico internacional, el de la Convemar—, aunque nuestra Constitución respeta los principios del derecho internacional, un fuerte respeto por el interés social (por el interés de la humanidad), que se manifiesta en el respeto de los tratados suscritos sobre la materia.

72 Entrevista a Luis Alberto Sánchez, *La Prensa*, Lima, 1 de febrero 1979 y 11 de febrero 1979.

73 No obstante, durante los debates sobre el diferendo marítimo entre Perú y Chile ante la Corte Internacional de Justicia CIJ el 2012 señalando que el dominio marítimo era un concepto similar a la zona de exclusión que señala la Convemar: “Peru claims a 200-nautical-mile ‘maritime domain’. Peru’s Agent formally declared on behalf of his Government that ‘[t]he term ‘maritime domain’ used in [Peru’s] Constitution is applied in a manner consistent with the maritime zones set out in the 1982 Convention’”. Ver <https://web.archive.org/web/20150210084913/http://www.icj-cij.org/docket/files/137/17930.pdf>

## 1.2. La constitucionalidad de la adhesión a la Convemar

El artículo 54 de la Constitución de 1993 “copia” textualmente las disposiciones de la Constitución anterior:

“Art. 54. El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre. El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley. En su dominio marítimo, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y con los tratados ratificados por el Estado.

El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de conformidad con la ley y con los tratados ratificados por el Estado”.

Asimismo, la fórmula de la Comisión Sánchez (art. 97, Constitución de 1979) no recogió la tesis territorialista y el Congreso Constituyente de 1993 no aportó ni aclaró la posición del Perú con respecto al tema. En 1979, el maestro Luis Alberto Sánchez ejercía la presidencia de la Asamblea Constituyente y tuvo a cargo la dirección y supervigilancia de la Comisión Principal de Constitución. En última instancia fue esta Comisión la que decidió adoptar el término “dominio marítimo”. Se adoptó el término de dominio marítimo para esperar y darle una concordancia moderada a la Constitución con la futura Convemar, que ya se venía debatiendo en la Conferencia de Plenipotenciarios (García, 1980: 144-145; Rubio, 2001: 273).

Podemos decir que la adhesión de la Convemar no entra en conflicto con la Constitución de 1993, porque el término “dominio marítimo” es un concepto permeable y abarcador, por lo tanto, no sería inconstitucional la adhesión. Posteriores intentos de reforma constitucional, como la propuesta de reforma constitucional llevada a cabo por la Comisión de Constitución del Congreso de la República no modifican la fórmula Sánchez (art. 54 de la Constitución de 1993), tal como se aprecia en el Anteproyecto de la Ley de Reforma de la Constitución (art. 97), y después en el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, en el art. 72 (Congreso, 2002a: 52; Congreso, 2002b: 46).

Asimismo, la permeabilidad del concepto puede también considerar el mar territorial de 200 millas si se interpretara ello constitucionalmente. Veamos en el siguiente cuadro las similitudes y distinciones entre las áreas de zona económica exclusiva de la Convemar, la zona de control y protección del Decreto Supremo N° 781 y el concepto de dominio marítimo de la Constitución de 1979 y 1993:

<b>Características de las áreas marítimas</b>	<b>Zona de control y protección (art. 1, 1947)</b>	<b>Dominio marítimo (art. 54, 1993)</b>	<b>Zona económica exclusiva (art. 56, 1982)</b>
Derechos de los países ribereños	Zona de control y protección de las riquezas del mar adyacente a las costas del Perú hasta una distancia de 200 millas, donde el Perú declara su soberanía y jurisdicción.	El dominio marítimo comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de 200 millas marinas. En su dominio marítimo, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción.	Derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y el subsuelo del mar, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos
Derechos de los navíos	Libre navegación	Libertades de comunicación internacional	Libertades de sobrevuelo y navegación y de tendido de cables y tuberías submarinos

Fuente: Gamboa (2002).

De otro lado, es necesario analizar si la regulación de las disposiciones de la Convemar pudiera ser contraria a los intereses nacionales o implicaran una cesión de soberanía, y tal vez, con un estudio mas a fondo, podríamos concluir qué otras disposiciones constitucionales se encontrarían afectadas por la Convemar.

Cabe mencionar que, con posterioridad al Decreto N° 781, existieron normas internas e instrumentos jurídicos internacionales que reafirmaron la política exterior del Perú sobre el derecho del mar. Por ejemplo, el Perú, Chile y Ecuador suscribieron la "Declaración de Santiago de 18 de agosto de 1952", que creó el Sistema de Protección de las 200 millas de mar costeras a estos países. Poco después, Colombia se sumó como miembro del sistema de protección de la Comisión Permanente del Pacífico Sur (Ramacciotti, 1990: 21; Roncagliolo Higuera, 1997: 215). Esta Declaración no fue precisa con respecto a las 200 millas. De igual manera ocurre con los convenios internacionales que dan origen a la Comisión Permanente del Pacífico Sur. Pese a la proliferación de referencias sobre las 200 millas, no existe una clara definición (MRE, 1971; Aramburú, 1977: 7).

El real inconveniente para nuestro país y el gran sacrificio que tuvo que realizar consciente o inconscientemente, fue adoptar los paralelos geográficos como límites marítimos, dejando de lado los criterios de la proyección territorial de las costas al mar o la línea media o equidistante. Ciertamente, el Tratado multilateral de 1954 adoptado con Chile y Ecuador no es beneficioso para el Perú en cuanto a límites marítimos. Sin embargo, es importante plantear una política nacional de presencia peruana en el Mar de Grau que tome como objetivo ser el pivote del intercambio comercial de Asia Pacífico, buscando un socio asiático, como Singapur es de Chile, y otro polinesio, como Australia lo es también de Chile (Agüero, 2001: 135).

## 2. El Perú y la Convemar

### 2.1. Antecedentes de la Convemar

Hubo antecedentes sobre una regulación internacional sobre el derecho del mar. Entre los más importantes figura el promovido por la Sociedad de Naciones en 1930, en la famosa Conferencia de La Haya, el primer debate e intento multilateral de regular el mar. No obstante, las grandes potencias quisieron imponer un mar territorial de 3 millas. Después, Naciones Unidas convocó a la primera Conferencia del Mar en Ginebra en 1958 (Novak, 2001: 19).

Posteriormente, con el auspicio de Naciones Unidas, se reanudaron las discusiones para determinar un régimen del mar y de sus recursos naturales. En una primera etapa de negociaciones, entre 1958 y 1960 se dieron lugar la Primera y Segunda Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar que, a la postre, fueron un fracaso. El Perú fue un protagonista en esa conferencia y estuvo representado por tres excancilleres que vieron como se frustraron las conversaciones, y casi se imponía la tesis minimalista de las grandes potencias extractoras de recursos naturales marítimos de un mar territorial de 6 millas y una zona de pesca de 6 millas contiguas (Arias-Schreiber, 2001: 30-31). No obstante, se presentaron las posiciones contrarias de los países costeros y de las potencias pesqueras: los que tenían la legitimidad para apropiarse de los recursos preferentemente y los que tenían la capacidad para extraer, almacenar y procesar los recursos naturales del mar, respectivamente.

Una tercera conferencia fue promovida por Naciones Unidas, y que duró cerca de diez años. El Perú participó activamente hasta que llegaron a un acuerdo y fue abierta a la firma el 10 de diciembre de 1982. Cabe recordar que el Perú votó favorablemente para la adopción del texto (Arias-Schreiber, 2001: 51).

El problema principal en estas conferencias era establecer la naturaleza jurídica del principio de "interés especial del país costero": definirlo como un derecho preferente, una norma de excepción o norma compensatoria, como el ejercicio



del derecho de la soberanía de la aplicación de regímenes deferentes o como un principio de vigencia universal (Bákula, 1997: 203).

## 2.2. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

El 30 de abril de 1982 se aprobó el texto de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar con el voto favorable de 130 Estados (entre ellos el del Perú), con cuatro votos en contra (Estados Unidos, Israel, Turquía y Venezuela), y diecisiete abstenciones (dieciséis de Europa y Tailandia). No participaron Albania, Ecuador, Liberia y la Santa Sede.

Esta Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar incorporó dos avances notorios: primero, el reconocimiento universal de los derechos de soberanía y jurisdicción del Estado ribereño hasta las 200 millas para la exploración, explotación, conservación y administración de sus recursos naturales; segundo, el establecimiento de una autoridad internacional para regular la explotación de los fondos marinos más allá de la jurisdicción nacional, declarados "patrimonio común de la humanidad".

El Perú tuvo un papel destacado en esta conferencia y en las discusiones sobre el tema, sin embargo, pese a que el Perú votó de manera favorable a la Convención, lo hizo *ad-referéndum*, ya que consideraba necesario un mayor análisis de las inconsistencias entre la Convemar y la Constitución de 1979. Estas inconsistencias provenían del debate abierto argumentado por los territorialistas, entre el artículo 99 de la Constitución de 1979, que establecía la soberanía aérea del Perú sobre su dominio marítimo hasta las 200 millas, y el reconocimiento que hace la Convemar al Estado ribereño de soberanía en el área del mar territorial de doce millas. En esos momentos de debate y polémica, el sector de la tesis zonista argumentó que la zona económica exclusiva de 200 millas establecida por la Convención era la consolidación de la tesis peruana. Sin embargo, la comunidad académica entendió que el Perú se aferraba a la estructura del "Antiguo Derecho del Mar" y realizaba una lectura equivocada de la Constitución de 1979. Asimismo, se interpretó que el Perú había extendido, mediante el Decreto Supremo N° 781, su mar territorial hasta las 200 millas, negando con ello, de cierta manera, a nuestro país ser el precursor en la creación de una nueva concepción del Derecho del Mar. Así, los territorialistas señalaron que el Perú no podía reconocer un mar territorial de hasta 12 millas como lo establece la Convemar y esto constituía el principal obstáculo para que el Perú formara parte de este instrumento internacional.

Antes de vencerse el plazo establecido para la suscripción de la Convención, el Senado de la República (1984) aprobó una Moción Multipartidaria recomendando al Poder Ejecutivo la suscripción *ad-referéndum* de la Convención a fin de que oportunamente se inicie en el Congreso de la República el debate correspondiente para decidir sobre su aprobación definitiva. Hasta la actualidad, son cerca de

veinte años que nuestro país sigue debatiendo su adhesión a la Convemar sobre razones formales y sustanciales, sin embargo, hay algunos aspectos normativos y consideraciones geopolíticas que han sido dejados de lado.

### 2.3. Aspectos normativos y técnicos

Son tres los derechos de soberanía esenciales que al Estado ribereño se le reconoce en la Convemar, especialmente en lo referente a las 200 millas:

Primero, la Convemar reconoce al Estado ribereño la facultad de señalar un mar territorial hasta 12 millas contadas a partir de la línea de base de su litoral. El Estado ribereño ejerce soberanía sobre el mar, suelo y subsuelo, y el espacio aéreo que lo cubre. También se establece la obligación del Estado ribereño a reconocer el derecho de paso inocente a los buques de todos los Estados a través del mar territorial, con excepción que atente la paz, el orden o la seguridad del Estado ribereño.

Segundo, la Convemar reconoce el derecho del Estado ribereño de establecer una zona económica exclusiva de hasta 200 millas, medidas a partir de las líneas de base. El Estado ribereño tiene derechos de soberanía para la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos vivos y no vivos, del mar, su lecho y subsuelo, así como para otros usos económicos; también jurisdicción para la colocación y utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras, la investigación científica marina y la protección y preservación del medio marino; y hacer cumplir sus leyes y reglamentos mediante la imposición de sanciones a los infractores. Todas las libertades de sobrevuelo y navegación son reconocidas, a excepción de las que afecten los derechos del Estado ribereño sobre las 200 millas de esta área.

Tercero, la Convención determina que la plataforma continental se compone por el lecho y subsuelo submarinos más allá del mar territorial, a todo lo largo de la prolongación natural del territorio del Estado ribereño hasta el borde exterior del margen continental, o hasta la distancia de 200 millas; contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide el mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no alcance esa distancia, caso que se aplicaría al Perú porque la plataforma continental peruana es de una escasa extensión, entre los 5 y 100 km. Los derechos que se ejercen en esta área por el Estado ribereño son: minerales y recursos no vivos del lecho del mar y su subsuelo, así como de los organismos vivos pertenecientes a las especies sedentarias.

No obstante, hay algunos aspectos normativos sobre la Convemar en que el país podría sacar ventajas comparativas con respecto a otros países si tuviera en la actualidad un plan estratégico para afrontar los efectos de la Convemar, como es la supuesta "privatización" del mar. Es importante desarrollar un plan nacional

de largo plazo para aprovechar los beneficios y afrontar las desventajas que trae consigo la Convemar.

### 3. Virtudes y vicios de la Convemar

Las críticas realizadas con respecto a las disposiciones de la Convemar son muy diversas y con un certero sustento jurídico. Se han expresado, tanto a favor como en contra, respetables argumentos que ponen en duda hasta hoy una decisión política definitiva en la materia. Aprovecharemos en señalar los argumentos más importantes manifestados en foros nacionales y documentos oficiales. Vale la pena recordar los debates con respecto al tema se han realizado en el foro “La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”, de 26 de junio de 2001, organizado por la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República y el Instituto de Estudios Legislativos y de Gobierno, y la conferencia “El Mar de Grau”, de 25 de abril de 2003, organizada por la Comisión Patriótica para la Defensa del Mar de Grau al inicio de este milenio.

Hemos tratado de dividir las ventajas y desventajas que pueden traer como consecuencia la adhesión del Perú a la Convemar, sin dejar de hacer comentarios y críticas a características relevantes para la fundamentación de una evaluación integral de la decisión política sobre la adhesión o no a la Convemar.

Una posición a favor de la adhesión a la Convemar fue la del embajador Javier Pérez de Cuéllar, ex Secretario General de las Naciones Unidas y ex Canciller de la República. En su opinión<sup>74</sup>, la adhesión a la Convemar traería como consecuencia una serie de ventajas que resumimos a continuación:

1. Seguridad jurídica internacional;
2. Delimitación marítima;
3. La pesca en alta mar;
4. La participación en la regulación de los fondos marinos;
5. La navegación y el sobrevuelo de buques y aviones nacionales;
6. La protección del medio ambiente marino; y,
7. El desarrollo de la investigación científica marina.

<sup>74</sup> Esta opinión oficial fue manifestada por el embajador Javier Pérez de Cuéllar cuando era canciller de la República, mediante el Oficio RE. (TRA) N° 3-0/74, s/f, donde se somete a aprobación del Congreso de la República la Adhesión del Perú a la Convención que se indica. Recepcionado por el Congreso el 31 de mayo de 2001 como Proyecto de Ley N° 813/2001.

### 3.1. La seguridad jurídica internacional

La Convemar se convertiría para el Perú en un marco jurídico internacional que resguardaría la protección de los intereses económicos y geopolíticos. Este tratado internacional se ha legitimado por la cantidad de países que han adoptado el mencionado instrumento internacional y por la comprensión integral de todo lo relacionado con el derecho del mar:

“Reconociendo la conveniencia de establecer por medio de esta Convención, con el debido respeto de la soberanía de todos los Estados, un orden jurídico para los mares y océanos que facilite la comunicación internacional y promueva los usos con fines pacíficos de los mares y océanos, la utilización equitativa y eficiente de sus recursos, el estudio, la protección y la preservación del medio marino y la conservación de sus recursos vivos, [...]”.

A pesar de que Estados Unidos y otros países no han ratificado la convención, nuestro país necesitaría de elementos estratégicos para mantenerse fuera de la Convemar y no disminuir su posición negociadora en la materia. Es decir, mientras que Estados Unidos es una potencia de primer orden por su capacidad política, económica, tecnológica, etc., el Perú necesitaría un recurso estratégico o debería contar con una capacidad política económica similar a Estados Unidos para encontrarse fuera de la Convemar y al mismo tiempo ser tratado, *de facto*, como Estado parte (Silva, 1998: 140). Dada la riqueza y vastedad ictiológica, la riqueza mineral y los distintos recursos provenientes del mar dentro de las 200 millas peruanas, el Perú tendría elementos para mantenerse al margen de la Convemar, pero sin un plan de desarrollo marítimo, finalmente, el Perú estaría obligado a ser parte de la mencionada convención.

El mejor marco de seguridad jurídica nacional que podría adecuarse a la Convemar y así insertarnos el marco jurídico internacional, es la conformación de una autoridad autónoma, especial, con institucionalidad que involucre a todos los agentes que se participan en la gestión (pública o privada), protección, preservación, uso y aprovechamiento del “Mar de Grau” (IMARPE, empresas pesqueras, pescadores artesanales, DIGESA, etc). La naturaleza constitucional y legal de la estructura de esta autoridad marítima no sería cuestionable, ya sea como un área especial de conservación o un espacio político regulado y administrado por una autoridad colegiada representativa de las poblaciones litorales. Este espacio no debe ser considerado como un límite de nuestro territorio sino como parte integrante del mismo, con “proyección” a la polinesia, al continente asiático y también a la Antártida.

## 3.2. La delimitación marítima

Supuestamente, la posición negociadora del Perú se favorecería en la suscripción de tratados de límites marítimos del Perú al encontrarse en el marco de la Convemar: ello ocurrirá si y sólo si esta negociación es bien llevada a cabo, porque experiencias anteriores nos dejan sentenciar que, aun teniendo el derecho a un título legítimo, no hemos conseguido imponerlo frente a una realidad política desfavorable.

Hasta el momento, el Perú no ha suscrito acuerdos sobre “delimitación marítima” con Chile y Ecuador. Sin embargo, hace muchos años que el Perú declaró unilateralmente que delimitaría su espacio siguiendo la línea del paralelo geográfico que pasa por el punto en que llega la marca sus respectivas fronteras terrestres.

La práctica de utilizar el paralelo geográfico como línea que marca los extremos norte y sur del mar peruano deriva inicialmente de la aplicación del Decreto Supremo N° 781 de 1947, que incurrió en una imperfección técnica al establecer en su artículo 3 que las 200 millas se medirían siguiendo la línea de los paralelos geográficos. De este modo, y dada la orientación Nor-Oeste/Sur-Este de la costa peruana, nuestro dominio marítimo no alcanzaba las 200 millas en términos reales. Además, aplicando los métodos de los paralelos a la medición de la anchura del dominio marítimo del Perú, éste no podía extenderse más allá de los paralelos que pasan por el punto en que sus fronteras terrestres con Ecuador y con Chile llegan al mar. La Resolución Suprema N° 23 de 1955 tenía la finalidad de precisar los trabajos cartográficos y geodésicos de medición de la zona marítima peruana y señaló que dicha zona estará limitada en el mar por medio de una línea paralela a la costa, a una distancia de 200 millas náuticas; “de conformidad con el inciso IV de la Declaración de Santiago, dicha línea no podrá sobrepasar a la del paralelo correspondiente al punto en que llega al mar la frontera del Perú”. En el tratado multilateral de 1954, adoptado por Perú, Ecuador y Chile, los países acuerdan zonas especiales de competencia marítima divididas por una línea trazada sobre los paralelos geográficos, que funge de límite jurisdiccional para la aplicación de normas sobre pesca artesanal. Según el constitucionalista Altuve Febres, este acuerdo –motivado por el apoyo político que necesitaba en esos momentos el Perú a raíz de la presión internacional norteamericana e inglesa por la captura, el embargo y la multa a las embarcaciones pesqueras de la empresa transnacional del magnate Onassis, por la caza furtiva de ballenas en las 200 millas peruanas– podría convertirse en un argumento a favor de Chile ya que en cierta manera existe un reconocimiento implícito de límites marítimos ante el Tribunal de Arbitraje de la Convemar, si es que nos adherimos y recurrimos a este máximo órgano.

Obviamente, el uso de este criterio de competencia territorial menoscaba los intereses del Perú, ya que, por la orientación general de nuestras costas, el litoral peruano llega a formar ángulos agudos en ambos extremos laterales.

En consecuencia, este criterio reduce el área marítima sobre la cual el Perú podría ejercer derechos de soberanía y jurisdicción.

Si se aplicara el criterio de fijación de la frontera marítima como el de la línea media o el criterio de la equidad, se obtendría una adecuada delimitación entre nuestros países. Se calcula que, por la práctica de la delimitación mediante los paralelos, el Perú deja de ejercer derechos sobre una extensión total aproximada de 20 000 millas cuadradas, de las cuales unas 10 000 se encuentran actualmente bajo soberanía y jurisdicción de Chile; unas 1500 bajo soberanía y jurisdicción de Ecuador; y aproximadamente 8500 forman parte de la alta mar. Por ejemplo, con la zona marítima norte el perjuicio es menor que en el sur, debido a la existencia del Golfo de Guayaquil, que, de acuerdo con las normas del Derecho del Mar sobre delimitación marítima, no podría ser cerrado por el trazado de una línea media:

“Artículo 15.- Delimitación del mar territorial entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente

Quando las costas de dos Estados sean adyacentes o se hallen situadas frente a frente, ninguno de dichos Estados tendrá derecho, salvo acuerdo en contrario, a extender su mar territorial más allá de una línea media cuyos puntos sean equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base a partir de las cuales se mida la anchura del mar territorial de cada uno de esos Estados. No obstante, esta disposición no será aplicable cuando, por la existencia de derechos históricos o por otras circunstancias especiales, sea necesario delimitar el mar territorial de ambos Estados en otra forma”.

Es necesario que se apliquen otros métodos, como el de la línea media o el de la equidad, para el logro de una adecuada delimitación entre los tres países. Además, debemos tener como elemento de análisis que después de cincuenta años de utilización de los paralelos geográficos como línea que separa las áreas marítimas de los tres países ribereños, será difícil para el Perú negociar con Ecuador y Chile la suscripción de tratados de límites marítimos que reconozcan a nuestro país derechos sobre espacios que, actualmente, se encuentran en la práctica bajo soberanía y jurisdicción de Ecuador y Chile, al menos *de facto*.

La Convemar establece que cuando las costas de dos Estados son adyacentes, ninguno de ellos tiene derecho a extender su mar territorial (de una extensión máxima de 12 millas) más allá de una línea media cuyos puntos sean equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base a partir de las cuales se mida la anchura del mar territorial de cada uno de dichos Estados, salvo que existan derechos históricos y otras circunstancias especiales. Como nuestra historia limítrofe nos indica, Chile y Ecuador podrían apoyarse bajo este criterio, no obstante, ellos no consideran las 200 millas como un mar territorial.

A pesar de ello, resulta de especial significación mencionar que el 27 de agosto de 1980 la Delegación Peruana en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar declaró, ante el Plenario de ésta, que a juicio del Perú:

“[...] [que] a falta de un convenio específico de delimitación concertado de manera expresa fijar definitivamente los límites de tales zonas, y donde no prevalezcan circunstancias especiales sin que existan derechos históricos reconocidos por las partes, debe aplicarse como regla general de línea media o de equidistancia, por tratarse del método más idóneo para llegar a una solución equitativa; y que este criterio está bien reflejado en los actuales artículos del texto integrado”<sup>75</sup>.

La delimitación marítima peruano chilena cuenta con espacios similares de extensión en cada uno de los países (mar territorial de 12 millas, zona económica exclusiva y plataforma continental hasta las 200 millas), que ya fue solucionado por la Corte Internacional de Justicia de la Haya (2014) pero que se hubiera facilitado su solución ya que la Convemar hubiera llegado a la misma resolución. El “dominio marítimo” peruano tuvo su reconocimiento de facto como la zona económica exclusiva creada por la Convemar.

El Perú logró generar un debate informal y posteriormente un dialogo diplomático con Chile sobre la base de la revisión de una práctica aplicada durante más de cincuenta años, y sin ningún tratado de límite marítimo que ampare esta controversia jurídica internacional. Recordemos que en una visita protocolar el año 2002 del presidente de la República Alejandro Toledo y del canciller Allan Wagner a Chile, se logró la discusión informal sobre el tema de límites marítimos y se deslizó la posibilidad de su inclusión en la agenda bilateral de ambos países. No obstante, la cancillería chilena desmintió, poco después, cualquier discusión sobre el tema en el ámbito diplomático por existir un acuerdo (1954) ya existente.

Este es un argumento menos para realizar una negociación de límites marítimos en el marco de la Convemar. A este se sumarían la incertidumbre de la interpretación que el Tribunal Arbitral del Mar realizaría al Convenio de 1954 sobre las zonas de competencia marítima para la regulación de la pesca artesanal, suscrito por Perú, Chile y Ecuador, y la reserva hecha por Chile al momento de adherirse a la Convemar sobre el respeto de sus límites marítimos con Perú. En consecuencia, la posición negociadora de un país no depende fundamentalmente de aspectos formales o de factores externos, sino de su capacidad política e importancia geopolítica en la región. Desdichadamente, los títulos jurídicos que amparaban al Perú en el marco del respeto del derecho internacional, han sido poco útiles cuando nos hemos visto agredidos por potencias extranjeras o vecinos geográficos en nuestra soberanía.

---

75 Se hace referencia al texto integrado oficioso para fines de negociación que, sin modificaciones en relación con este tema, se transformó en la Convemar.

### 3.3. La pesca en alta mar, más allá de las 200 millas

La Convemar permite la protección de las poblaciones de peces transzonales y de las especies altamente migratorias, lo que permitiría al Perú como Estado ribereño, no restringirse al dominio marítimo sino más allá ya que los cardúmenes se desplazan sin limitarse a la zona marítima peruana:

“Artículo 119.- Conservación de los recursos vivos de la alta mar

1. Al determinar la captura permisible y establecer otras medidas de conservación para los recursos vivos en la alta mar, los Estados:

a) Tomarán, sobre la base de los datos científicos más fidedignos de que dispongan los Estados interesados, medidas con miras a mantener o restablecer las poblaciones de las especies capturadas a niveles que puedan producir el máximo rendimiento sostenible con arreglo a los factores ambientales y económicos pertinentes, incluidas las necesidades especiales de los Estados en desarrollo, y teniendo en cuenta las modalidades de la pesca, la interdependencia de las poblaciones y cualesquiera normas mínimas internacionales, sean subregionales, regionales o mundiales, generalmente recomendadas;

b) Tendrán en cuenta los efectos sobre las especies asociadas con las especies capturadas o dependientes de ellas, con miras a mantener o restablecer las poblaciones de tales especies asociadas o dependientes por encima de los niveles en los que su reproducción pueda verse gravemente amenazada.

2. La información científica disponible, las estadísticas sobre capturas y esfuerzos de pesca y otros datos pertinentes para la conservación de las poblaciones de peces se aportarán e intercambiarán periódicamente por conducto de las organizaciones internacionales competentes, sean subregionales, regionales o mundiales, cuando proceda, y con la participación de todos los Estados interesados.

3. Los Estados interesados garantizarán que las medidas de conservación y su aplicación no entrañen discriminación de hecho o de derecho contra los pescadores de ningún Estado”.

La pesca peruana tiene como especies líderes a la anchoveta que migra al sur chileno, y la sardina que migra al norte ecuatoriano. También el jurel, la caballa, los túnidos, los tiburones y otras especies son migratorias que circulan en nuestras 200 millas y en la alta mar.

El Perú no tendría la capacidad de proteger las especies en toda nuestras 200 millas, frente a la recurrente ni tampoco una pesca indiscriminada por embarcaciones extranjeras o de banderas chilenas o ecuatorianas si esta fuera intensiva en la alta mar adyacente a nuestro dominio marítimo.



El Acuerdo de 1995 sobre las Poblaciones de Peces (“Acuerdo de New York”), desarrolla ya lo señalado por la Convemar sobre que las especies que se encuentran en zonas exclusivas de varios Estados, deberán acordar las medidas necesarias para coordinar y asegurar la conservación y desarrollo de dichas poblaciones. Es decir, sería muy útil para el Perú dicho acuerdo que ya le otorgaría mayores posibilidades para la protección de recursos pesqueros.

Asimismo, los Estados ribereños y los Estados que pescan en alta mar deberán adoptar las medidas de conservación para asegurar la sostenibilidad a largo plazo de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios, tomando en cuenta criterios ambientales como los efectos en otras especies pertenecientes al mismo ecosistema o dependientes o asociadas a ellas, protegiendo la diversidad biológica, eliminando la pesca excesiva, fomentando la investigación científica y el desarrollo tecnológico y haciendo cumplir las medidas mediante sistemas de observación, control y vigilancia eficaces.

Además, el Acuerdo de New York establece que ninguna de sus disposiciones se entenderá en perjuicio de los derechos, la jurisdicción y las obligaciones de los Estados con arreglo a la Convemar, y al mismo se interpretará y aplicará en el contexto de este último tratado. Es decir, el Acuerdo es complementario a la Convención y no cabe una interpretación aislada.

La situación del Perú es similar a la que tenemos frente a la Convención: nuestro país sólo aprobó el texto del Acuerdo *ad-referéndum* y se abstuvo de suscribirlo. Ello a pesar que nuestro país, uno de los principales países pesqueros por volumen total de captura, colaboró intensamente en la elaboración del Acuerdo y obtuvo la inclusión de diversas disposiciones necesarias para la protección de nuestros intereses nacionales.

Es una necesidad proteger nuestros recursos hídricos, en especial, los hidrobiológicos fuera de la zona de protección de las 200 millas. No obstante, el Perú no tiene la capacidad para hacerlo ahora y menos la tendrá para hacerlo después. En ese caso, será la inversión privada la encargada de ello, y no se guiará por intereses nacionales sino económicos que, ciertamente, deberán de beneficiar integralmente al Perú. Para ello, es necesario plantear un plan nacional de aprovechamiento y protección de nuestros recursos hidrobiológicos.

### **3.4. La participación en la regulación de los fondos marinos**

El Perú no puede participar en la formulación de las normas que regulan la exploración y explotación de los fondos marinos. Estos fondos oceánicos se encuentran más allá del dominio marítimo peruano, y donde existen yacimientos de recursos minerales cuya explotación intensiva será importante en un futuro

cercano, con un impacto económico a países extractores como el nuestro (desde caída de precios hasta pérdida de oportunidad en inversiones):

“Artículo 162.- Facultades y funciones

1. El Consejo es el órgano ejecutivo de la Autoridad y estará facultado para establecer, de conformidad con esta Convención y con la política general establecida por la Asamblea, la política concreta que seguirá la Autoridad en relación con toda cuestión o asunto de su competencia.

2. Además, el Consejo:

a) Supervisará y coordinará la aplicación de las disposiciones de esta Parte respecto de todas las cuestiones y asuntos de la competencia de la Autoridad y señalará a la atención de la Asamblea los casos de incumplimiento;

b) Presentará a la Asamblea una lista de candidatos para el cargo de Secretario General;

c) Recomendará a la Asamblea candidatos para la elección de los miembros de la Junta Directiva y del Director General de la Empresa [...]”.

Adicionalmente, siendo el Perú un país ribereño situado frente a yacimientos minerales en los fondos abisales, su ecosistema marino estaría expuesto a cualquier alteración del medio ambiente resultante de operaciones de prospección, exploración y explotación de los fondos marinos frente a sus costas.

El Perú ha estado atento a la regulación de la explotación minera en los fondos marianos. Ya en el Cuarto Período de Sesiones de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (1998), se debatía la aprobación de un Proyecto de “Código Minero” para la exploración minera en los fondos marinos, que evidentemente no sería conveniente para el Perú.

En estos últimos años, se ha podido comprobar el continuo interés privado por una regulación de la exploración y explotación minera de los fondos marinos, así como la regulación de la distribución de dichos beneficios económicos entre los países miembros del Acuerdo.

En consecuencia, esta es una razón importante para que el Perú evalúe su adhesión a la Convemar, ya que podría participar activamente en el seno de esta autoridad internacional.

Asimismo, el Perú deberá adoptar una postura coherente: O participa en la explotación de los fondos marinos con la tecnología apropiada o asume una posición de preservar estos ecosistemas frágiles para el bien de la humanidad.

En consecuencia, la extracción mineral de los fondos marinos es el elemento central de la Convemar en el futuro. El Perú tampoco contará con capacidad económica y posición geopolítica para imponer un criterio al respecto. La tendencia es que este marco tutele una cierta privatización de la extracción de minerales de los fondos marinos. Nuestro país tiene que analizar los beneficios directos que trae consigo la extracción de minerales y el posible daño al ecosistema acuático cuando ello ocurra en el Océano Pacífico.

### **3.5. La navegación y sobrevuelo de buque y aviones de bandera peruana**

Los buques y aviones del país miembro de la Convemar se ven beneficiado por el paso inocente y libertad de navegación, así como la libertad de sobrevuelo en las zonas económicas exclusivas y en las áreas marítimas de los demás Estados ribereños:

“Artículo 36.- Rutas de alta mar o rutas que atraviesen una zona económica exclusiva que pasen a través de un estrecho utilizado para la navegación internacional.

Esta Parte no se aplicará a un estrecho utilizado para la navegación internacional si por ese estrecho pasa una ruta de alta mar o que atraviese una zona económica exclusiva, igualmente conveniente en lo que respecta a características hidrográficas y de navegación; en tales rutas se aplicarán las otras partes pertinentes de la Convención, incluidas las disposiciones relativas a la libertad de navegación y sobrevuelo”.

El Perú tiene una posición geográfica privilegiada sobre otros países, pero también que nos obliga a llegar a acuerdos con los demás países vecinos, especialmente por ser una economía de libre mercado y apostar por el comercio internacional, lo que es importante que nuestras embarcaciones y aviones puedan navegar en las 200 millas de Ecuador, Colombia y Panamá para atravesar el Canal de Panamá, o por las 200 millas de Chile, si se utiliza el Estrecho de Magallanes.

La Convemar reconoce en el mar territorial el derecho de paso inocente a las naves de todos los Estados. En la zona económica exclusiva se reconoce a las naves y aeronaves de todos los Estados la libertad de navegación y sobrevuelo, el tendido de cables y tuberías submarinos y otros usos del mar legítimos relacionados con dichas libertades. Para ello, los buques deben considerar los derechos y los deberes del Estado ribereño y cumplir las leyes y los reglamentos del Estado ribereño de acuerdo con la Convemar y el derecho internacional.

En ese sentido, el Perú mantiene acuerdos bilaterales en materia aerocomercial con varios países del mundo. Estos tratados internacionales dan facilidad a nuestro país para el tránsito aéreo. Asimismo, otro elemento para evaluar la razón

de la adhesión de la Convemar en este punto sería el principio de reciprocidad: los Estados parte de la Convemar están obligados a seguir sus disposiciones, mientras que nuestro país se guía por obligaciones mutuas y bilaterales con respecto a la navegación y sobrevuelo de buques y aviones de banderas de nuestro país con otro.

### 3.6. La protección al medio ambiente marino

La protección marina es un elemento resaltante de la Convemar y para la protección del ecosistema acuático del dominio marítimo del Perú. Siendo el mar un ecosistema en constante movimiento, un cuerpo de agua que recepciona fácilmente materiales contaminantes provenientes de actividades efectuadas por otros Estados en sus propias aguas o en la alta mar:

“Artículo 194.- Medidas para prevenir, reducir y controlarla contaminación del medio marino

1. Los Estados tomarán, individual o conjuntamente según proceda, todas las medidas compatibles con esta Convención que sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de cualquier fuente, utilizando a estos efectos los medios más viables de que dispongan y en la medida de sus posibilidades, y se esforzarán por armonizar sus políticas al respecto.

2. Los Estados tomarán todas las medidas necesarias para garantizar que las actividades bajo su jurisdicción o control se realicen de forma tal que no causen perjuicios por contaminación a otros Estados y su medio ambiente, y que la contaminación causada por incidentes o actividades bajo su jurisdicción o control no se extienda más allá de las zonas donde ejercen derechos de soberanía de conformidad con esta Convención.

3. Las medidas que se tomen con arreglo a esta Parte se referirán a todas las fuentes de contaminación del medio marino. Estas medidas incluirán, entre otras, las destinadas a reducir en el mayor grado posible:

a) La evacuación de sustancias tóxicas, perjudiciales o nocivas, especialmente las de carácter persistente, desde fuentes terrestres, desde la atmósfera o a través de ella, o por vertimiento;

b) La contaminación causada por buques, incluyendo en particular medidas para prevenir accidentes y hacer frente a casos de emergencia, garantizar la seguridad de las operaciones en el mar, prevenir la evacuación intencional o no y reglamentar el diseño, la construcción, el equipo, la operación y la dotación de los buques;

c) La contaminación procedente de instalaciones y dispositivos utilizados en la exploración o explotación de los recursos naturales de los fondos marinos y su subsuelo, incluyendo en particular medidas para prevenir accidentes y hacer frente a casos de emergencia, garantizar la seguridad de las operaciones en el mar y reglamentar el diseño, la construcción, el equipo, el funcionamiento y la dotación de tales instalaciones o dispositivos;

d) La contaminación procedente de otras instalaciones y dispositivos que funcionen en el medio marino, incluyendo en particular medidas para prevenir accidentes y hacer frente a casos de emergencia, garantizar la seguridad de las operaciones en el mar y reglamentar el diseño, la construcción, el equipo, el funcionamiento y la dotación de tales instalaciones o dispositivos.

4. Al tomar medidas para prevenir, reducir o controlar la contaminación del medio marino, los Estados se abstendrán de toda injerencia injustificable en las actividades realizadas por otros Estados en ejercicio de sus derechos y en cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con esta Convención.

5. Entre las medidas que se tomen de conformidad con esta Parte figurarán las necesarias para proteger y preservar los ecosistemas raros o vulnerables, así como el hábitat de las especies y otras formas de vida marina diezgadas, amenazadas o en peligro”.

Es decir, los Estados deberán tomar las medidas necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación marina procedente de cualquier fuente, incluyendo la obligación de reducir en el mayor grado posible el impacto de sustancias tóxicas y posterior evacuación, la contaminación causada por buques o de instalaciones y dispositivos utilizados en la exploración o explotación de los recursos naturales en el medio marino.

Asimismo, como hemos visto, la Convemar señala que la regulación de los Estados ribereños para prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por buques deben ser concordadas con el derecho internacional, con tal de evitar restricciones arbitrarias a la libertad de navegación.

### **3.7. La investigación científica marina y el desarrollo y transmisión de tecnología marina**

La investigación y la transferencia de tecnología producto de la cooperación internacional en el marco de la Convemar es otro de los elementos meritorios en esta regulación. Perú tiene un extenso litoral y riqueza hidrobiológica, por lo que conviene incentivar la investigación científica marina para un óptimo

aprovechamiento de nuestros recursos en el dominio marítimo, así como acceder a los últimos avances tecnológicos.

La Convemar contiene disposiciones específicas sobre estos temas bajo el principio fundamental para ambos campos la cooperación entre los Estados y los organismos internacionales competentes:

“Artículo 266.- Fomento del desarrollo y de la transmisión de tecnología marina.

1. Los Estados, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales competentes, cooperarán en la medida de sus posibilidades para fomentar activamente el desarrollo y la transmisión de la ciencia y la tecnología marinas según modalidades y condiciones equitativas y razonables.

2. Los Estados fomentarán, en la esfera de la ciencia y tecnología marinas, el desarrollo de la capacidad de los Estados que necesiten y soliciten asistencia técnica en esa esfera, particularmente de los Estados en desarrollo, incluidos los Estados sin litoral y los Estados en situación geográfica desventajosa, en lo referente a la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos marinos, la protección y preservación del medio marino, la investigación científica marina y otras actividades en el medio marino compatibles con esta Convención, con miras a acelerar el desarrollo económico y social de los Estados en desarrollo.

3. Los Estados procurarán promover condiciones económicas y jurídicas favorables para la transmisión de tecnología marina, sobre una base equitativa, en beneficio de todas las partes interesadas”.

Finalmente, la Convemar señala disposiciones favorables como la promoción de la difusión de datos e información científica y a la transmisión de los conocimientos resultantes de la investigación científica marina, pensando en los países en desarrollo; y el fortalecimiento de la investigación científica marina de dichos países, mediante programas para proporcionar enseñanza y capacidad adecuadas a su personal técnico y científico. Asimismo, la Convemar señala que los Estados fomentarán el desarrollo de la capacidad de las partes que requieran asistencia técnica en lo referente a la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos marinos, la protección y preservación del medio marino, la investigación científica marina y otras actividades en el medio marino con la intención de acelerar el desarrollo económico y social de los países en desarrollo. Ciertamente, algo conveniente para que el Perú pueda definir de mejor manera la zonificación de todo su dominio marítimo.

## CONCLUSIONES

El Perú es un país estratégico y geopolíticamente importantísimo en la región sudamericana, y su política exterior deberá estar encaminada, sobre la base de la buena fe en sus relaciones internacionales y de la defensa de su integridad territorial frente a las posibles pretensiones de intereses económicos hegemónicos y de nuestros países vecinos. El Perú ha sido un país respetuoso del orden jurídico internacional —con excepción del último lustro en materia de derechos humanos—, y debe ser su objetivo prioritario la defensa de su dominio marítimo, tanto dentro como fuera del marco normativo de la Convemar (Gamboa, 2002: 15).

El Perú deberá esbozar, dentro de un planteamiento de defensa de sus intereses estratégicos en la Cuenca del Pacífico (Silva, 1998: 137), su relación jurídica con el denominado “dominio marítimo” (Const. 1993) y con la “Zona de Protección Marítima de 200 millas” (Decreto N° 781) en una noción geopolítica denominada el “Mar de Grau”, constituyéndose en una zona política especial, bajo una autoridad nacional marítima que centralice distintas funciones y a los diversos actores nacionales comprometidos con la creación de un plan nacional de desarrollo marítimo, similar al concepto geopolítico de “mar presencial chileno”. En consecuencia, el Perú deberá desarrollar una estrategia esencial en cuanto a sus derechos sobre el “Mar de Grau” y un esbozo teórico-práctico de su importancia como parte de su política de Estado. Esta propuesta está inspirada en la “Escuela de Pensamiento Nacionalista” del eximio maestro y embajador Alfonso Arias Schreiber al asumir una posición realista con respecto a la relación del Perú con el “Mar de Grau” o mar nacional (Arias-Schreiber, 1990: 1 y 47).

Consideremos en futuros análisis que Chile es parte de la Convemar (Bákula, 1997: 218), y en su caso, los puertos de Mejillones y Tocopilla, y las tesis chilenas del mar presencial y de su cualidad tricontinental, han dado frutos como son las relaciones estratégicas que tiene este país austral con Australia y Singapur en Oceanía y Asia, respectivamente.

A partir del año 2001 se ha venido discutiendo la posibilidad de la adhesión del Perú a la Convemar. De tal debate han surgido dos viejas posiciones irreconciliables: la tesis de la territorialidad de las 200 millas marinas, que asegura la contradicción entre lo estipulado por la Convemar y lo dispuesto por el Decreto N° 781 de 1947, llegando a sostener la inconstitucionalidad de la adhesión a la Convemar. Una segunda tesis es la “zonista”, señala que la Convemar tutelaría de mejor manera nuestros intereses nacionales sobre el Mar de Grau (un mejor marco de seguridad jurídica) en la negociación de la delimitación marítima con Chile y Ecuador, en la posibilidad de la pesca más allá de las 200 millas, en la protección ambiental del

ecosistema acuático, de los recursos hídricos y minerales, en la jurisdicción sobre el espacio aéreo y el subsuelo, etc.

No obstante, la eterna e enriquecedora discusión doctrinaria llevada a cabo por prominentes diplomáticos, intelectuales, juristas y políticos, tanto en favor de la adhesión a la Convemar (Javier Pérez de Cuéllar, Juan Miguel Bákula, Diego García-Sayán, Luis Gonzales Posada) como en contra (Alfonso Benavides Correa, Alberto Ruiz Eldredge, Julio Vargas Prada, Gustavo Baca Corzo, Fernán Altuve Febres), muy poco esclarecedores han sido sus resultados. Diplomáticos como el embajador Allan Wagner o el excanciller Diego García-Sayán, estuvieron y están de acuerdo por la adhesión del Perú a la Convemar, así como el embajador Juan Miguel Bákula, y tantos otros estudiosos y defensores de nuestros derechos sobre el Mar de Grau, ya que sostenían que la tesis peruana de las 200 millas fue recogida por la Convemar (García-Sayán, 1997: 208; Bákula, 1997: 218).

La Convemar no es incompatible con el Decreto Supremo N° 781, ni con la tesis zonista de las 200 millas. En cambio, la Convemar es contradictoria con la tesis de la territorialidad de las 200 millas. Sin embargo, dejando de lado estas dos tesis, la Convemar debe ser evaluada dentro del marco de los intereses estratégicos que el Perú defiende en la noción geopolítica “Mar de Grau”, sobre la base de un plan nacional de defensa de sus intereses marítimos.

El Perú no tuvo la pretensión de ampliar su mar territorial a 200 millas marítimas con el Decreto N° 781, ni en las propuestas de las negociaciones de la Convemar en la Comisión Preparatoria, ni con las Constituciones de 1979 y 1993. Muy por el contrario, definió un nuevo concepto jurídico y político en el derecho internacional, en el derecho constitucional y en las relaciones geopolíticas para reconocerse como titular de derechos de posesión estatal, de control, protección y explotación de recursos naturales marítimos. No obstante, si aceptamos la concordancia entre la tesis zonista de las 200 millas y el término constitucional de dominio marítimo, entonces, tenemos que aceptar los siguientes supuestos: nuestro mar territorial es de una extensión de 3 millas marítimas —conforme al “Antiguo Derecho del Mar”— o no tenemos mar territorial —el marco legal del antiguo derecho del mar fue derogado en el Perú en 1951—, al menos, hasta que se defina la adhesión del Perú a la Convemar o se promulgue una ley sobre la materia.

La Convemar no es incompatible con la noción constitucional de “dominio marítimo” ni con la regulación constitucional de 1993 sobre la materia. No obstante, la Convemar podría ser un instrumento de interpretación limitativo de derechos para el Perú y extensivo de mayores obligaciones inconvenientes al compararlo con nuestra posible futura situación de planificación y ejecución de desarrollo de objetivos nacionales sobre el “Mar de Grau”.

La posición del Perú es privilegiada y estratégica para las relaciones con el mercado asiático; Brasil es el país que de una manera u otra necesitará establecer relaciones comerciales con ese mercado y tanto por los ejes viales sudamericanos, por la presencia ecuatoriana en nuestro país por el Marañón-Amazonas, por la



presencia boliviana en la zona de integración regional o por la posible salida del gas boliviano en Ilo, la expansión brasileña llegará a las costas del Pacífico. En ese sentido, el Perú debería propiciar un tema de agenda sobre los derechos de los países costeros y su adecuación a la Convemar en la Agenda de la Política Exterior Común de la Comunidad Andina o repotenciar el papel de la Comisión Permanente del Pacífico Sur, acercándose a la “Sociedad Civil Andina” o regional, con la finalidad de establecer un marco de objetivos y procedimientos conjuntos que defiendan los intereses de los pueblos americanos involucrados.

En consecuencia, nuestro país sigue divorciado de objetivos claros y precisos. Es inadmisibile dejar de aprovechar el Mar de Grau como fuente de riqueza, y a pesar que no tenemos la capacidad para hacerlo —no existe en la actualidad una Marina Mercante nacional—, tampoco tenemos por qué obligarnos a que otros países se aprovechen del excedente por nosotros. La Convemar es un instrumento que nos traerá más obligaciones que derechos:

“Artículo 62. Utilización de los recursos vivos.

[...]

2. El Estado ribereño determinará su capacidad de capturar los recursos vivos de la zona económica exclusiva. Cuando el Estado ribereño no tenga capacidad para explotar toda la captura permisible, dará acceso a otros Estados al excedente de la captura permisible, mediante acuerdos u otros arreglos y de conformidad con las modalidades, condiciones y leyes y reglamentos a que se refiere el párrafo 4, teniendo especialmente en cuenta los artículos 69 y 70, sobre todo en relación con los Estados en desarrollo que en ellos se mencionan”.

La radical importancia del “Mar de Grau” se encuentra no solo en su riqueza hidrobiológica, sino en su comunicación con el mercado asiático, y el país que tenga asegurado su soberanía terrestre y marítima (sus vías de comunicación), integrado su territorio en regiones económicas auto sostenibles y modernice sus puertos marítimos y fluviales, podrá hacer el salto cualitativo hacia el desarrollo.

## BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO COLUNGA, Marisol

2001 *Consideraciones para la delimitación marítima del Perú*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.

ARAMBURÚ MENCHACA, Andrés

1977 "La proyección universal de la Declaración de Santiago". *Revista del Foro*, Lima: jul.-sep.

1979 "Estado, nación y territorio". *Revista del Foro*, N° 2-3-4, Lima: abr.-dic.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Alfonso

1990 *El Perú y la Nueva Convención sobre el Derecho del Mar*, Lima.

2001 "La Tercera Conferencia del Derecho del Mar y la Participación del Perú". En: Sandra Namihás (ed.), *Derecho del mar, análisis de la Convención de 1982*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

BÁKULA, Juan Miguel

1997 "Palabras en la Ceremonia de Conmemoración del 50° Aniversario de la Declaración de las 200 Millas". *Política Internacional, Revista de la Academia Diplomática del Perú*, 49, Lima: jul.-sep.

CHIRINOS SOTO, Enrique

1979 *La nueva Constitución al alcance de todos*. Lima.

1997 *La Constitución de 1993*. 4ª ed., Lima: Antonella Chirinos Montalbetti.

CONGRESO

2002a *Anteproyecto de la Ley de Reforma de la Constitución*, Lima: Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República.

2002b *Proyecto de la Ley de Reforma de la Constitución*, Lima: Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República.

FERRERO COSTA, Eduardo

1986 *El Perú frente a la Convención sobre el Derecho del Mar*. Lima: Centro Peruano de Estudios Internacionales.

2001 "La Convención sobre el Derecho del Mar y los intereses nacionales". En Sandra Namihás (ed.), *Derecho del Mar, análisis de la Convención de 1982*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

FERRERO REBAGLIATI, Raúl

1966 *Derecho internacional*. Lima: Ediciones Peruanas.

GAMBOA BALBÍN, César Leonidas,

2002 "El mito real del mar de Grau". *La Razón*, Lima, 10 octubre de 2002.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo

1980 "El dominio marítimo en la nueva Constitución Peruana". *Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor San Marcos*, vol. 44, N° 1-3, Lima: ene.-dic.

GARCÍA-SAYÁN, Diego

1997 "Discurso en la ceremonia de conmemoración del 50° Aniversario de la Declaración de las 200 Millas". *Política Internacional, Revista de la Academia Diplomática del Perú*, 49, Lima: jul.-sep.

GARCÍA SAYÁN, Enrique

1955 *Notas sobre la soberanía marítima en el Perú. Defensa de las 200 millas de mar peruano ante las recientes transgresiones*. Lima: Talleres Gráficos Villanueva.

MERLE, Marcel

1978 *Sociología de las relaciones internacionales*. Madrid: Alianza Editorial.

MRE

1971 *Compilación sobre derecho del mar*. Lima: Ministerio de Relaciones Exteriores.

NOVAK, Fabián

2001 "Antecedentes históricos del nuevo derecho del mar". En Sandra Namihás (ed.), *Derecho del Mar, Análisis de la Convención de 1982*, Lima: Fondo Editorial de Pontificia Universidad Católica del Perú.

PINTO-BAZURCO RITLER, Ernesto

1996 *Derecho Internacional*. Lima: Universidad de Lima.

RAMACCIOTTI, Beatriz

1990 *Estudios de Derecho Internacional*, Lima: Instituto Peruano de Relaciones Internacionales.

RUIZ-ELDRIDGE RIVERA, Alberto

1979 "Mar territorial de 200 millas". *Socialismo y Participación*, 8, Lima: sep.

1980 *La Constitución comentada*. Lima: Atlántida.

RONCAGLIOLO HIGUERAS, Nicolás

1997 "Discurso en la ceremonia de inauguración del curso del derecho del mar". *Política Internacional, Revista de la Academia Diplomática del Perú*, 49, Lima: jul.-sep.

ROUSSEAU, Charles

1966 *Derecho internacional público*. Barcelona: Ariel.

RUBIO, Patricio

2001 "El Perú y la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982". En Sandra Namihás (ed.), *Derecho del Mar, Análisis de la Convención de 1982*. Lima: Fondo Editorial de Pontificia Universidad Católica del Perú.

SILVA ARANDA, Gustavo.

1998 *Aspectos sobre la realidad geopolítica nacional*. Lima: Centro de Altos Estudios Nacionales.

SOLARI, Luis

1991 *Derecho internacional público*. Lima: Librería Studium.

VELAOCHAGA, Luis

2001 *Políticas exteriores del Perú: sociología histórica y periodismo*. Lima: Universidad San Martín de Porres.

VERDROSS, Alfred.

1965 *Derecho internacional público*. Madrid: Aguilar.

Quinto seudo-ensayo

# EL TEMOR AL CAMBIO: ACUERDO DE ESCAZÚ

“Lo más grave que puede ocurrir con una posible ratificación de este acuerdo es la *abdicación* a nuestra soberanía sobre nuestro territorio nacional ya que el Perú estaría expuesto a los marcos normativos internacionales. Lo que significaría que estaremos exponiendo a más del 60% del territorio nacional que es la Amazonia Peruana, así como el territorio andino, costero, marino a un Tratado que genera inestabilidad jurídica en el país afectando indudablemente las inversiones y al propio desarrollo de las poblaciones de nuestro territorio nacional”.

**CONFIEP y otros gremios.**

## Introducción

Al finalizar la cuarentena este 2020 se desarrolló un debate público agresivo y perturbador por la aprobación del “Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe” –más conocido como el Acuerdo de Escazú– en la agenda pública y el Congreso de la República. La sociedad civil organizada principalmente, representada por organizaciones ambientales, de derechos humanos, organizaciones indígenas y especialmente el movimiento de jóvenes venían desarrollando una campaña señalando los beneficios y retos que enfrentaba al Perú con respecto a la futura puesta en vigencia de este tratado internacional; mientras que por el otro lado, se alzó una contra campaña levantando preocupaciones de pérdida de soberanía, del control de la Amazonía y de nuestros recursos naturales que calentaron en demasía las redes sociales, la vía por la cual se multiplicaron una serie de eventos a favor y en contra de la aprobación del mencionado acuerdo.

Los principales críticos fueron los gremios empresariales liderados por la CONFIEP, los gobiernos regionales amazónicos, principalmente el gobierno regional de

Loreto, y finalmente el Colegio de Ingenieros del Perú, entre los más relevantes. No debemos descontar que algunos partidos políticos se han pronunciado en contra, liderados por el partido Fuerza Popular, el APRA y recientemente Acción Popular. La mayoría de las discrepancias y cuestionamientos se mostraron en presentaciones de expertos sobre los efectos del Acuerdo de Escazú en el derecho nacional en sesiones de la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso<sup>76</sup>, los cuales terminaron por sepultar la ratificación del mencionado Acuerdo el día que la Comisión de Relaciones Exteriores archivó el dictamen de Resolución Legislativa de ratificación.

Este ensayo se centra en aclarar algunos de los principales argumentos producidos en este intenso debate, especialmente porque el desconocimiento que se ha mostrado con relación al derecho de los tratados, el derecho internacional de los derechos humanos y los principios internacionales del derecho ambiental pueden ser muestra de la necesidad de un mayor involucramiento de la ciudadanía en los compromisos asumidos por el Estado a nivel internacional, como son los acuerdos internacionales en derechos humanos y en el derecho ambiental. Asimismo, es importante distinguir los argumentos políticos de los jurídicos y finalmente aclarar el verdadero contenido de este tratado internacional para los intereses del desarrollo sostenible del Perú y el ejercicio de una ciudadanía mucho más efectiva y garantista.

## 1. Antecedentes y cambios en el derecho internacional

En los últimos dos meses se han emitido una serie de pronunciamientos en favor y en contra de la ratificación del Acuerdo de Escazú. Estos podrían clasificarse en argumentos políticos relacionados al impacto que podría tener la implementación del acuerdo en los intereses políticos, económicos y sociales de varios grupos de poder; un segundo grupo son argumentos jurídicos con respecto a las consecuencias jurídicas de algunas disposiciones del acuerdo; y otros argumentos que se sostienen sobre la base de prejuicios y desconocimiento del tema. Estos últimos son los que han dominado la opinión pública por sectores conservadores de nuestra sociedad que no han sido honestos en mostrar sus preocupaciones, y que más que nada intentan arropar sus prejuicios en la lucha por el interés nacional y no de sus propios y muy particulares intereses.

---

76 Para una lectura del diálogo en el seno de la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso, ver <http://www.congreso.gob.pe/comisiones2020/RREE/laborlegislativa/AcuerdoEscazu/> (consultado el 20/08).

Entonces, sistematizando varios de los primeros argumentos en cuanto al derecho internacional, los podríamos resumir en los siguientes:

1. La negociación del texto del Acuerdo de Escazú fue producto de la “imposición de grupos ideológicos y de interés”, es decir, otra vez, de una suerte de complot “galáctico”, de un mantra que gobierna al mundo, argumentos que rayan con lo fascista e incluso el racismo ya conocido en el siglo XX;
2. El procedimiento formal de elaboración del expediente de Resolución Legislativa está viciado por no cumplir con el trámite administrativo, es decir, que no se cumplieron con los trámites administrativos en el Poder Ejecutivo para presentar esta iniciativa de aprobación ante el Congreso de la República;
3. El Acuerdo de Escazú implica “ceder soberanía de la Amazonía peruana, el 53% de nuestro territorio nacional”, argumento principal contra este tratado internacional;
4. El Acuerdo de Escazú otorga competencias “a la Corte Internacional de la Haya para resolver controversias sobre nuestros recursos naturales”, es decir, este es el segundo argumento por el cual Perú podría perder territorio y usar sus propios recursos naturales ante decisión de un organismo supranacional;
5. El Acuerdo de Escazú no es necesario que ya la legislación ambiental peruana ya reconoció esos derechos (participación, transparencia, acceso a la justicia ambiental y el de defensores), lo que se convierte en un argumento no contrario al contenido del Acuerdo, sino a su utilidad formal y material, y que, por cierto, va al fondo del asunto.

## 1.1. Antecedentes de la negociación

Estamos lejos de lo que señalaba Nicolson en 1963, calificando la ausencia de uno de los atributos de la comunidad internacional, es decir, no tenía “un internacional imperio de la ley, tan sólo unas cuantas convenciones aceptadas” (1994: 238). El derecho que gobierna a la comunidad internacional no podría ni siquiera ser llamado derecho, pero podríamos convenir que sigue siendo un derecho muy heterodoxo, sin un centro coercitivo pero basado en una multiplicidad de acuerdos internacionales, todos ellos dependiendo de la voluntad de los Estados. No debemos ignorar que muchos otros sujetos de derecho internacional han aparecido para colaborar en la implementación de las obligaciones nacidas de diversos instrumentos de este derecho. Un grupo de ellas ha tenido que ver con los derechos humanos y el derecho ambiental. Desde la década de los setenta se reconocía “una globalización de las preocupaciones por el deterioro ambiental en el mundo” (Bustamante, 2000: 66); y poco después con la globalización en la década de 1990 se colocaron como temas centrales de la agenda internacional “los

derechos humanos, la democracia y la ecología” (De Ollolqui, 1994: 17). Este proceso de construir los principios del derecho ambiental, de establecer obligaciones y reglas específicas para los Estados, ha tomado décadas, no ha sido ni rápido ni expeditivo, muy por el contrario, se ha considerado como intentos infructuosos o inútiles (Jain, 1996:239; Spath, 2002: 22-3).

En ese marco, el Acuerdo de Escazú nace de las preocupaciones de los propios gobiernos en América Latina, que tomando conciencia sobre los cambios climáticos y la contaminación ambiental en el ámbito global y en la región, decidieron fortalecer aun más la faceta ciudadana en el ejercicio del derecho en el medio ambiente. Es así que junto con organismos supranacionales e incluso de la sociedad civil, ponen de manifiesto la necesidad de desarrollar mecanismos de protección de derechos de las personas para proteger el medio ambiente.

Por otro lado, se ha mencionado que el Acuerdo de Escazú podría ser producto de la presión internacional e incluso de las organizaciones no gubernamentales producto de una campaña oscura y soterrada por irrumpir en el escenario internacional como un poder fáctico que supere el de otros grupos que han venido ganando preponderancia y preocupación. Las empresas tienen un rol cada vez más importante en la construcción de políticas públicas, y aun más en el debate internacional, como ocurre en las COP de cambio climático. Y por otro lado, grupos de poder, de accionar ilícito que se van expandiendo bajo redes políticas, sociales, y económicas, que terminan, incluso, por asumir un rol político e influir en la gestión de los recursos naturales, como es en la Amazonía.

Lo cierto es que el origen del Acuerdo de Escazú parte de los Estados y desde una lenta pero fructífera discusión en Río 1992. Su origen se encuentra en los alcances del Principio 10 de la Declaración de Río, la que se suscribió en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD) de 1992:



**Cuadro 1. Alcances de la Declaración de Río y el Acuerdo de Escazú**

Derechos ambientales	Declaración de Río 1992 (Principio 10)	Acuerdo de Escazú 2018 (art. 1)
Participación ciudadana Acceso a la información ambiental Acceso a la justicia ambiental	<p>“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda.</p> <p>En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones.</p> <p>Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos.</p> <p>Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.</p>	<p>“El objetivo del presente Acuerdo es garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible”.</p>

Elaboración propia.

Veinte años después (2012), en la reunión internacional conocida como “Río+20”, los Estados parte que asistieron decidieron ir más allá y negociar un futuro acuerdo internacional que desarrollara el principio 10 de la Declaración de Río. Entre el 2012 y 2018 se desarrollaron las negociaciones del Acuerdo de Escazú, donde el Perú fue vicepresidente de Comité de Negociación. El texto del Acuerdo se firmó el 24 de marzo de 2018<sup>77</sup> y se ha sobrevenido un proceso de ratificación del Acuerdo con posteriores contratiempos, desde la ralentización de los actos públicos proveniente de la crisis del Covid-19. En el siguiente cuadro se puede ver el estado de ratificación del Acuerdo de Escazú en los países de la región, lo que nos indica que este tratado internacional entraría prontamente en vigor:

77 Luego el Perú deposita su firma el 27 de setiembre 2018 en la 73ª Asamblea ONU. El Expediente Técnico que remite el Acuerdo de Escazú para su aprobación (Resolución Suprema 123-2019-RE, 31 de julio 2019) se convierte en Proyecto de Resolución Legislativa 4645/2019-PE con fecha de recepción del 5 de agosto 2019.

**Cuadro 2. Países en el proceso de ratificación del Acuerdo de Escazú**

No firmado	Pendiente de ratificación	Trámite en el ejecutivo	Inicio trámite en el Congreso	Debate en el Congreso	Ratificación del Acuerdo
Chile	Granada	Brasil	República Dominicana	Perú	Antigua y Barbuda
Bahamas	Haití	Guatemala		Colombia	Ecuador
Barbados	Jamaica	Paraguay		Costa Rica	Bolivia
Belice					Nicaragua
Cuba					Panamá
Dominica					San Cristobal y Nevis
El Salvador					Uruguay
Honduras					San Vicentes y Granadinas
Surinam					Guyana
Trinidad y Tobago					Argentina <sup>78</sup>
Venezuela					México
					Santa Lucía

Fuente: Dialogo chino, 2020<sup>79</sup>.

En consecuencia, podemos decir que el Acuerdo de Escazú es un tratado internacional de derechos humanos en materia ambiental, suscrito entre Estados, que se convierte en el primer tratado regional ambiental para América Latina y el Caribe, y que durante las negociaciones tuvo la importante participación de los ciudadanos y sociedad civil en general. No ha mostrado ninguna anomalía al compararlo con otro tipo de tratados internacionales y es más que, comparándolo con la Convención de Aarhus, de contenido similar a Escazú, difiere de este en contener disposiciones vinculantes de defensores de derechos humanos en asuntos ambientales (art. 9), lo único novedoso que podría encontrarse en el texto de dicho acuerdo.

78 El Senado argentino aprobó por unanimidad el Acuerdo de Escazú el 13 de agosto y se aprobó en el dictamen aprobatorio en la Comisión de Medio Ambiente en la Cámara de Diputados el 16 de septiembre.

79 Ver <https://dialogochino.net/es/clima-y-energia-es/con-ecuador-el-acuerdo-de-escazu-esta-a-punto-de-entrar-en-vigor/> (consulta 01/09).

## 1.2. Rol de la sociedad civil en el derecho internacional ambiental

No podemos negar que, desde el punto de vista del debate ideológico a nivel global y nacional, y después de la caída de los gobiernos progresistas, el pensamiento conservador ha comenzado a ser el discurso dominante y hasta ha comenzado a escribir su propia historia (Astete, 2009: 210). De hecho, se ha comenzado a desconocer la historia de los últimos cincuenta años, especialmente la historia de opresión y emergencia de los derechos humanos; los principios del derecho internacional público y la aparición de nuevos entes internacionales; y hasta los mismos efectos de la globalización con respecto al impacto a la soberanía de los Estados. Pero lo que será imposible de dejar de relevar es que el derecho internacional aún confiere una suerte de monopolio a los Estados en la creación del derecho; unidades políticas que componen la sociedad internacional por excelencia y antigüedad, y que “participan en la creación del derecho” por sus relaciones convencionales (Virally, 1998: 572), por lo que el monopolio de producción del derecho aún lo tienen los Estados y no otros sujetos de derecho internacional. Asimismo, es inconsistente pretender que la producción del derecho se debe más que nada a una captura de la sociedad civil sobre los Estados, cuando más cercanos y con mayor capacidad de influencia son los grupos económicos o, por otro lado, las mafias corporativizadas.

En el caso del derecho internacional ambiental, se ha producido un debate con respecto a la soberanía de los recursos naturales por lo que habría que aclarar que la soberanía de los Estados es reconocida desde la Declaración de Estocolmo (1972), hasta el Acuerdo de Escazú. Aunque es también correcto mencionar que la soberanía sobre los recursos naturales debe entenderse como un poder limitado (Foy *et al.*, 2003: 85), es decir, los Estados deben asumir las consecuencias y efectos positivos y negativos cuando ejercen su soberanía sobre estos recursos, entendiendo que estas limitaciones son principios orientadores y limitaciones que configuran una responsabilidad posterior al mismo ejercicio de la soberanía. En consecuencia, en la formalidad del derecho internacional, no hay más poderes sobre los recursos naturales que los propios Estados, los cuales pueden delegar este poder, especialmente en su aprovechamiento, a empresas transnacionales para su explotación, algo que ha sobrevenido mucho más claramente desde la Segunda Guerra Mundial.

A *posteriori*, también es cierta la creciente influencia de otros sujetos no estatales del derecho internacional, como son los organismos supranacionales y la sociedad civil, producto del reconocimiento nacional de problemas ambientales como preocupación común de los ciudadanos (Speth, 2002: 19). En ese sentido, la labor de las organizaciones no gubernamentales ha sido cuestionada desde diversos espectros políticos, conservador, liberal (Bákula, 2002: 1532) y progresista (Dagnino, 2008: 221), por una supuesta falta de rendición de cuentas de su accionar; sin embargo, uno de los argumentos está relacionado a los efectos del nuevo orden internacional, a una supuesta pérdida de soberanía de los Estados y a la percepción de una suerte de usurpación de funciones estatales y a una competencia contra

las instituciones políticas tradicionales (partidos políticos) y económicas (sector privado). Más bien son muchas las ocasiones en que se desenvuelven situaciones de cooperación en la intermediación política y cooperación técnica entre el tejido político y económico, una suerte de rol mediador de la sociedad civil con los movimientos sociales, sindicatos, organizaciones indígenas, especialmente en el debate público que coadyuva a aclarar los intereses de dichos actores frente a lo “público”. En ese sentido, la labor de las organizaciones de la sociedad civil en el tema ambiental ha sido y es “concienciar a la colectividad respecto a la necesidad de proteger y conservar el medio ambiente” (Foy *et al.*, 2003: 103), más que reemplazar a actores públicos y políticos.

Durante el debate nacional reciente sobre el Acuerdo de Escazú, se ha mencionado el rol de las organizaciones no gubernamentales como perniciosas para la construcción de consensos en los temas ambientales y el inconsistente y tradicional argumento de usurpación de la representación social y política. En general, la sociedad civil tiene muchos retos de representación y coordinación, sin embargo, la labor hacia el Estado ha sido de incorporar una perspectiva crítica y plural (Thesing, 1997: 133) que va desde incorporar en el debate público el conocimiento de expertos, asesoría técnica, movilización de la opinión pública, etc. (Gemmill y Bamidele-Izu, 2002: 83); incluso para desarrollar diálogos inclusivos y difusión de información, como el caso de la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas EITI que reúne en espacios de diálogo a gobiernos implementadores de sus estándares, al sector privado del sector extractivo (gas, petróleo, minería) y a la sociedad civil.

Podemos ir concluyendo, citando al embajador Bákula, que frente a la ausencia de un control político democrático nacional, las organizaciones no gubernamentales surgen como “mecanismos de acción y compensación internacional”, y que por ello son “tan vilipendiadas” (2002: 1527), añadiendo que la sociedad civil ejerce la “función de control y de defensa del individuo y del interés particular, para equilibrar el buen funcionamiento del proceso de toma de decisiones que sí le corresponde al Estado” (2002: 1532). Ciertamente, estos escenarios son muy similares al debate público del Acuerdo de Escazú en los últimos meses en Perú, y también en Colombia.

### 1.3. Derrumbando falsedades: pérdida de la soberanía

El debate abierto sobre el Acuerdo de Escazú ha estado centrado básicamente sobre el temor a una pérdida del control de los recursos naturales, especialmente en la Amazonía. En un principio, podría pensarse que es un tipo de ambientalismo “nacionalista populista” (Bebbington y Humphreys, 2009: 69), en el sentido que las élites reclaman el control para un aprovechamiento sostenible y autónomo de los recursos naturales, sin ninguna injerencia extranjera, y cumpliendo con la legislación ambiental nacional; pero ello no es cierto. Primero, porque los

principales detractores del Acuerdo de Escazú son los gremios empresariales y grupos que están ligados con la intención de extraer dichos recursos naturales cuyas principales preocupaciones están centradas en: primero, promover y legitimar la inversión para el crecimiento económico, especialmente atraer la inversión privada; y segunda, flexibilizar los estándares ambientales y sociales para reducir los costos de sus operaciones, y en el contexto actual de la crisis del Covid-19, todo lo que implique cualquier limitación para iniciar o impulsar la reactivación económica<sup>80</sup>.

En el siguiente cuadro, recogeremos los argumentos principales con respecto al posible atentado a la soberanía de los Estados por el Acuerdo de Escazú sostenido por los principales actores políticos que lideraron dicha posición:

---

80 Ver <https://gestion.pe/economia/coronavirus-peru-presidenta-de-confiep-sobre-protocolos-de-seguridad-estan-lleno-de-requisitos-parece-para-un-pais-europeo-covid-19-nndc-noticia/> (04/05, consultado el 20/08).

**Cuadro 3. Preocupaciones sobre pérdida de soberanía por Acuerdo de Escazú**

<b>CONFIEP y gremios empresariales (15/07)</b>	<b>Mancomunidad regional amazónica incluye Loreto, Ucayali, Amazonas, San Martín y Madre de Dios (06/08)</b>	<b>Colegio de Ingenieros del Perú Consejo Nacional (21/08)</b>
<p>“Lo más grave que puede ocurrir con una posible ratificación de este acuerdo es la <i>abdicación</i> a nuestra soberanía sobre nuestro territorio nacional ya que el Perú estaría expuesto a los marcos normativos internacionales. Lo que significaría que estaremos exponiendo a más del 60% del territorio nacional que es la Amazonia Peruana, así como el territorio andino, costero, marino a un Tratado que genera inestabilidad jurídica en el país afectando indudablemente las inversiones y al propio desarrollo de las poblaciones de nuestro territorio nacional”.</p>	<p>“2.- Del análisis del denominado “Acuerdo de Escazú” resulta claro que las decisiones sobre nuestro medio ambiente y sus controversias serán trasnacionalizadas. Es decir, ya no dependerán de los peruanos ni de nuestras instituciones públicas, sino de organismos internacionales. No sólo ubicados fuera de nuestras fronteras, sino comprometidos con intereses ajenos a los nacionales. Esta forma de entregar la soberanía, de perder capacidad sobre el legítimo aprovechamiento de nuestros recursos naturales, se fundamenta en opiniones que consideran que solos no podemos administrarlos como es debido y porque inevitablemente vamos a destruirlos, a pesar que tenemos una copiosa Legislación sobre la materia reconocida por todos. Los peruanos necesitamos “como los niños una tutela internacional” para conservar la Amazonía”.</p>	<p>“B. Vulnerar la soberanía nacional al someterla a un ÓRGANO SUPRANACIONAL que podrá inclusive dictar normas vinculantes. C. Crear la categoría de DEFENSORES AMBIENTALES, personas con derechos superiores a todas las demás personas. La creación de “ciudadanías especiales” es anticonstitucional y peligrosa, puesto que propiciaría la ruptura de la igualdad ante la ley y agudizaría la conflictividad social”. (...) E. Ahuyentar las inversiones las inversiones nacionales y extranjeras paralizando proyectos viables en perjuicio del desarrollo nacional y aumentando la brecha socioeconómica”.</p>

Fuente: elaboración propia

Tomando solo en cuenta estos pronunciamientos, podemos encontrar hasta tres grandes inconsistencias. Una primera inconsistencia de las críticas hacia Escazú se encuentra en la relación entre soberanía y la posición tradicional de promoción de las inversiones en el Perú. Es entendible la preocupación con respecto al manejo de nuestros recursos naturales cuando se ha visto asociada a hechos de corrupción y favorecimiento de intereses privados; desde el manejo del guano y salitre en el siglo XIX hasta llegar a proyectos como la exportación del gas de Camisea, o el Acuerdo Energético Perú Brasil, finalizando con el despilfarro de los recursos públicos por sobornos en las licitaciones públicas de infraestructura a favor de constructoras brasileñas como Odebrecht y compañía. Ciertamente, los hechos de corrupción han estado presentes en nuestra historia como ciclos históricos que no se alejan. Sin embargo, habría que analizar con más detenimiento el sustento de alineamiento entre el Acuerdo de Escazú y la transferencia de nuestros recursos naturales a terceros, pues no contiene cláusulas de transferencia a terceros de acceso o manejo de recursos naturales, no reconoce competencias arbitrales internacionales sobre la gestión misma de estos recursos, es decir, claramente no dispone los recursos naturales a terceros. Es más, en el supuesto que el Acuerdo de Escazú lo hiciera, es inconsistente con lo defendido por los gremios empresariales que, durante los últimos veinte años, han promovido la inserción del Perú al mercado internacional, consciente que eso supone la pérdida de soberanía al transferir directamente el control de los recursos naturales a empresas transnacionales mediante contratos o concesiones, así como el otorgamiento de facilidades económicas y la necesaria seguridad jurídica, es decir, una serie de instituciones en favor de las inversiones para atraerlas a nuestro país, todo ello con la finalidad de continuar con el crecimiento económico.

Una segunda inconsistencia es con el compromiso del continuo desarrollo progresivo de los derechos humanos. Debemos reconocer que el Perú ha tenido momentos complicados en su historia política, no obstante, existe una convicción política e institucional por la defensa de los derechos humanos. Es más, en nuestros peores momentos, no se ha pensado renegar de ellos, pues en un mundo más interconectado, el Perú aún “mantiene perspectiva de crecimiento económico” que le demanda la inserción internacional y el cumplimiento de los derechos humanos (Rubio, 2012: 407). Respecto de lo señalado por el gremio empresarial peruano, existen muchas experiencias y procesos donde las empresas se han vinculado y comprometido con la protección del espacio cívico y los derechos humanos, como la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas (EITI) y los principios rectores de empresas y derechos humanos, todas ellas iniciativas vinculantes o voluntarias que reconocen como estándares de la comunidad internacional a los derechos humanos. En ese sentido, en ese marco de atracción de inversiones y volverse una economía de ingreso medio, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE ha diseñado una serie de criterios que incorporan el compromiso empresarial en materia de derechos humanos (Salmón *et al.*, 2012: 54), y para el caso del Perú, incluso una recomendación específica hacia la ratificación del Acuerdo de Escazú, dentro

del marco de asumir los estándares modernos de una economía insertada en el mercado y comunidad internacional:

“Los impactos sobre los derechos ambientales en Perú (los cuales a menudo están vinculados a impactos ambientales negativos de proyectos a gran escala y afectan a los pueblos indígenas) ponen de relieve la necesidad de garantizar protecciones regulatorias sólidas y la aplicación de la legislación para prevenir las violaciones por parte de las empresas del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, así como la necesidad de garantizar que los derechos de los defensores de los derechos humanos relacionados con el medio ambiente estén protegidos. Esto incluye salvaguardar las vías de acceso a la información ambiental, los procesos de participación pública, y el acceso a la justicia ambiental a través del sistema judicial. El Gobierno debería priorizar la ratificación del Acuerdo de Escazú como primer paso para garantizar estas protecciones” (OCDE, 2020: 49).

La tercera inconsistencia es quizás la más gravosa por indicarnos una falta de lectura sistémica e integral del Acuerdo de Escazú y el derecho nacional. Es cierto que la globalización ha traído consigo una mayor atención a los problemas y demandas de derechos humanos, la democracia y los conflictos socioambientales en los países, dando entrada a un “deterioro de la noción de la soberanía” (Bákula, 2002: 1539), generando algunas veces “una mayor injerencia de los organismos multilaterales sobre los procesos internos de los países, violando el principio de la no intervención y la autodeterminación” (De Olloqui, 1994: 275). Este no es el caso del Acuerdo de Escazú, especialmente porque los mecanismos de monitoreo o seguimiento del Acuerdo dependen enteramente de los Estados en cuanto a su diseño y puesta en implementación:

“Artículo 15 Conferencia de las Partes [...] 5. La Conferencia de las Partes examinará y fomentará la aplicación y efectividad del presente Acuerdo. A ese efecto:

a) establecerá por consenso los órganos subsidiarios que considere necesarios para la aplicación del presente Acuerdo; [...]”.

Entonces, desde el punto de vista formal del Acuerdo de Escazú (procedimientos y seguimiento a las obligaciones emanadas de dicho instrumento), el supuesto mayor impacto a la soberanía nacional recaería en el reconocimiento de la competencia de la Corte Internacional de Justicia de la Haya CIJ en el art. 19 del Acuerdo:

“Artículo 19. Solución de Controversias

1. Si urge una controversia entre dos o más Partes respecto de la interpretación o de la aplicación del presente Acuerdo, esas partes se esforzarán por resolverlo por medio de la negociación o por cualquier otro medio de solución de controversias que consideren aceptable.



2. Cuando una parte firme, ratifique, acepte o apruebe el presente Acuerdo o se adhiera a él, o en cualquier otro momento posterior, podrá indicar por escrito al Depositario, en lo que respecta a las controversias que se no se hayan resuelto conforme al párrafo 1 del presente artículo, que acepta considerar obligatorio uno o los dos medios de solución siguientes en sus relaciones con cualquier Parte que acepte la misma obligación: a) El sometimiento de la controversia a la Corte Internacional de Justicia; b) el arbitraje de conformidad con los procedimientos que la Conferencia de las Partes establezca.

3. Si las partes en la controversia han aceptado los dos medios de solución de controversias mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, la controversia no podría someterse más que a la Corte Internacional de Justicia, a menos que las partes acuerden otra cosa”.

Esta afectación no implicaría nada más novedoso que cualquier otro tratado internacional con respecto a las discrepancias entre Estados que, por cierto, el Perú hace mucho tiempo reconoció estos mecanismos de solución de conflictos y la competencia de esta corte. No existe más la tendencia de construir entes supranacionales -una suerte de transferencia de autoridad a un nuevo estrato administrativo (Tromp, 1996: 252)- y las pocas instituciones u organismos globales han sido cuestionados, debilitados y limitados jurídicamente en intervenir en asuntos internos de los Estados.

Pese que el Acuerdo de Escazú reconoce como principio de implementación la “soberanía permanente de los Estados sobre los recursos naturales” (art. 3), lo cierto es que este organismo internacional funcionará de manera residual, es decir, prima la negociación u otro mecanismo que busquen las partes (mediación, conciliación), para que, ante el fracaso de estos medios iniciales, se utilice la CIJ. Lo más importante es que la competencia de la corte se basará sobre las discrepancias en cómo se interpreta el texto del acuerdo o su aplicación, esto quiere decir, materialmente hablando, se dilucidará sobre el alcance de los derechos de participación, acceso a la información, acceso a la justicia ambiental y la protección de defensores ambientales y como los gobiernos aplican estas obligaciones internacionales, mas no la gestión, control, aprovechamiento o conservación de los recursos naturales.

De hecho, el celo por el respeto de la soberanía de los Estados es señalado en casi todo el texto del Acuerdo, especialmente en la aplicación de los derechos de acceso ambiental, pues poniendo como ejemplo el derecho a la participación ciudadana en materia ambiental, se establecen cláusulas de interpretación de ese derecho en el artículo 7 del Acuerdo:

1. Cláusula de respeto de los estándares internacionales y nacionales de participación ciudadana, anteriores a Escazú;
2. Cláusula de concordancia con la legislación nacional al aplicar el acuerdo internacional; y,

### 3. Cláusula de adecuación al contexto social y político de cada país.

Es más, la interpretación de todo el texto del acuerdo queda supeditada a una discrecionalidad amplia, al reconocerse que su implementación por los Estados sería de acuerdo con sus “posibilidades” y de “conformidad con sus prioridades nacionales”, es decir, desde su modelo de desarrollo, hasta la ponderación de otros bienes constitucionales o incluso políticos. Estos conceptos cierran el debate de un atentado a la soberanía ya que existen mecanismos específicos que materializan este poder de implementar el Acuerdo, dependiendo del modelo jurídico y político de cada Estado:

#### “Artículo 13 Implementación nacional

Cada Parte, de acuerdo con sus posibilidades y de conformidad con sus prioridades nacionales, se compromete a facilitar medios de implementación para las actividades nacionales necesarias para cumplir las obligaciones derivadas del presente Acuerdo”.

## 2. Retos en la implementación del Acuerdo de Escazú en el Perú

### 2.1. El Acuerdo de Escazú y desarrollo sostenible

Los debates críticos hacia el Acuerdo de Escazú no han tomado en cuenta una lectura histórica del reconocimiento de los derechos de acceso ambiental como complementarios al ejercicio al derecho a gozar de un medio ambiente sano y equilibrado. De hecho, el Acuerdo de Escazú tiene una posición marcadamente continuadora a este desarrollo normativo y jurisprudencial de estos derechos en la región en los últimos treinta años, ciertamente reconocidos con lentitud, pero materialmente similares en cada país. En ese sentido, el Acuerdo de Escazú está alienado al concepto tradicional de la democracia liberal, pues no termina por plantear nuevos mecanismos deliberativos de participación, transparencia o acceso a la justicia; a lo mucho su narrativa ha estado animada a una pretensión de contribución “a la transición hacia un nuevo modelo de desarrollo” (CEPAL, 2018: 8). Ciertamente hay un temor a una reforma institucional bajo el concepto de “una democracia ambiental” (Pajares, 2017: 420) pero éste no tiene fundamento ya que en Escazú no se encuentra posiciones reformistas o críticas del desarrollo sostenible: no incluye los presupuestos del post extractivismo o la limitación de las actividades extractivas; no incluye el mundo natural en la comunidad política (la subjetivación de la naturaleza a través de los “Derechos de la Naturaleza”); no incluye la expansión de derechos ambientales ni la construcción del individuo condicionada al espacio comunitario y medioambiental (los supuestos de sustentabilidad del “Buen Vivir”); tampoco la construcción de una comunidad plural y una re estructuración estatal (Valencia, 2007: 169-70). A lo mucho, desde

la construcción de narrativas, el Acuerdo de Escazú está en el marco de desarrollo de instituciones para fortalecer una “ciudadanía ecológica”.

De hecho, una característica que podría destacarse del Acuerdo de Escazú es con su par europeo, el Convenio de Aarhus, pues el Acuerdo de Escazú no incluye una suerte de expansión de derechos ambientales, tal como sí ocurrió con el Convenio de Aarhus en su momento, y como podemos apreciar en el siguiente cuadro:

**Cuadro 4. Comparación de Acuerdo de Escazú y Convenio de Aarhus en expansión de derechos**

Convenio de Aarhus (art. 9) 1998	Ley General del Ambiente (2005)	Acuerdo de Escazú (2018)
<p>“Artículo 9 Acceso a la justicia Lo que constituye interés suficiente y lesión de un derecho se determinará con arreglo a las disposiciones del derecho interno y conforme al objetivo de conceder al público interesado un amplio acceso a la justicia en el marco del presente Convenio. A tal efecto, el interés de toda organización no gubernamental que cumpla las condiciones previstas en el apartado 5 del artículo 2 se considerará suficiente en el sentido de la letra a) supra. Se considerará igualmente que esas organizaciones tienen derechos que podrían ser lesionados en el sentido de la letra b) supra”.</p>	<p>“Artículo IV.- Del derecho de acceso a la justicia ambiental [...] Se puede interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia.”</p>	<p>“Artículo 8 Acceso a la justicia en asuntos ambientales [...]” 3. Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con: [...] c) legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional; [...]”.</p>

Elaboración propia.

Por otro lado, el Acuerdo de Escazú no sólo carga una polarización social sobre sus virtudes o sus pretendidos vicios, sino también una mochila pesada: el legado de los últimos treinta años del modelo de extracción de los recursos naturales. Este legado se manifiesta en lo siguiente: primero, la tensión o disputas por cambios políticos de mayor presencia del Estado o por la preferencia de mantener su ausencia en el mercado, la economía o inversiones, hasta llegar a reducir su capacidad de monitorearlas o fiscalizarlas. Esto no sólo incluye los marcos legales nacionales sino las tendencias de las salvaguardias de las instituciones financieras internacionales. Un segundo elemento es la tensión entre derechos, por un lado, de los inversionistas y por otro de las comunidades locales y pueblos

indígenas que ha desembocado en una serie de conflictos socioambientales y en la criminalización de la protesta como respuesta del Estado con múltiples afectaciones a los derechos humanos, especialmente a defensores de derechos humanos (ambientalistas y de territorios). Otro legado son los intentos por luchar contra la corrupción mostrada en el escándalo de sobornos de las empresas constructoras brasileñas lideradas por Odebrecht, en el contexto del caso Lava Jato, lo que implicaría hacer unos cambios en el marco de políticas regulatorias de las inversiones. Finalmente, el Acuerdo de Escazú no podrá responder a todos los efectos negativos de las actividades extractivas en nuestros países, ni tampoco a todas las posibles brechas de implementación de los derechos de acceso ambiental, pero ciertamente apunta a establecer un marco general de mayor protección de estos.

## 2.2. Transparencia y acceso a justicia ambiental en el Acuerdo de Escazú

Los impactos sobre los derechos ambientales en Perú reconocidos por el Acuerdo de Escazú se esperan que sean significativos y puedan reducir las brechas entre el diseño normativo y su aplicación. Estas brechas están ligadas a los impactos ambientales negativos de proyectos a gran escala que afectan en especial a los pueblos indígenas y comunidades locales, lo que supondrá una adecuación normativa a este tratado internacional y la necesidad de obtener marcos regulatorios sólidos y el fortalecimiento de las instituciones públicas abocadas a ello. Asimismo, será necesario reforzar la aplicación de la legislación para prevenir las violaciones del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, por parte de las inversiones; así como la necesidad de garantizar que los derechos de los defensores de los derechos humanos relacionados con el medio ambiente estén protegidos. Esto incluye salvaguardar las vías de acceso a la información ambiental, los procesos de participación pública, y el acceso a la justicia ambiental a través del sistema judicial.

Sin embargo, también su implementación implicará retos de interpretación del alcance de los supuestos del Acuerdo de Escazú en la definición de instituciones jurídicas que permitan el ejercicio de estos derechos y las obligaciones de los Estados al respecto. Por ejemplo, el Acuerdo de Escazú establece un régimen de excepción de acceso a la información ambiental que va más allá de lo señalado por los marcos legales nacionales (art. 5.6) o plantea la constitución de autoridades autónomas nacionales que verifiquen la implementación del derecho al acceso a la información ambiental (art. 6.18).

Cuadro. Derechos de acceso y defensores ambientales en el Acuerdo de Escazú

Derechos de acceso y defensores ambientales	Acceso a la información (arts. 5 y 6)	Participación ciudadana en materia ambiental (art. 7)	Acceso a la justicia ambiental (art. 8)	Defensores ambientales (art. 9)
Principales preocupaciones con respecto al alcance de los derechos de acceso y defensores del Acuerdo de Escazú	¿Escazú no reconoce el sistema de excepciones para limitar el acceso a la información? <i>Si reconoce, es más lo extiende: No se entregará información si pone en riesgo los derechos humanos, la seguridad nacional, daña el medio ambiente, la ejecución de la ley o persecución de delitos (art. 5.6).</i>	¿Reconoce algún derecho de veto o les da poder a los ciudadanos a tomar decisiones ambientales? <i>No reconoce ningún derecho de veto a comunidades como tampoco suplantará la autoridad de los funcionarios que toman decisiones estatales (7.1).</i>	¿Establece un órgano para ver materias ambientales y sobre recursos naturales a nivel supranacional? <i>No. Se establece obligaciones para acceder a la justicia ambiental de acuerdo con la legislación nacional (art. 8.2).</i>	¿Se vulnera el principio de la igualdad ante la ley con la categoría de defensores ambientales? <i>No, porque el derecho reconoce la igualdad ante la ley y nuestra diferente posición frente a ella. Se pretende proteger grupos que se encuentran en vulnerabilidad por la defensa de derechos.</i>
Marcos legales e institucionales para adecuarse o a fortalecer su implementación por el Acuerdo de Escazú en Perú	El Sistema Nacional de Información Ambiental - SINIA, red de integración tecnológica, institucional y técnica para facilitar la sistematización, acceso y distribución de la información ambiental. (art. 35 Ley General del Ambiente).	Ley 27446 sobre Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental. Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales.	Fiscalías Especializadas Ambientales (FEMA) Tribunal de Fiscalización Ambiental (OEFA) Tribunal Forestal y de Fauna Silvestre (OSINFOR) Juzgados Ambientales Especializados en proceso.	Plan Nacional de Derechos Humanos del Perú 2018-2021 (DS N° 002-2018-JUS). Protocolo para garantizar la protección de personas defensoras de derechos humanos en el Perú, R.M. 059-2019-JUS. Registro de Defensores

Elaboración propia.

Ciertamente, los retos por aumentar la transparencia en general y especialmente la ambiental es un pendiente institucional. La historia republicana está asociada con la corrupción en una serie de ciclos de lucha contra este mal (Quiroz, 2019: 368), de hecho, en los últimos años, los escándalos en el manejo de los recursos públicos se han incrementado en una suerte de “adaptación oportunista de intereses corruptos” que no han podido ser frenados por arreglos institucionales. El caso de Odebrecht ha tenido un alto impacto en la conducción del país, pues después de una serie de denuncias e involucramiento de empresas peruanas en procesos judiciales y de autoridades peruanas locales, regionales y nacionales (Chávez, 2018: 155-252), el efecto político y económico aún siguen siendo incierto. Para Durand, el impacto es totalmente negativo y mella la confianza entre la ciudadanía y el Estado, pues “la colusión y la corrupción sacrifican el desarrollo por un crecimiento a cualquier costo, que deja herencia de una duplicidad jurídica, un fuerte daño reputacional e institucional que atraviesa toda la sociedad” (2018: 288).

Si a ello se suma que la falta de información es también fuente de conflictos socioambientales, los que han aumentado en la última década, es necesario que las reformas de acceso a la información pública se profundicen y se extiendan a la información ambiental.

En el discurso para el voto de confianza del Congreso del 3 de agosto, el efímero premier Cateriano mencionaba que la lucha contra la corrupción se plasmaría a través del avance de las obras en un “Portal nacional de datos abiertos de la presidencia del Consejo de Ministros”; mientras poco después (11 de agosto), el premier Martos no decía ya nada sobre la lucha contra la corrupción, lo que es una clara evidencia de la poca certeza y voluntad política por encontrar compromisos que mejoren lo avanzado en materia de transparencia ambiental. El mayor reto será dotar de más capacidades a la autoridad nacional de transparencia alojada en el Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos para que de manera autónoma promuevan mayores compromisos sectoriales.

En el caso de acceso a justicia ambiental, si comparamos la Convención de Aarhus y el Acuerdo de Escazú en cuanto al detalle de mecanismos de acceso a la justicia ambiental, la primera menciona incluso la legitimación activa de las ONG para entablar demandas contra terceros, como “gobiernos nacionales o entidades del sector privado, por daños o delitos ambientales” (Gemmill y Bamidele-Izu, 2002: 95). Es decir, el Acuerdo de Escazú no rompe con la tradición y progresivo reconocimiento de la justicia ambiental como un derecho humano, de hecho, se enfoca en identificar los retos avizorados en las últimas décadas. Tal como señala Wieland (2017), los retos para acceder a la justicia ambiental son los medios probatorios que, por ser técnicos, “son difíciles de conseguir por cualquier personal común”, y la determinación del infractor, es decir, identificar la relación causa y efecto “entre quien comete una afectación de índole ambiental y la afectación en sí misma dado que puede existir una pluralidad de agentes contaminantes” (Wieland, 2017: 168). En ese sentido, Escazú se enfoca en un detalle necesario para vencer los requerimientos que aloja el acceso a la justicia ambiental, especialmente, cuando nos enfrentamos a los delitos ambientales de

tala y minería ilegal, así como el tráfico ilegal de flora y fauna, algo que aqueja al Perú en los últimos veinte años.

### 2.3. Participación ambiental en el Acuerdo de Escazú

Como se ha mencionado líneas arriba, uno de los problemas de la democracia contemporánea es su falta de legitimidad en la representación, es decir, en sus limitaciones de “incorporar plenamente como ciudadanos a todos los peruanos” (Sagasti *et al.*, 1994: 93), lo que obliga a reforzar los mecanismos de participación para una mejor intermediación entre Estado, sociedad y mercado. Es decir, la democratización de la sociedad y el mercado implica una mayor participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, en lo que la sociedad civil logra que las necesidades sociales e individuales sean pasadas por alto, venciendo principalmente un Estado que sigue siendo “incluyente en lo jurídico, pero excluyente en lo social” (González, 2000: 87).

En el caso de la participación ciudadana en materia ambiental, el Acuerdo de Escazú se plantea como un paraguas jurídico y general sobre este derecho. Hay que tomar en cuenta que la participación ciudadana en materia ambiental es “un proceso mediante el cual se integra al ciudadano, en forma individual o colectiva, en la toma de decisiones, la fiscalización, control y ejecución de las acciones que incumben a la gestión ambiental” (Carhuatocto, 2009: 36). En el siguiente cuadro pueden observarse los distintos contenidos jurídicos de participación ciudadana ambiental reconocidos por el Acuerdo de Escazú:

**Cuadro 6. Participación ciudadana en materia ambiental (art. 7)**

Párrafo 1 “Toma de decisiones”	Participación en la toma de decisiones ambientales
Párrafo 2 “Autorizaciones ambientales”	Participación en proyectos y actividades (autorizaciones ambientales) que tengan o puedan tener un impacto significativo.
Párrafo 3 “Instrumentos de Planeamiento”	Participación en el ordenamiento del territorio y la elaboración de políticas, estrategias, planes, programas, normas y reglamentos.
Párrafo 4 “Condiciones de la participación”	Obligación de dar información clara, oportuna y comprensible, necesaria para hacer efectivo derecho a participar en toma de decisiones
Párrafo 5 “Características del plazo”	Plazos razonables, suficientes y efectivos de la participación ciudadana.

Párrafo 6 "Mecanismos de información"	Información de forma efectiva, comprensible y oportuna, a través de medios apropiados (escritos, electrónicos u orales, tradicionales)
Párrafo 7 "Obligación de tomar en cuenta las observaciones"	Presentar observaciones por medios apropiados y disponibles y obligación del Estado tomar debidamente en cuenta el resultado del proceso de participación.
Párrafo 8 "Informar de la decisión ambiental"	Informar oportunamente la decisión ambiental incluye los motivos y fundamentos, y observaciones; y decisión es pública y accesible.
Párrafo 9 "Difusión de los EIA y decisiones ambientales"	La difusión de decisiones ambientales por medios apropiados (escritos, electrónicos u orales, tradicionales, de forma efectiva y rápida). La información incluirá mecanismos de apelación (administrativo y judicial).
Párrafo 10 "Adecuación de la participación a condiciones de ciudadanos"	Participación adecuada a las características sociales, económicas, culturales, geográficas y de género del público.
Párrafo 11 "Participación adecuada al idioma"	Respeto del idioma mayoritario de la población local, se facilitará su comprensión y participación.
Párrafo 12 "Promover participación en los foros internacionales ambientales"	Promover participación en foros y negociaciones internacionales y preparatorios en materia ambiental o con incidencia ambiental.
Párrafo 13 "Adecuación cultural de la participación"	Promover espacios de participación de distintos grupos y sectores (conocimiento local, diálogo y la interacción de las diferentes visiones y saberes).
Párrafo 14 "Participación de grupos vulnerables"	Participación de personas o grupos en situación de vulnerabilidad para involucrarlos de manera activa, oportuna y efectiva en los mecanismos de participación.
Párrafo 15 "Participación de pueblos indígenas y comunidades"	Respeto del derecho internacional y nacional de los pueblos indígenas y comunidades locales.
Párrafo 16 "Participación de afectados por proyectos"	Participación de los afectados por proyectos y actividades con impacto ambiental significativo.
Párrafo 17 "Participación durante el EIA"	Información detallada de la participación ciudadana durante el EIA.
Párrafo 18 "costo de la información para la participación"	La información ambiental deberá entregarse sin costo, siempre y cuando no se requiera su reproducción o envío



Como puede apreciarse, el Acuerdo de Escazú no establece un modelo de participación, ya que éstos varían de país a país, desde la participación comunitaria (Álvarez, 2013: 357); ni tampoco un modelo de “participación desde abajo” (Ballón, 2009: 92). Consideramos que se plantean mejoras al modelo de participación para recibir información, donde “se acuerden las condiciones mínimas que todos valoran” (Castro, 2013: 63) y con criterios que permitan mejorar su implementación. Es decir, la intención del Acuerdo, y de los países que lo elaboraron, es mejorar el modelo de democracia liberal, su carácter representativo, pero no cambiarlo porque el contenido del derecho de participación en el artículo 7 del Acuerdo de Escazú recoge en esencia toda la experiencia y avances legales de este derecho de acceso ambiental en los últimos treinta años.

Pese a la negativa de la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso por ratificar el Acuerdo de Escazú, es importante realizar una adecuación y concordancia normativa del Acuerdo con la legislación nacional, sin embargo, en una rápida revisión del contenido de este, especialmente de los artículos 5 al 9, no encontraremos muchas inconsistencias con la legislación nacional, sino brechas de implementación. En ese sentido, uno de los retos será reforzar dicha participación desde la etapa de toma de decisiones en materia ambiental, es decir, desde el desarrollo de los instrumentos de planeamiento, del ordenamiento territorial o de evaluaciones ambientales estratégicas insertadas en los planes de desarrollo regional concertados o los planes sectoriales; las estrategias regionales de cambio climático –tal como en Ucayali y Loreto–, etc. De hecho, las críticas se focalizaron en una incorrecta interpretación de los posibles “mecanismos de participación del público en los procesos de toma de decisiones” (art. 7.1 y 7.2), al considerarse que se transfería la decisión de la gestión de los recursos naturales directamente a los ciudadanos, lo cual no es cierto porque el Acuerdo de Escazú no pretende cambiar el modelo de gestión sino establecer claramente la obligación nacional de incrementar y asegurar la participación ambiental desde el inicio de las decisiones públicas y no *a posteriori*:

“Artículo 7. Participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales

1. Cada Parte deberá asegurar el derecho de participación del público y, para ello, se compromete a implementar una participación abierta e inclusiva en los procesos de toma de decisiones ambientales, sobre la base de los marcos normativos interno e internacional.
2. Cada Parte garantizará mecanismos de participación del público en los procesos de toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones relativos a proyectos y actividades, así como en otros procesos de autorizaciones ambientales que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente, incluyendo cuando puedan afectar la salud [...].”

Otra característica de la regulación del Acuerdo de Escazú en participación ambiental es que no amplía este derecho pues parte del supuesto de la participación ambiental en el desarrollo de actividades económicas, pero que pueden extenderse a otras áreas de la regulación ambiental como la conservación de la biodiversidad (áreas protegidas) o la gestión ambiental en general. El Acuerdo de Escazú, se coloca en el marco de la Declaración de Río, que la sustentabilidad ambiental “requiere que el desarrollo sea decidido por ciudadanos debidamente informados que participen orgánicamente en el gobierno y en procesos de decisión orientados a la mejoría de sus niveles de vida” (Bustamante, 2000: 67), es más, legítimamente también una sustentabilidad económica que apunte a una justa distribución de los beneficios. En ese sentido, los avances en la región han sido muy lentos desde Río 1992 y el Acuerdo de Escazú no se aleja de esta parquedad porque no incluye la participación ambiental en la distribución de los beneficios, la participación específica en cómo estos beneficios se vienen gestionando, o el uso de estos recursos para actividades que fortalezcan la sustentabilidad. Es incorrecto, como muchos expertos y políticos han indicado, que el Acuerdo de Escazú expande derechos, al menos, si sería correcto para el caso de los derechos de defensores ambientales.

### 3. Retos de participación ambiental y el Acuerdo de Escazú

En este acápite veremos los retos que tendrá el Acuerdo de Escazú al momento de su implementación. En ese sentido, uno puede encontrar que en los ámbitos global y regional existen distintos esfuerzos por ampliar los derechos de acceso en materia ambiental (EITI, la Alianza para el Gobierno Abierto OGP), pero que no son suficientes. De hecho, encontramos algunos casos de restricción del espacio cívico que afectan estos derechos durante la crisis del Covid-19, pues se viene promoviendo la reactivación económica en una “*race to the bottom*”, es decir, un proceso de reformas legales que cambian los contenidos esenciales de los derechos de acceso ambiental para facilitar las inversiones y rápidamente recuperarnos de esta crisis.

Por ejemplo, muchos gobiernos han restringido el derecho a la información (Argentina, Brasil, El Salvador, Honduras y México) y habrían suspendido o extendido los plazos de tramitación para responder solicitudes de información pública; otros no entregaron información clara y desagregada sobre las personas sometidas a test, las personas infectadas y las que han visto agravado su estado de salud; información poco fidedigna y que generó incertidumbre en la población. Especialmente Perú y Colombia ordenaron la ampliación de los plazos para

atender las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria del Covid-19 (CIDH, 2020)<sup>81</sup>.

En el caso del Perú, desde la década de 1990, como se ha señalado, se ha producido una extensa normativa en materia ambiental debido por las preocupaciones ambientales de la población local ante las actividades económicas, lícitas e ilícitas, que se desarrollan en sus tierras. En ese sentido, la participación ciudadana en materia ambiental se convierte en un derecho necesario para gozar el derecho al medio ambiente y sano equilibrado que se ha venido desarrollando el marco legal ambiental peruano, especialmente durante la pandemia del Covid-19<sup>82</sup>.

Los retos de la implementación del Acuerdo de Escazú estarán ligados a la participación ciudadana antes de la suscripción de los contratos u otorgamiento de títulos habilitantes, durante la evaluación ambiental y durante toda la vida del proyecto. Dentro de ellos, el que sigue siendo pieza fundamental de legitimidad, e incluso de validez para la operación, es el otorgamiento de la certificación ambiental. Muchos de los conflictos que ha vivido el Perú nos llevan a que, frente a la ausencia de información previa, el participar en el antes, durante y después de la evaluación ambiental es crucial para definir la vida del proyecto, es decir, si habrá una convivencia social o conflictos socioambientales que manejar. Casos como Camisea, Conga (Zavaleta, 2013: 129-134), Las Bambas, Tía María y otros tantos casos nos han enseñado ello; no se trata de momentos específicos sino de la calidad de la información y de la participación en el desarrollo de las políticas y la inversión. En el siguiente cuadro se puede ver que la regulación ambiental aún no ha ampliado la participación ambiental para antes del otorgamiento de la concesión en el sector minero:

81 Ver <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1173&IID=2>

82 Algunas de estas normas son la Constitución Política del Perú (artículos 2.17, 31, 34 y 197); Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos (Ley N° 26300); Ley General del Ambiente Ley 28611 (artículos 48 a 51); Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental (Ley N° 28245); Ley N° 27446 y D.L. N° 1078 sobre Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental y Reglamento del SEIA (D.S. N° 012-2009-MINAM); el Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales (Decreto Supremo N° 004-2009-MINAM); Reglamentos Ambientales de Participación Ciudadana en Minería, Hidrocarburos, Electricidad, Transportes; etc.

**Cuadro 7. Participación ciudadana en materia ambiental en el marco regulatorio peruano**

<b>Etapa de la actividad</b>	<b>Inversiones en minería</b>	<b>Inversiones en electricidad</b>	<b>Inversiones en hidrocarburos</b>
Antes de la concesión o suscripción del contrato (talleres).	No hay participación ciudadana.	Participación ciudadana a través de talleres.	Talleres realizados por Perupetro S.A.
Durante la aprobación del EIA (talleres y audiencia, etc.).	Durante la elaboración del estudio de impacto ambiental (eventos presenciales obligatorios).	Durante la elaboración del estudio de impacto ambiental (eventos presenciales obligatorios).	Durante la elaboración del estudio de impacto ambiental (eventos presenciales obligatorios).
Durante el desarrollo del proyecto (vigilancia ciudadana).	Durante toda la vida del proyecto (comités de vigilancia promovidos por Empresa y población).	Durante toda la vida del proyecto (comités de vigilancia promovidos por Empresa y población).	Durante toda la vida del proyecto (comités de vigilancia promovidos por Empresa y población).

Elaboración propia.

Otro reto de implementación es la participación ciudadana en el ordenamiento territorial como instrumento del proceso de toma de decisiones. Es conocido que la ocupación desordenada del territorio, así como el crecimiento acelerado de la inversión, han representado desafíos al proceso de ordenar el territorio (Glave, 2016: 81-82), lo que ha implicado que estos instrumentos de gestión ambiental cuenten con un alto componente de legitimidad, especialmente por la participación ciudadana. Esto no es sólo por ser un instrumento técnico que necesita contar con la participación de los ciudadanos que representan esos intereses en el territorio sino también porque es un instrumento que toma decisiones en dicho territorio, es decir, que orienta como debe aprovecharse los recursos naturales en un espacio determinado.

En ese sentido, el mayor reto de la participación ciudadana ambiental en el ordenamiento territorial es que al haberse precisado que “ni la Zonificación Económica Ecológica ni el Ordenamiento Territorial asignan usos ni exclusiones de uso” (art. 22 Ley N° 30230), y haber disminuido su impacto, por no decir tornar irrelevante este instrumento, en la calidad y cantidad de procesos de ordenar el territorio, generando la ineficacia y limitaciones de este derecho.

En el marco de la crisis del Covid-19 y planes de reactivación económica, una de las principales preocupaciones de la sociedad civil se ha centrado en las limitaciones para ejercer los derechos de acceso ambiental. La participación en la sociedad es relevante para influir en la institucionalidad pública, donde el sector empresarial es un actor privilegiado en arropar al Perú de las herramientas necesarias en políticas para el desarrollo económico (Ganoza y Stiglich, 2015: 135), y obviamente influyendo en las decisiones estatales. Sin embargo, la participación ciudadana ambiental aparece como un derecho reconocido legalmente producto de la presión local, de pueblos indígenas y comunidades locales, para que sus intereses y preocupaciones se incluyan, especialmente, al momento de ejecutar proyectos y actividades económicas en sus tierras o en los recursos naturales que los puedan afectar.

En ese sentido, la participación ciudadana ambiental enfocada a la evaluación del impacto ambiental de las operaciones extractivas, especialmente en infraestructura, en minería e hidrocarburos será prioritaria para mantener la paz social. En los últimos veinte años ha habido un avance “centímetro a centímetro” de una serie de mecanismos que permiten dar seguridad política y legitimidad social a los proyectos en las tierras de comunidades y ciudadanos rurales. Desde la participación de audiencias públicas de presentación del EIA, hasta talleres informativos y el monitoreo ambiental comunitario, se ha comenzado a hablar de una “gobernanza territorial” y “democracia ambiental” (Monge, 2013: 85-87).

En primer lugar, bajo los alcances del Acuerdo de Escazú, deberemos realizar la concordancia con el derecho nacional en un contexto adverso como es la crisis del Covid-19. Ya se ha venido implementando la virtualización de la participación ciudadana durante la evaluación ambiental y durante toda la vida del proyecto –llamado monitoreo ambiental comunitario–, lo que podría ser un reto de implementación para el Acuerdo de Escazú. Con el Decreto Legislativo N° 1500 (11 de mayo de 2020), norma que “establece medidas especiales para reactivar, mejorar y optimizar la ejecución de los proyectos de inversión pública, privada y público-privada ante el impacto de la pandemia producida por el Covid-19”, se plantea el objetivo de facilitar la implementación de proyectos de inversión, como servicios públicos, incluidos en el plan nacional de infraestructura y competitividad, es decir, construcción de carreteras, aeropuertos, proyectos de energía y masificación de gas. El recientemente cuestionado proyecto de hidrovía amazónica está incluido en este paquete de proyectos. Asimismo, las disposiciones de esta norma puedan ser aplicadas en el sector minero e hidrocarburos.

Este decreto legislativo plantea que la participación ciudadana en materia ambiental sea virtual, es decir, en la elaboración y evaluación del estudio de impacto ambiental de los proyectos de inversión, a través de la suspensión de los mecanismos de participación ciudadana presenciales como talleres, audiencias y llamando al uso de herramientas virtuales para su adecuación:

“Artículo 6. Mecanismos de participación ciudadana [...] los mecanismos de participación ciudadana se adecúan a las características particulares

de cada proyecto, de la población que participa y del entorno donde se ubica, pudiendo utilizar medios electrónicos, virtuales u otros medios de comunicación, según sea posible, y así lo determine la autoridad competente en la evaluación del plan de participación ciudadana o en su modificación; o por el titular, previa coordinación con la autoridad ambiental, cuando no sea exigible el plan antes mencionado; considerando: i) que la población pueda contar efectiva y oportunamente con la información del proyecto de inversión, ii) que el canal de recepción de aportes, sugerencias y comentarios esté disponible durante el período que tome la participación ciudadana, iii) que se identifique al ciudadano/a que interviene en el proceso de participación y iv) que este último tenga la posibilidad de comunicar sus aportes, sugerencias y comentarios; cumpliendo las disposiciones contenidas en las normas vigentes [...]’.

Tal como sostiene Portugal y Sembrero, esta disposición vulneraría “el derecho a la participación ciudadana al no tomar en cuenta realidades como las brechas energéticas y tecnológicas (falta de electricidad e internet en varios pueblos indígenas amazónicos), intercultural (diferentes idiomas) y de comunicación (lejanía de las comunidades) que se dan en las comunidades amazónicas” (2020: 5). En ese sentido, la norma desconocería tanto el contexto de la propia pandemia y las limitaciones de comunicación que tienen muchos actores locales, tanto indígenas como otras comunidades locales para acceder a la comunicación virtual, por lo que es necesario mayor detalle y comprensión de la aplicación de esta disposición, tanto de los proyectos futuros como los previos a la cuarentena, tomando en cuenta que se retomen en los próximos meses los procesos de evaluación ambiental de proyectos de servicios públicos, como carreteras o cualquier obra pública relacionada a los planes de recuperación económica.

Algunos estudios han revelado que la mayor participación ciudadana le suma complejidad a la gobernanza de los recursos naturales, pero también mayor legitimidad a las decisiones y su implementación. Además, como señala Arellano, en muy pocos casos la población local se opone a las inversiones, como la minera, más bien lo que exige la ciudadanía es “un diálogo más abierto, que se asegure la protección de sus medios de vida, mejoras en el diseño de las minas, y oportunidades laborales” (Arellano, 2011: 273). Lo cierto es que la incertidumbre económica trae como consecuencias escoger los caminos facilistas en el corto tiempo, perdiendo oportunidades de sentar las bases de acuerdos políticos y sociales para una sostenibilidad a largo plazo, al menos, de abajo hacia arriba. Al menos, para aprender algo de estos últimos veinte años de conflictos sociales y ambientales.

## CONCLUSIONES

Una primera reflexión es la preocupante polarización de posiciones en favor y en contra de Escazú, con ausencia de fundamentos jurídicos, tanto formales como políticos, lo que ha mostrado una vez más, no sólo la ausencia del conocimiento del derecho, sino también de la influencia de las ideologías en el derecho. Queda claro que la doctrina nacional tiene el deber de aclarar estas y otras dudas más sobre la conveniencia del Acuerdo de Escazú. En ese sentido, el Acuerdo de Escazú es el primer acuerdo multilateral ambiental de América Latina y el Caribe en materia de derechos humanos y el ambiente, y es un marco de derecho para todos los ciudadanos, no solo para un solo grupos de personas, sino para todos, especialmente para los más vulnerables. El foco máximo de este acuerdo debe ser proteger a los grupos en situación de vulnerabilidad y buscar superar las brechas y barreras para el ejercicio de los derechos de acceso ambiental.

Un segundo paso será analizar las brechas entre el Acuerdo y el ejercicio de los derechos en el Perú. El Acuerdo de Escazú establece obligaciones hacia los Estados con sus sociedades para promover y ejercer los derechos de acceso ambiental, lo que obliga a pensar en una alianza entre Estado y sociedad para reforzar la significativa participación de los ciudadanos en el ambiente, el acceso a la información ambiental, a la justicia y la necesaria protección de defensores ambientales.

Por otro lado, uno de los temas más inconsistentes alrededor del debate sobre el Acuerdo de Escazú es el argumento que el Perú sufriría una limitación en el acceso a sus recursos naturales. Queda claro que materialmente por el contenido del Acuerdo la soberanía no es afectada, sin embargo, esta preocupación por la pérdida de estos recursos no se ha visto similar por los mismos actores que propusieron una economía de libre mercado, asumir instituciones jurídicas que debilitan el poder del Estado sobre estos recursos, ni menos que jurisdicciones internacionales o instituciones jurídicas como el arbitraje nos pongan en el mismo nivel de disputa que una empresa transnacional. Hace muchos años el proteccionismo nacional económico fue “reemplazado por unas economías libres que reciben inversiones extranjeras y apoyan unos sistemas abiertos de comercio internacional” (Kissinger, 1996: 830), lo que ha conllevado a que la desterritorialización del capital traiga consigo la globalización de instituciones estatales y las “ideas y patrones socioculturales del comportamiento” (Pajares, 2009: 117), es decir, debemos aceptar que ello también incluye los estándares internacionales en derechos humanos. Pese a ello, este no es el caso del Acuerdo de Escazú.

Detrás de los discursos chauvinistas contra el Acuerdo de Escazú, el debate político también incluye una honesta preocupación económica, es decir, en cómo equilibrar las preocupaciones ambientales y los derechos de acceso y “la prioridad del crecimiento económico a corto plazo” (Rodríguez, 2017: 12), especialmente cuando, como producto de la pandemia, nos encontramos en una recesión económica. No obstante ello, el Acuerdo de Escazú, más que afectar o ser un ingrediente que limite el crecimiento económico con o sin pandemia, es un instrumento jurídico que permitirá esforzarnos por innovar una participación ciudadana más activa, mecanismos de acceso a la información, la lucha contra las mafias madereras y mineras, y proteger a los defensores ambientales, que incrementará no solo la legitimidad de la actuación del Estado, sino la confianza de los actores para lograr acuerdos en el desarrollo sostenible.



# BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, Víctor

- 2013 “La transición al socialismo de la Revolución Bolivariana. Transiciones logradas y transiciones pendientes”. En Edgardo Lander *et al.*, *Promesas en su laberinto. Cambios y continuidades en los gobiernos progresistas de América Latina*. La Paz: IEE / CEDLA / CIM. 279-377.

ARELLANO, Javier

- 2011 *¿Minería sin fronteras? Conflicto y desarrollo en regiones mineras del Perú*. Lima: IEP / PUCP / UARM.

BÁKULA, Juan Miguel

- 2002 *Perú: la realidad y la utopía. 180 años de política exterior*. Tomo II. Lima: Fondo de Cultura Económica / Fundación de la Academia Diplomática del Perú.

BALLÓN, Eduardo

- 2009 “Participación y poder. Una reflexión general”. En Autores varios. *Perú hoy. Luces y sombras del poder*. Lima: DESCO. 75-92.

BEBBINGTON, Anthony; y HUMPHREYS, Denise

- 2009 “Actores y ambientalismos: Continuidades & Cambios en los conflictos socioambientales en el Perú”. En José De Echave, Raphael Hoetmer y Mario Palacios (eds.), *Minería y territorio en el Perú. Conflictos, resistencias y propuestas en tiempos de globalización*. Lima: Cooperaccion. 65-83.

BUSTAMANTE, Jorge

- 2000 “Los efectos sociales de la globalización: las migraciones, el medio ambiente y la educación”. En Víctor Urquidí *et al.*, *La globalización y las opciones nacionales. Memoria*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 47-78.

CARHUATOCTO, Henry

- 2009 *Guía de derecho ambiental*. Lima: Jurista Editores.

CASTRO, Sofía

- 2013 *Pobreza, minería y conflictos socioambientales en el Perú*. Lima: INTEPUCP.

CHÁVEZ, Santiago

2018 *Operación Lava Jato. Brasileira y peruana. Crónica de un sistema corrupto institucionalizado*. Lima: Lluvia Editores.

CEPAL

2018 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. Santiago de Chile: CEPAL.

CIDH

2020 *Pandemia y Derechos Humanos emitida por la Comisión Interamericana. Resolución 1/20*. Washington DC: OEA. En <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

DAGNINO, Evelina

2008 "Los significados de ciudadanía en América Latina". En Adolfo Chaparro, Carolina Galindo, Ana María Sallenave (eds.), *Estado, democracia y populismo en América Latina*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario / CLACSO. 194-227.

DE OLLOQUI, José Juan

1994 *La diplomacia total*. 2ª ed. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

DURAND, Francisco

2018 *Odebrecht. La empresa que capturaba gobiernos*. Lima: Fondo Editorial PUCP/Oxfam.

FOY, Pierre; NOVAK, Fabián; VERA, Germán; y NAMIHAS, Sandra

2003 *Derecho internacional ambiental*. Lima: PUCP.

GAÑOZA, Carlos y STIGLICH, Andrea

2015 *El Perú está calato. El falso milagro de la economía peruana y las trampas que amenazan nuestro progreso*. Lima: Planeta.

GLAVE, Manuel

2016 "Gestión territorial local e industrias extractivas: Los casos de Quercocoto (Cajamarca) y Challahuahuacho (Apurímac)". En Gerardo Damonte y Manuel Glave (eds.), *Industrias extractivas y desarrollo rural territorial en los Andes peruanos. Los dilemas de la representación política y la capacidad de gestión para la descentralización*. Lima: GRADE. 79-96.

GEMMILL, Barbara y BAMIDELE-IZU, Abimdola

2002 "The role of NGOs and civil society in global environmental governance". En Daniel C. Estay y Maria H. Ivanova. *Global environmental governance. Options & opportunities*. New Haven: Yale School of Forestry & Environmental Studies. 77-100.

GONZÁLEZ, Enrique

2000 "La globalización y las soberanías nacionales". En Víctor Urquidí *et al.*, *op. cit.* 79-116.

GUDYNAS, Eduardo

2012 "La dimensión continental y global de las transiciones hacia las alternativas al desarrollo". En Alejandra Alayza y Eduardo Gudynas (com.), *Transiciones y alternativas al extractivismo en la región andina. Una mirada desde Bolivia, Ecuador y Perú*. Lima: RedGE/CEPES. 103-129.

JAIN, Randhir B.

1996 "La seguridad ambiental y las Naciones Unidas". En Modesto Seara. *Las Naciones Unidas a los cincuenta años*. 1ª reimpr. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 223-240.

KISSINGER, Henry

1996 *La diplomacia*. 3ª reimp. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

LANDA, César

1998 "Jerarquía de los Tratados Internacionales en la Constitución del Perú de 1993". *Revista Jurídica del Perú*, 16, jul.-set. Trujillo.

MONGE, Carlos

2013 "Industrias extractivas y gobernanza democrática de los territorios". *Qué hacer*, 190, abr.-jun. Lima: Desco. 80-87.

NICOLSON, Harold

1994 *La diplomacia*. 3ra ed. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

OCDE

2020 *Estudios de la OCDE sobre políticas públicas de conducta empresarial responsable Perú*. París: OCDE.

PAJARES, Erick

2009 "Poder y recursos naturales en el Perú: actores estratégicos en la sociedad de mercado", *op. cit.*, 113-136.

2017 "Las políticas ambientales en América Latina. Una comprensión a partir de los contextos globales". En Eduardo Toche (com.), *Perú hoy. El arte del desgobierno*. Lima: Desco, 401-421.

PORTUGAL, Verónica y SEMBRERO, María

2020 "Desarrollo económico con enfoque de derechos. Análisis socioambiental de las normativas de reactivación económica implementada por el gobierno peruano en respuesta a la emergencia sanitaria causada por COVID-19". Documento de trabajo. Lima: DAR.

QUIROZ, Alfonso

2019 *Historia de la corrupción en el Perú*. 3ª ed. Lima: IEP.

RODRÍGUEZ, César

2017 "Introducción. Los derechos humanos en el Antropoceno: nuevas prácticas y narrativas sobre derechos humanos y medio ambiente desde el Sur Global". En César Rodríguez (coord.), *Por un medio ambiente sano que promueva los derechos humanos en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo XXI.

RUBIO, Patricio

2012 "Evolución de la política exterior del Perú en materia de derechos humanos en el ámbito interamericano". En Autores varios, *Veinte años de la política exterior peruana (1991-2011). Libro homenaje por el vigésimo aniversario del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la PUCP*. Lima: Fondo Editorial PUCP. 383-408.

SAGASTI, Francisco; Patrón, Pepi; Lynch, Nicolas; y Hernández, Max

1994 *Democracia y buen gobierno. Proyecto Agenda: Perú*. Lima: Apoyo.

SALMÓN, Elizabeth; Bazay, Lorena; y Belén, María

2012 *La progresiva incorporación de las empresas multinacionales en la lógica de los derechos humanos*. Lima: IDEHPUCP / Konrad Adenauer Stiftung.

SPETH, James Gustave

2002 "The global environmental agenda: origins and prospects". En Daniel C. Estay y María H. Ivanova, *op. cit.*, 11-30.

THESING, Josef

1997 "Latinoamérica: la democracia se estabiliza". *Contribuciones*, Año XIV, N° 3 (55), jul.-sept. Buenos Aires: Konrad-Adenauer / CIEDLA. 125-135.

TROMP, Hylke

1996 "Las Naciones Unidas y la seguridad ambiental". En Modesto Seara, *op. cit.*, 241-258.

VALENCIA, Angel

2007 "Nuevos enfoques de la política". En Francisco Garrido, Manuel Gonzáles, José Luis Serrano, José Luis Solana (eds.), *El paradigma ecológico de las ciencias sociales*. Barcelona: Icaria Antrazyt.

VIRALLY, Michel

1998 *El devenir del derecho internacional. Ensayos escritos al correr de los años*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

WIELAND, Patrick

2017 *Introducción al derecho ambiental*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

ZAVALETA, Mauricio

2013 "La política de lo técnico: una aproximación al desarrollo del conflicto Conga". En Javier Torres (ed.), *Los límites de la expansión minera en el Perú*. Lima: SER. 111-151.

## Epílogo

# DE AQUÍ Y EN VEINTE AÑOS

“El derecho y su práctica se ha convertido en un sacerdocio que amalgama lo tradicional y lo cosmopolita en la sociedad actual; lo esencial en los estudios jurídicos se centra por evidenciar el telos social mediante el análisis crítico del discurso jurídico contemporáneo”.

**Anónimo.**

Hace treinta años, el Perú había vivido un sangriento proceso de violencia política. Hemos vivido épocas nefastas, situaciones inigualables, pero la memoria colectiva —o lo que queda de ella— tiene como afrenta recuperarse de un mal que aún aqueja a nuestro país: muchos dirán recordar a los muertos y heridos, lo cierto es que las secuelas de la violencia y el miedo de los ochenta y noventa sólo podrán verse en sus causas, en la desigualdad y exclusión social que viven los países de América Latina. La verdad de la historia política del Perú, la verdad de la historia del derecho es la verdad de un ser humano dominado y que está dispuesto de liberarse de sus cadenas, esta es una verdad porque aún se alberga un mundo injusto que pretende hacernos creer que el ombligo de nuestra existencia es el “individuo” y no la unión entre seres humanos.

Por otro lado, no es que reneguemos de una visión del jurista o del filósofo del derecho, muy al contrario, renegamos de la filosofía implícita en el operador corriente de la norma, que, si bien maneja una concepción práctica, muy pocas veces tiene en cuenta la reflexión sobre los efectos del derecho, las conductas incentivadas o restringidas por el derecho y, sobre todo, el *telos* de las instituciones jurídicas contemporáneas.

Algunas veces la verdad es la que nos inspira a vivir en mentiras. La dualidad del derecho es el juego de la realidad y de la nueva ética normativa. La realidad social se manifiesta desde una dimensión incomprendida en nuestro imaginario colectivo y en el derecho. La importancia del derecho en el comercio, en la bolsa de valores, en la administración pública, en el derecho internacional como en el derecho del mar, es incuestionable e irrefutable; la actuación de las normas en todos los ámbitos sociales y humanos es una forma de hegemonía y la abogacía se convierte en el sacerdocio de la “legitimidad social”. El derecho puede abarcar

todo tipo de realidades y, al parecer, es necesario que el derecho regule todo tipo de actividades humanas.

Sin embargo, hoy más que nunca es imperioso determinar el carácter teleológico del sistema normativo, de cualquier parte del ordenamiento jurídico nacional por más insignificante que parezca. Es tan necesario señalar la capacidad de la norma para incentivar conductas y castigarlas igualmente, que nos daremos cuenta de que ese orden tiene un sentido unísono, un similar desenvolvimiento, un mismo fin. Así, el derecho se convierte en un juego de discursos, en una dualidad: en un primer momento, el derecho es el instrumento de la libertad y la igualdad, ahora convertido en baluarte que resguarda y protege la identidad; sin embargo, este derecho es al mismo tiempo normas, instituciones y procedimientos que logran someter al ser humano, al individuo a una lógica hasta ahora incomprendida, rutinaria, casi confundida con la cotidianidad de las crisis sociales, con la brevedad de la historia mundana.

Los primeros seudo ensayos tenían la pretensión de mostrar la relación dialéctica entre el derecho emancipador y represor, entre el juego de los incentivos y de los castigos. Esta dualidad del derecho —que se transforma en discursos jurídicos— es una constante del sistema político actual. Es así como encontramos que el verdugo se convierte en víctima, y el oprimido puede, en la narrativa, convertirse en el yugo del antiguo victimario. Hegel criticó esto muy claramente. En el derecho internacional, se pudo observar que el derecho se convertía en un conjunto de reglas que tenían un mismo fin: el yugo de la paz ficticia, la legitimación de la “monarquía internacional”.

El siglo XIX es un período perdido del derecho. Se ha oscurecido con los años, pero también iluminado con recientes estudios historiográficos, sin embargo, al tratar de desenterrar parte de la historia encontramos muchos de los orígenes de los sinsabores contemporáneos. El derecho decimonónico nos muestra el origen de la lógica de dominación y la legitimación del sistema de explotación actual. Ese siglo es tan importante que, si quisiéramos entender el escenario político actual de América Latina, tendríamos que remontarnos a esos tiempos para comparar las diferencias entre la génesis del capitalismo norteamericano y el enclaustramiento de las economías de los países del resto de América (De Soto, 2000); o comprender la exclusión de la participación indígena en las elecciones posteriores (Annino, 1995). El siglo XIX y su derecho expresan una lógica de “distinción” que impide establecer una lógica de producción igualitaria, libertaria, y que vale la pena analizar su subsistencia.

Por otro lado, los derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas marcan un hito en la construcción del individuo. El discurso de los derechos humanos está adherido al pensamiento jurídico como resultado del proceso de defensa de la persona humana frente a la opresión, explotación, dominación. Sin embargo, los discursos de los derechos humanos se han convertido en parte de un instrumento de dominación mundial lo cual los convierte en un argumento de legitimación frente a los propios actos de emancipación o de exigencias sociales

que anteriormente tutelaban. La dualidad y el carácter político de los derechos son características más que nunca vigentes en la contemporaneidad.

A través de la historia moderna de los derechos humanos, podemos conocer la vinculación de este discurso jurídico con los movimientos emancipatorios y el proceso de positivación o enquistamiento jurídico a lo largo de dos siglos de capitalismo. El formalismo jurídico y la filosofía política han alimentado a la teoría jurídica de los derechos humanos, sin embargo, no han podido limitarla por más estructuras, naturalezas jurídicas, normas e instituciones jurídicas subjetivas que hayan sido utilizadas. Como un mecanismo de protección contra la explotación o exclusión, los derechos humanos se convierten en evidencia del estado de indefensión de los ciudadanos. No obstante, el fetichismo del campo ideológico ha impedido transformar el enquistamiento del discurso jurídico en un arma de concientización social en la ciudadanía latinoamericana. El principio de distinción se aplicaba también para los que tenían la posibilidad de ejercer la defensa de un derecho humano cuando era violentado. En consecuencia, para las personas que se encontraban en estado de indefensión, los derechos humanos no eran más que una quimera, así como se plantean las dualidades en el derecho contemporáneo.

La dualidad del discurso de los derechos humanos planteó nuevamente reconocer la crisis social; la necesidad, para los movimientos emancipatorios, de la lucha social a través de la acción y la organización política. Nuevamente, el conservadurismo arrojó el derecho para convertirse en un campo de la feudalidad estamental de los profesionales o jurisconsultos que crearon un lenguaje ajeno a las necesidades democráticas de los ciudadanos. Nuevamente se vivían años de divorcio entre el derecho, los derechos humanos y los ciudadanos. Pensemos por un momento en los movimientos proletarios del siglo XIX, el movimiento femenino, campesino, estudiantil o indígena del siglo XX.

Actualmente, en la plataforma de la “contracultura” o contra el modelo social del actual sistema económico, se suman movimientos emancipatorios que plantean nuevas formas de subvertir la lógica de dominación. Las condiciones materiales y sociales se construyen bajo el signo de reconocer la crisis, comprometerse con la causa social y accionar políticamente. Uno de estos procesos nos llevará definitivamente a una confrontación política. Es más, el discurso de los derechos humanos ha sido vilipendiado por el movimiento conservador, polarizando también la agenda pública. Una forma de detenerla es reconocer el conflicto y establecer a la esfera social a través del contrato social (Habermas, 1998). Otro camino es construir reglas de equivalencia o de prioridad social (Rawls, 1997). Sin embargo, todas estas reglas tendrán sentido si superamos los impedimentos de una sociedad que aún no se transforma en liberal o plenamente racional, que sus dotaciones culturales se mantienen en un sistema semifeudal, a decir de Mariátegui. Sin resolver el problema del indio, del campesino, de la asignación de los recursos naturales o de “igualdades”, no podemos construir reglas o contratos sociales que permitan un espacio que evite el conflicto político más allá del miedo a la violencia descarnada que vivimos dos décadas atrás.



Asimismo, una tarea importante en este proceso es sumar a todos los movimientos de cambio, a todas las narrativas de cambio, señalando el camino y el derrotero social. Uno de estos no es alejar a los ciudadanos sino atraerlos, no es calificar al movimiento estudiantil, campesino, de mujeres, LGTBQ o de trabajadores como si tomaran la opción por la violencia e irracionalidad política, sino desarrollar organización social, tejido social que permita una mejor representación de los intereses ciudadanos y sumarlos al proceso de reglas sociales y políticas claras que se traduzcan en normas jurídicas, con sus respectivas ganancias y pérdidas, especialmente de ganancias para los que se encuentran en estado indefensión. Si no es así, esperemos nuevamente una apocalíptica violencia que venza esta vez la armazón de la democracia débil y servil y las estructuras de dominación y explotación existentes, por lo menos en el Perú.

En este ambiente enrarecido, el rol de los actores locales y pueblos indígenas puede ser instrumentalizado por agentes que buscan alguna utilidad de acuerdo con la lógica del mercado. Se ha acusado a las organizaciones no gubernamentales como agentes que se comportan en ese sentido. De hecho, constantemente se trae como argumento una suerte de paternalismo posmoderno donde en cada protesta social hay una teoría de la conspiración más asombrosa que su antecesora. Muy por el contrario, debemos tomar cuidado de que la subsunción del carácter emancipatorio de los derechos se transforme en un acuerdo estático y funcional al conservadurismo social. La certeza de las críticas de Zizek van más allá del multiculturalismo para asentarse en una realidad práctica, la necesidad de otorgar derechos a grupos maniatados históricamente. Por ejemplo, En Canadá o Estados Unidos, las minorías nacionales no llegan a tener alguna injerencia en la política federal. Su autonomía o luchas tienen un alcance limitado por la regla formal de la mayoría democrática, la lógica del mercado que sobrepasa la legalidad del Estado, o la ilegalidad de nuevos actores económicos. Una lógica de mercado que utiliza muy bien la autonomía de las identidades en los campos latinoamericanos para poder “invertir” impunemente, sin reglas que respetar mínimamente; explotar los recursos naturales en tierras o territorios indígenas; explotar su conocimiento, hasta llegar a enajenar el propio código genético de los pueblos indígenas como un bien de mercado de la llamada salud “orgánica”. En ese sentido, la emergencia de los derechos implica mantenerse vigilante con el objetivo de restaurar derechos o dejar que estos fluyan en la agenda política y jurídica de los Estados, especialmente ahora en el juego de las narrativas que presentan la emergencia de derechos como contrarios a todos los ciudadanos.

La gestión de los recursos naturales ha sido todo un proceso de ida y vuelta. Lo cierto es que la institucionalidad, procedimientos y normativas se han ido construyendo por la presión local y la emergencia de derechos ambientales. La creación del Ministerio del Ambiente y de una burocracia con incentivos para la gestión, manejo, conservación y uso sostenible de los recursos naturales no ha sido un proceso pacífico, y en muchas ocasiones lleno de incertidumbre en su implementación. La disputa de los recursos naturales en las narrativas se ha trasladado a la confrontación entre el interés público y el interés privado, y pareciera que la captura de lo “público” fuera el primer objetivo de todos los grupos alrededor de esta gestión.

Pero esta disputa es reciente ya que la mayor dualidad y la que ha venido acompañando estos veinte años se encuentra entre el desarrollo y el atraso; entre el interés de todos y el derecho humano de incluso un solo individuo; entre el bien común y el de unos pocos, esos pocos que pueden representar ambos lados: los empresarios, o las comunidades, como si fuera una carrera por quien controla el territorio. Sin embargo, no es una carrera equilibrada, ni mucho legalmente debatible. Vale recordar que un solo lado tiene el peso de casi doscientos años de monopolio ideológico de lo que es bueno para todos y ahora, del desarrollo posmoderno:

“Esas personas [los pueblos indígenas] no son ciudadanos de primera clase. ¿Qué puedan decir 400 000 nativos a 28 millones de peruanos: ¿ustedes no tienen derecho de venir por aquí? ¡De ninguna manera! Ese es un error gravísimo. Quién piense de esa manera quiere llevarnos a la irracionalidad y al retroceso primitivo”[sic].<sup>83</sup>

Es entendible un temor permanente por perder nuestros recursos naturales y hacer malos negocios. De hecho, la historia del Perú está asociada a muchas malas decisiones. Desde los contratos del guano en el siglo XIX, pasando por el contrato de la Brea y Pariñas, el contrato de exportación del gas de Camisea, el Acuerdo Energético Perú Brasil, hay un temor por perder territorios, como ahora los recursos naturales. La Convemar y el Acuerdo de Escazú cayeron en esos mismos temores. De hecho, en el caso de la Convención del Mar podría ser discutible y se necesitaría mas evidencias de sus vicios, aunque ello no es difícil si analizamos el impacto a la soberanía de los países que están dentro de la Convemar. Aunque el Perú “tácitamente” ya la reconoció en el proceso de definición de los límites marítimos con Chile ante la Corte Internacional de Justicia CIJ, el mayor crimen está en la incapacidad de controlar, vigilar y aprovechar todos los recursos que existen en el Mar de Grau.

Por el mismo temor el Acuerdo de Escazú también fue impacto por una campaña mediática rápida y efectiva. Reconociendo ello, se instalaron las últimas dualidades discursivas en la memoria de muchos peruanos: el levantar la bandera de los derechos de acceso ambiental era una forma de perder nuestros recursos naturales, un divorcio que nos pasará factura a todos si es que esta narrativa engañosa sigue extendiéndose, porque está asociada a intereses económicos que no llegan a reconocer los avances constitucionales y legales de reconocimiento de los derechos de acceso ambiental, es decir, se han puesto de espaldas a la historia. Pero lo peor, es que desde su visión chata de lo que es el Perú y los intereses de los ciudadanos, solo han representado un conservadurismo que ha mostrado que son capaces de mentir para lograr sus propósitos, con lo que limitan la capacidad de dialogar y llegar a consensos en políticas y mejoras de la gestión ambiental y de cómo gestionar los recursos naturales. No sólo se castigan ellos

83 Entrevista a Alan García Pérez, presidente del Perú, 2009, por el conflicto de Bagua.

mismos con la incertidumbre en el futuro del Perú que adjudican a los conflictos socioambientales, sino también a sus propios hijos, a los hijos del Perú.

## Los retos del Covid-19

No queda duda de que lo que estamos viviendo no tiene parangón con ninguna otra experiencia reciente. Las jóvenes generaciones no vivieron los estragos del terrorismo en los ochenta ni el autoritarismo de la década de 1990. La pandemia del Covid-19 es inédita y no sólo ha manifestado nuestras desigualdades o limitado nuestras libertades, sino que ha establecido nuevas reglas de convivencia para el futuro, es decir, que tendrá que ser incorporado en toda actividad política, social y económica de nuestra sociedad.

Podríamos seguir siendo indiferentes con el orden global de las cosas, en el mismo alienamiento bursátil. Podríamos seguir manteniéndonos de espaldas a las advertencias sobre los efectos del cambio climático (Welzer, 2010), de hecho, hace ya más de dos décadas atrás, el Panel Intergubernamental de Cambio Climático IPPC sostenía que el cambio climático aumentaría los problemas alimentarios y de desnutrición, así como “la propagación de enfermedades contagiosas” (Welzer, 2010: 129). El Covid-19 se ha presentado de manera breve en algo similar a la historia del cambio climático, negación, negligencia y cinismo en menos de seis meses; sin embargo, no es posible mantener ese escepticismo generacional, esa negligencia cómplice de las clases medias o el dolo criminal de cierto sector empresarial que aprovecha la crisis para mantener su margen de ganancia.

Muchos dirán que la pandemia del Covid-19 es uno de los males “más democráticos” posibles porque puede afectar a cualquiera, hasta ahora, se sabe que los pacientes con potenciales riesgos (diabéticos, hipertensos, personas con obesidad) son los más afectados, es decir, por azar puede afectar a cualquiera y no hay aún una vacuna para protegernos. Luego de una cuarentena fallida se han impuesto nuevas reglas para todos, y nuevas reglas de convivencia basadas en el distanciamiento social. Lo cierto es que, al igual que los efectos del cambio climático, éste no afectará a los países ni a los ciudadanos por igual (Welzer, 2010:134); el Covid-19 no afecta por igual a todos los peruanos, porque somos “una sociedad que mantiene elevadas desigualdades en la riqueza y los ingresos” (Alarco *et al.*, 2019: 155), afectando a los que no han accedido a muchos, a los más pobres; éstos son los que están más expuestos a esta enfermedad<sup>84</sup>.

84 El Sistema Informático Nacional de Defunciones del Minsa (sistema de datos abiertos) ha reportado al 21 de junio “los determinantes sociales de salud, nivel educativo de fallecidos por Covid-19 en Lima”, en el cual se puede identificar que el número de fallecidos con secundaria o menos llega alrededor de 400 en promedio, mientras que el número de fallecidos con educación superior no supera los 50 en promedio, desde el inicio de la cuarentena. Ver <https://www.minsa.gob.pe/datosabiertos/?tipo=1&op=22>

Es más que probable que la crisis del Covid-19 nos obligue a replantear un nuevo pacto social. El sacrificar “la futura salud de muchos por el hambre de hoy” al acabarse la cuarentena por la presión de las élites empresariales de nuestro país incluirá también una transformación abrupta de capital natural en capital social, no sin un costo social y político considerable. Seguir insistiendo en el dogma de la sostenibilidad de “sistema económico en cuanto tal” (Garcés, 2019: 21), es un error capital si no queremos seguir sufriendo estragos externos e internos que terminen por acabar nuestra convivencia como sociedad.

La actual agenda política arguye que tan sólo debemos aspirar a seguir creciendo en el siguiente lustro, cueste lo que cueste. El objetivo es llevar pan a la casa para la mayoría de los peruanos, “sacrificando la salud del mañana, o nuestros ecosistemas, para satisfacer el hambre del hoy”. Es algo que no tiene nada de sostenible, claramente, y podría ser debatible en un futuro si es una fórmula efectiva.

Es bajo esa “nueva normalidad” que uno de los elementos más importantes, el cómo volver a la senda del crecimiento económico, se vuelve impositivo para el país. De hecho, ya no hay mucho espacio para discursos “cuestionadores” que demandan transiciones al desarrollo como “erradicar la pobreza y evitar nuevas extinciones de biodiversidad” (Gudynas, 2012: 103); incluso propuestas tradicionales del desarrollo sostenible son casi una narrativa “radical” de ciertos grupos aún preocupados por el respeto de los estándares ambientales y sociales o la obligatoriedad de la evaluación ambiental antes de cualquier operación, para evitar mayores daños a los ecosistemas, pueblos indígenas, comunidades locales y ciudadanos en general.

La construcción en la última década de una institucionalidad ambiental no será cuestionada, pero sí las herramientas con que cuentan los ciudadanos para asegurar una calidad de la gestión ambiental, la conservación de la biodiversidad y el aprovechamiento de los recursos naturales. Las reformas de 2013, conocidas como paquetazos ambientales, apuntaban a ello, y de cierta manera, dejaron en *stand by* la acentuación de muchas estas herramientas de gestión ambiental.

Pero no es lo único que se pretende sacrificar, de hecho, la preocupación de la sostenibilidad de las actividades económicas también va de la mano con posibles restricciones al ejercicio de derechos, derechos que son vistos como obstáculos para el desarrollo de las inversiones, o al menos, su ralentización en la última década, sostenido principalmente por el sector privado.

Lo más cuestionable es el rol del sector empresarial, que muestra cierta inconsistencia con una visión de largo plazo, especialmente en incentivos económicos a través de los cambios legales en materia ambiental. Lerner ya lo decía en 2013 en la Conferencia Minera PeruMin: “Hay que tener en cuenta cual es la finalidad de la actividad económica y comprender que la racionalidad de la ganancia no puede contradecir la existencia de otros bienes que son necesarios para la convivencia” (2017: 149); en este caso, pensando en los intereses

económicos del presente, sin tomar en cuenta los intereses de todos en el futuro, o simplemente tomando en cuenta el impacto ambiental de “una carrera hacia el fondo”, es decir, una dilución de nuestra capacidad para controlar, prevenir, supervisar, promover y sancionar actividades económicas que no se adecuan a nuestra visión de desarrollo sostenible, o peor aún, mantener una suerte de equilibrio entre evaluación y fiscalización ambiental o en la conservación de biodiversidad.

Después de la cuarentena podemos encontrar que la decisión del gobierno ha sido impulsar la recuperación económica mediante la flexibilidad regulatoria ambiental, sin lineamientos claros para el ejercicio de los derechos ambientales como el de participación ciudadana y generando potenciales riesgos al afectar la gestión de los recursos naturales, ya sea en su uso como en su conservación. En ese sentido, es necesario que se precise aún los alcances normativos y procedimentales de estos cambios que permitan que la función ambiental de los distintos órganos pueda operar acorde a los fines de política ambiental establecida por la Constitución y la legislación ambiental precedente. Facilitar la inversión ahora no representa una ganancia sostenible porque cualquier riesgo y su materialización posterior, pasarán factura en el balance de suma y resta de lo que representa nuestro crecimiento económico.

Estamos ante un dilema que, sin conciencia y participación de todos, es difícil de asumir y aceptar: que sin transparencia y acceso claro de información, no hay cómo hacer ese balance de transformar capital natural en bienestar humano. No es sólo la falta de dialogo, sino que la reactivación iniciada en julio por presión del sector empresarial y los miles de desempleados se ejecuta sin medir el grado de avance de la pandemia, que en agosto reportó picos de muertes y contagiados, y que a la fecha aún no llegamos al millón de contagiados, y más de 30 000 fallecidos según el conteo oficial. Citando a Lerner, si “el ímpetu lucrativo puede prevalecer sobre la conciencia del daño que la acción puede causar” (2017: 147), el costo económico y humano será más alto para todo el país, para los ciudadanos y la naturaleza en las siguientes posibles olas de la pandemia. Lo cierto es que no hemos aprendido nada de los conflictos políticos, sociales y ambientales, vividos en los últimos cincuenta años, menos aún de sus impactos.

## Concluyendo

El sistema dominante que termina por favorecer a pocos tiene la capacidad de auto regenerarse, de producir discursos sociales y jurídicos con los cuales asientan su capacidad de interpretación de los hechos, su “cientificidad” y más aún, a través de las normas jurídicas crean una realidad virtual distinta a la material: he ahí el camino de la dualidad de los discursos, de un derecho que ahoga la emergencia de derechos, que convive con ésta, y un derecho emancipatorio que ve limitado su progresividad, hipotecando su propio contenido.

El derecho es parte de la historia convulsionada de la humanidad, de la historia de Latinoamérica, de nuestra propia historia como peruanos. Es parte de nuestro presente y es expresión de la emergencia ética y social como hombres libres, iguales y con una propia identidad. Esto lo vemos en la relación Estado y sociedad, en la participación política de los más vulnerables, en la gestión de los recursos naturales, en cómo se convierte lo “público” en privado, en cómo la dualidad discursiva del derecho nos hacer creer que la libertad es una nueva forma de opresión y que la defensa de todos, no es el velo para la dominación de intereses de unos pocos.

El derecho puede convertirse en un elemento de liberación o de opresión para los ciudadanos y nuestros pueblos, sin embargo, creemos viene jugando esas dos caras de la moneda a la misma vez. El derecho puede transformarse en un instrumento de liberación de los ciudadanos que necesitan ser conscientes de ello. El derecho es un medio y no un fin, un instrumento al servicio de todos y no un elemento de enajenación y opresión de élites políticas. En esta vida, uno debe atreverse a levantar la voz con respeto; a exigir con educación; a romper filas con hidalguía; a seguir a los demás siendo uno mismo; a levantarse e ir más allá, subirse a lo más alto y mirar un horizonte más lejano que nos pide a gritos que lo conquistemos, más aún ahora que la idea del “orden”, el “progreso”, o incluso de “interes público”, se imponen como la ideología acrítica de nuestra sociedad y del mercado. Despertar del velo de la ignorancia sigue siendo una tarea pendiente. Pero qué tarea nos aqueja en estos próximos veinte años.

# BIBLIOGRAFÍA

- ALARCO, G., CASTILLO, C. y LEIVA, F.  
2019 *Riqueza y desigualdad en el Perú*. Lima: Desco.
- ANNINO, Antonio (compilador)  
1995 *Historia de las elecciones en Iberoamérica, siglo XIX. De la formación del espacio político nacional*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- DE SOTO, Hernando  
2000 *El misterio del capital. Por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo*. Lima: El Comercio.
- GARCÉS, M.  
2019 "Condición póstuma o el tiempo del todo se acaba". *Nueva Sociedad*, 283, 16-27. <https://nuso.org/articulo/condicion-postuma-o-el-tiempo-del-todo-se-acaba/>
- GUDYNAS, Eduardo  
2012 "La dimensión continental y global de las transiciones hacia las alternativas al desarrollo". En Alejandra Alayza y Eduardo Gudynas (com.), *Transiciones y alternativas al extractivismo en la región andina. Una mirada desde Bolivia, Ecuador y Perú*. Lima: RedGE/CEPES. 103-129.
- HABERMAS, Jürgen  
1998 [1992] *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- LERNER, S.  
2017 "Responsabilidad social empresarial". *Kawsaypacha*, 1, 139-153. <https://doi.org/10.18800/kawsaypacha.201701.005>
- RAWLS, John  
1997 [1971] *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- WELZER, H.  
2010 *Guerras climáticas. Por qué mataremos (y nos matarán) en el siglo XXI*. Katz Editores.

## Anexo

# LISTA DE TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS SUSCRITOS POR EL PERÚ

## 1. Derecho de asilo y derecho internacional humanitario

Relación de tratados internacionales sobre derechos humanos de primera generación, en el ámbito mundial y regional —el derecho internacional americano es uno de los propulsores teóricos y prácticos en esta materia— como instrumentos específicos encontramos en materia de asilo —estos tratados se encuentran en el ámbito regional—, y en materia de refugiados:

1. *La Convención sobre Asilo*, adoptada en La Habana el 20 de febrero de 1928, durante la VI Conferencia Internacional Americana. Aprobada por Resolución Legislativa N° 10190 de 9 de febrero de 1945. El Instrumento de Ratificación se depositó el 21 de junio de 1945. Vigente para el Perú desde el 21 de junio de 1945.
2. *La Convención sobre Asilo Político (Territorial)*, adoptada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, durante la VII Conferencia Internacional Americana. Aprobada por Resolución Legislativa N° 13279 de 9 de diciembre de 1959. El Instrumento de Ratificación de 12 de enero de 1960 se depositó el 9 de marzo de 1960. Vigente para el Perú desde el 9 de marzo de 1960.
3. *La Convención sobre Asilo Diplomático*, adoptada en Caracas el 28 de marzo de 1954, durante la X Conferencia Internacional Americana. Aprobada por Resolución Legislativa N° 13705 de 11 de septiembre de 1961. El Instrumento de Ratificación de 21 de mayo de 1962 se depositó el 2 de julio de 1962. Vigente para el Perú desde el 2 de julio de 1962.
4. *La Convención relativa a los Estatutos de los Refugiados*, adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951. Aprobada por Resolución Legislativa N° 15014 de 16 de abril de 1964. El Instrumento de Adhesión de 6 de junio de 1964 con una Declaración relativa a la sección a) B (1) del artículo 1 adoptó la fórmula limitativa de geografía y de temporalidad para la calificación del refugiado y fue depositado el 21 de diciembre de 1964. Vigente para el Perú desde el 21 de marzo de 1965.



Anterior a estos tratados sobre asilados y refugiados, y como antecedentes en el ámbito regional son:

1. *El Tratado de Asilo y Refugio Políticos*, adoptado en Montevideo el 4 de agosto de 1939, el cual no fue suscrito por el Perú.
2. *La Constitución de la Organización Internacional de Refugiados*, abierta a la firma en Flushing Meadow, New York, el 15 de diciembre de 1946; la cual fue suscrita por el Perú el 25 de julio de 1947, sin embargo, no fue ratificada. Entró en vigor el 20 de agosto de 1948.
3. *El Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*, adoptado en Nueva York, el 31 de enero de 1967. Aprobado por Resolución Legislativa N° 23608 de 1 de junio de 1983. El Instrumento de Adhesión de 9 de agosto de 1983 se depositó el 15 de septiembre de 1983. Vigente para el Perú desde el 15 de septiembre de 1983.

En el plano global, tenemos como instrumentos específicos sobre derecho internacional humanitario (regula los derechos de las personas en situaciones de conflicto internacional):

1. *El Convenio I para Mejorar la suerte de los Heridos y de los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña*.
2. *El Convenio II para Mejorar la suerte de los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar*.
3. *El Convenio III relativo al trato de los Prisioneros de Guerra*.
4. *El Convenio IV relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempos de Guerra*, Acta Final de la Conferencia Diplomática de Ginebra convocada para la revisión de los Convenios de 1929. Estos cuatro tratados se adoptaron en Ginebra el 12 de agosto de 1949. Se aprobaron por Resolución Legislativa N° 12412 de 31 de octubre de 1955. El Instrumento de Ratificación se depositó el 15 de febrero de 1956 y están vigentes para el Perú desde el 15 de agosto de 1956.
5. *Los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949* fueron aprobados en la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable a los Conflictos Armados y adoptados el 8 de junio de 1977. El Perú los suscribió el 12 de diciembre de 1977. Aprobados por Resolución Legislativa N° 25029 de 23 de mayo de 1989. El Instrumento de Ratificación de 27 de junio de 1989 se depositó el 14 de julio de 1989. Vigentes desde el 14 de enero de 1990.

## 2. Derechos civiles y políticos

Entre los más importantes, los tratados internacionales sobre derechos humanos de carácter general de ámbito global son los siguientes:

1. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*; esta decisión fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948. El Perú la aprobó mediante Resolución Legislativa N° 13282, de 9 de diciembre de 1959 y se encuentra vigente desde el 10 de diciembre de 1948<sup>85</sup>.
2. *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (aprobado por la Asamblea General mediante Resolución 2200 A XXI), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. El Perú lo suscribió el 11 de agosto de 1977 y lo aprobó por Decreto Ley N° 22128, de 28 de marzo de 1978. El Instrumento de Adhesión de 12 de abril de 1978 se depositó el 28 de abril de 1978 (el Instrumento de Adhesión fue aceptado como Ratificación por las Naciones Unidas por ser el Perú país signatario). Vigente para el Perú, desde el 28 de julio de 1978 (art. 49)<sup>86</sup>.

En el ámbito mundial como instrumentos específicos sobre derechos humanos de primera generación encontramos:

1. *El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966. El Perú lo suscribió el 11 de agosto de 1977 y lo aprobó mediante la Disposición General y Transitoria XVI de la Constitución Política del Perú de 1979. El Instrumento de Ratificación de 9 de septiembre de 1980 se depositó el 3 de octubre de 1980. Vigente para el Perú, desde el 3 de enero de 1981 (art. 9)<sup>87</sup>.
2. *La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes*, adoptada en Nueva York el 10 de diciembre de 1984. El Perú

85 *La Declaración Universal de los Derechos Humanos* es de cumplimiento y respeto obligatorio para el Perú por ser parte de su derecho interno y del *Jus Cogens*. Debemos recordar el papel esencial que cumplieron la presidenta de la Comisión Especial de Derechos del Hombre encargada de elaborar la declaración, Eleanor Roosevelt, y el vicepresidente, el jurista francés Renee Cassin (Novak y Salmón, 2000: 85; Santistevan, 1999: 159). Asimismo, la Declaración inauguró la llamada Carta Internacional de Derechos Humanos que contiene además los dos pactos internacionales de 1966 y los dos Protocolos Facultativos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Álvarez, 1999: 176-7). *Referencias bibliográficas en el tercer pseudo-ensayo "el Mar de los derechos humanos" de la presente obra.*

86 Este tratado (PIDCP) crea el mecanismo de protección a través del Comité de Derechos Humanos y sus recomendaciones en virtud de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo (arts. 39, 40 y 41 de la Ley N° 23506, de 8 de diciembre de 1982, concordados con los arts. 56 y 205 de la Constitución de 1993) son obligatorias para el Estado peruano.

87 Conocido como Primer Protocolo del PIDCP, permite que la persona (víctima) pudiera presentar acusaciones contra los Estados por violaciones a los derechos civiles y políticos, estableciendo el sistema de denuncias individuales.

la suscribió el 29 de mayo de 1985 y la aprobó por Resolución Legislativa N° 24815 de 12 de mayo de 1988. El Instrumento de Ratificación de 14 de junio de 1988 se depositó el 7 de julio de 1988. Vigente para el Perú, desde 6 de agosto de 1988<sup>88</sup>.

En el ámbito regional tenemos los siguientes instrumentos internacionales de derechos humanos de primera generación:

1. *La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*, adoptada en San José el 22 de noviembre de 1969. El Perú la suscribió el 27 de julio de 1977 y la aprobó por Decreto Ley N° 22231 de 11 de julio de 1978. El Instrumento de Ratificación de 12 de julio de 1978 se depositó el 28 de julio de 1978. Vigente para el Perú, desde el 28 de julio de 1978<sup>89</sup>.
2. *La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985. El Perú la suscribió el 10 de enero de 1986 y la aprobó por Resolución Legislativa N° 25286 de 4 de diciembre de 1990. El Instrumento de Ratificación de 27 de diciembre de 1990 se depositó el 28 de marzo de 1991. Vigente para el Perú, desde 28 de marzo de 1991.
3. *La Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas*, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994. Suscrita por el Perú el 8 de enero de 2001. Aprobada mediante Resolución Legislativa N° 27621 de 7 de enero de 2002. Ratificada mediante Decreto Supremo N° 010-2002-RE de 22 de enero de 2002<sup>90</sup>.

---

88 El artículo 21 del tratado crea el órgano de vigilancia, el *Comité contra la Tortura*, el cual el Perú ha reconocido mediante declaración expresa.

89 El reconocimiento de la competencia contenciosa de la Comisión y la Corte Interamericana se realizó mediante Instrumento de Ratificación de 9 de septiembre de 1980 y se depositó el 21 de enero de 1981 con la Declaración de 20 de octubre de 1980, la cual contiene el reconocimiento de competencia *por plazo indeterminado y bajo condición de reciprocidad*. El Pacto de San José y la competencia de los órganos interamericanos fueron reconocidos en el ámbito constitucional mediante la Disposición General y Transitoria Décimo Sexta de la Constitución de 1979.

90 No está aún vigente porque muchos países no la han suscrito o perfeccionado.

### 3. Derechos económicos, sociales y culturales

Los siguientes instrumentos internacionales que consagran los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) para el Perú son:

1. *El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. El Perú lo suscribió el 11 de agosto de 1977 y lo aprobó por Decreto Ley N° 22129 de 28 de marzo de 1978. El Instrumento de Adhesión de 12 de abril de 1978 se depositó el 28 de abril de 1978 (el Instrumento de Adhesión fue aceptado como Ratificación por la Naciones Unidas por ser el Perú país signatario). Vigente para el Perú desde el 28 de julio de 1978 (art. 27).
2. *El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)*, adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988 y aprobado por Resolución Legislativa N° 26448 de 28 de abril de 1995. El Instrumento de Ratificación de 17 de mayo de 1995 se depositó el 4 de junio de 1995. Vigente, desde el 16 de noviembre de 1999.

En el caso del Perú, la discriminación es una práctica social y cultural constante. A pesar de ello, existen innumerables tratados vigentes en materia de *Discriminación*:

1. *El Convenio N° 100 (OIT) Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor*, adoptado en Ginebra el 28 de junio de 1951. Aprobado por Resolución Legislativa N° 13284 de 9 de diciembre de 1959. El Instrumento de Ratificación se depositó el 1 de febrero de 1960. Vigente para el Perú desde el 1 de febrero de 1961.
2. *El Convenio y Recomendación N° 111, Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación*, adoptado en Ginebra el 25 de junio de 1958. Aprobado por Decreto Ley N° 17687 del 6 de junio de 1969. El Instrumento de Ratificación es de 30 de junio de 1970. Vigente para el Perú desde el 10 de agosto de 1970<sup>91</sup>.
3. *La Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza Aprobada por la Conferencia General en su Undécima Reunión en París y Protocolo*, adoptada en París el 14 de diciembre de 1960, en la XI Conferencia General de la UNESCO. Aprobada por Resolución

<sup>91</sup> Este tratado colisiona con la práctica social, y a veces estatal, de las convocatorias de empleos con requisitos discriminatorios, como es la buena presencia -se excluye este requisito si es un elemento indispensable para la labor a realizar-, o el requisito de la procedencia de ciertos centros académicos en el caso de profesionales, etc. Es necesario modificar la legislación nacional al respecto.

Legislativa N° 16277 de 20 de octubre de 1966. El Instrumento de Ratificación se depositó el 19 de diciembre de 1966. Vigente para el Perú desde el 19 de marzo de 1967.

4. *La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965. Abierta a la firma en Nueva York el 7 de marzo de 1966. Vigente desde el 4 de enero de 1969. Aprobada por Decreto Ley N° 18969 de 21 de septiembre de 1971. El Instrumento de Ratificación de 22 de septiembre de 1971 se depositó el 29 de septiembre de 1971. Vigente para el Perú desde el 29 de octubre de 1971<sup>92</sup>.
5. *La Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid*, adoptada por Resolución N° 3068 de la Asamblea General de la ONU de 30 de noviembre de 1973. Aprobada por Decreto Ley N° 22280 de 5 de septiembre de 1978. El Instrumento de Adhesión de 11 de octubre de 1978 se depositó el 1 de noviembre de 1978. Vigente para el Perú desde el 1 de diciembre de 1978.
6. *La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. El Perú lo suscribió el 23 de julio de 1981. Aprobada por Resolución Legislativa N° 23432 de 4 de junio de 1982. El Instrumento de Ratificación de 20 de agosto de 1982 se depositó el 13 de septiembre de 1982. Vigente para el Perú desde el 13 de octubre de 1982.
7. *El Convenio N° 156 y Recomendación N° 165 sobre la Igualdad de Oportunidades y de Trato entre Trabajadores y Trabajadoras con Responsabilidades Familiares*; adoptado en Ginebra, el 3 de junio de 1981. Aprobado por Resolución Legislativa N° 24508 del 28 de mayo de 1986. El Instrumento de Ratificación de 30 de mayo de 1986 se depositó el 13 de junio de 1986. Vigente para el Perú desde el 13 de junio de 1987.
8. *La Convención Internacional contra el Apartheid en los Deportes*, adoptada en Nueva York el 10 de diciembre de 1985. Aprobada por Resolución Legislativa N° 24806 de 12 de mayo de 1988. El Instrumento de Ratificación de 14 de junio de 1988 se depositó el 7 de julio de 1988. Vigente desde el 6 de agosto de 1988.
9. *El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución A/54/4, de 6 de octubre de 1999. Aprobado por Resolución Legislativa N° 27429 de 22 de febrero de 2001. El Instrumento de Ratificación se depositó el 9 de abril de 2001. Vigente para el Perú desde el 9 de julio de 2001.

92 El artículo 14 crea el Órgano de Vigilancia del tratado, el Comité para la Eliminación de Discriminación Racial, reconocido por el Perú.

10. *La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Personas con Discapacidad*, adoptada en Guatemala el 7 de junio de 1999. Aprobada por Resolución Legislativa N° 27484 de 15 de junio de 2001. Ratificado mediante Decreto Supremo N° 052-2001-RE de 2 de julio de 2001. El Instrumento de Ratificación se depositó de 30 de agosto de 2001. No se encuentra aún vigente.

En materia de *Derechos de la Mujer*, se han adoptado una serie de instrumentos internacionales para proteger los derechos políticos de la mujer, buscando una igualdad que la formalidad de la ley no tutelaba:

1. *La Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer*, adoptada en Bogotá el 2 de mayo de 1948. Aprobada por Resolución Legislativa N° 12409 de 5 de noviembre de 1955. El Instrumento de Ratificación de 26 de enero de 1956 se depositó de 11 de junio de 1956. Vigente para el Perú desde el 11 de junio de 1956.
2. *La Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer*, adoptada en Nueva York el 31 de marzo de 1953. Aprobada por Decreto Ley N° 21177 de 10 de junio de 1975. El Instrumento de Adhesión de 16 de junio de 1975 se depositó el 27 de junio de 1975. Vigente desde el 27 de septiembre de 1975.
3. *La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará)*, adoptada en Belém Do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994. Suscrita por el Perú, el 12 de julio de 1995. Aprobada por Resolución Legislativa N° 26583, de 22 de marzo de 1996. El Instrumento de Ratificación de 2 de abril de 1996, se depositó el 4 de junio de 1996. Vigente para el Perú, desde el 4 de julio de 1996.

En materia de *Derechos del Niño*, la preocupación por la explotación infantil en el trabajo o abuso sexual es una constante en la comunidad internacional. Entre los instrumentos internacionales más reconocidos sobre los derechos de los niños, tenemos los siguientes:

1. *El Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, adoptado en La Haya, el 25 de octubre de 1980. Aprobado por Resolución Legislativa N° 27302, de 26 de junio de 2000. Ratificado por Decreto Supremo N° 023-2000-RE, de 1 de agosto de 2000. El Instrumento de Adhesión de 27 de abril de 2001 fue remitido a la Embajada del Perú en el Reino de los Países Bajos para su depósito ante el Gobierno Holandés, mediante Oficio RE (TRA) N° 5-15-A/05, de 3 de mayo de 2001.
2. *La Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. El Perú firmó el 26 de enero de 1990. Aprobada por Resolución Legislativa N° 25278, de 3 de agosto de 1990. El Instrumento de Ratificación de 14 de agosto de

1990, se depositó el 4 de septiembre de 1990. Vigente para el Perú, desde el 4 de octubre de 1990.

3. *El Convenio N° 138 de la OIT sobre el Trabajo Infantil*, adoptada en Ginebra, el 26 de junio de 1973. Aprobada por Resolución Legislativa de 2 de enero de 2001. Ratificado mediante Decreto Supremo N° 038-2001-RE de 30 de mayo de 2001<sup>93</sup>.
4. *El Convenio relativo a la Protección de los Niños y la Cooperación en materia de Adopción Internacional*, adoptado en La Haya, el 29 de mayo de 1993. El Instrumento de Ratificación se depositó el 14 de septiembre de 1995. Vigente, desde el 1 de enero de 1996.
5. *La Enmienda al Artículo 43, Párrafo 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada en Nueva York por la Conferencia de los Estados Parte en la Convención de 12 de diciembre de 1995. Aprobada por Resolución Legislativa N° 27196, de 29 de octubre de 1999. Ratificada por Decreto Supremo N° 061-99-RE de 17 de noviembre de 1999.
6. *El Convenio N° 182 de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación*, aprobado mediante Resolución Legislativa N° 27543 de 28 de octubre de 2001.
7. *El Protocolo Opcional N° 1, a la Convención sobre Derechos del Niño sobre la Participación de Niños en Conflicto*; y *el Protocolo Opcional N° 2, a la Convención sobre Derechos del Niño sobre la Venta de Niños, Prostitución Infantil y Pornografía Infantil*. Ambos protocolos fueron adoptados en Nueva York, el 25 de mayo de 2000. Aprobados mediante Resolución Legislativa N° 27518, de 13 de septiembre de 2001, y ratificados mediante Decreto Supremo N° 078-2001-RE de 4 de octubre de 2001. No se encuentran vigentes aún.

Los tratados internacionales que son antecedentes al sistema internacional de protección de derechos humanos, no ratificados por el Perú, son:

1. *La Convención para la Supresión de Trata de Blancas*, adoptada en París, el 18 de mayo de 1904.
2. *La Convención Internacional para la Supresión de la Trata de Mujeres y Niños*, adoptada en Ginebra, el 30 de septiembre de 1921. El Perú se adhirió, *ad-referéndum*, el 15 de septiembre de 1924.
3. *La Convención para la Supresión de Trata de Mujeres Mayores de Edad*, adoptado en Ginebra el 11 de octubre de 1933.

93 Este tratado obliga a los Estados que lo perfeccionaron a eliminar toda forma de trabajo infantil y a establecer una edad mínima para trabajar progresivamente. El Perú tiene la meta de aumentar la edad mínima, que es actualmente de quince años.

4. *El Protocolo de Enmienda de la Convención Internacional para la Supresión de la Trata de Mujeres y Niños y de la Convención para la Supresión de Trata de Mujeres Mayores de Edad*, adoptado en Nueva York, el 12 de noviembre de 1947.

Los tratados multilaterales sobre derechos humanos no ratificados por el Perú en materia de derechos de la mujer en el ámbito interamericano y mundial hasta el momento son:

1. *La Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer (IX Conferencia Interamericana)*, adoptada en Bogotá, el 2 de mayo de 1948. La Convención fue sometida a aprobación del Congreso por la Cancillería con Oficio N° 3-0-A/1, de 3 de febrero de 1955.
2. *La Enmienda al Párrafo 1 del Artículo 20 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, adoptada en la VIII Reunión de los Estados Parte del 22 de mayo de 1995.

En materia de derechos de menores en el ámbito global, podemos contar los siguientes instrumentos internacionales:

1. *La Declaración de los Derechos del Niño*, aprobada en Nueva York, por la XIV Asamblea de las Naciones Unidas, mediante Resolución N° 1386, de 20 de noviembre de 1959.
2. *La Enmienda al Artículo 43º, Párrafo 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada en Nueva York, en la Asamblea General de las Naciones Unidas de 21 de diciembre de 1995 mediante Resolución A/50/L.61/Rev.1.

En el ámbito interamericano, podemos señalar dos tratados multilaterales sobre la protección de los derechos del niño dentro del ámbito familiar:

1. *La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias*, adoptada en Montevideo, República Oriental del Uruguay, el 15 de julio de 1989.
2. *La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*, adoptada en Montevideo, Uruguay, el 15 de julio de 1989 por la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.

Asimismo, los tratados multilaterales sobre derechos humanos no suscritos por el Perú en materia de derechos del niño en el ámbito internacional e interamericano son:

1. *La Declaración de los Derechos del Niño*, adoptada en Ginebra en 1923.
2. El Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptado en La Haya, el 25 de octubre de 1980.



3. *La Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores*, adoptada en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984.
4. *La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores*, adoptada en México, el 18 de marzo de 1994.

Los tratados internacionales en materia laboral que siguen a continuación son para el Perú vinculantes:

1. *El Convenio Relativo a los Derechos de Asociación y de Coalición de los Trabajadores Agrícolas (N° 11 OIT)*, adoptado en Ginebra, el 25 de octubre de 1921. Aprobado por Resolución Legislativa N° 10195, de 7 de febrero de 1945. El Instrumento de Ratificación se depositó el 10 de octubre de 1945. Vigente para el Perú, desde el 10 de octubre de 1945.
2. *El Convenio Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio (N° 29)*, adoptado en Ginebra, el 28 de junio de 1930. Vigente, desde el 1 de mayo de 1932. Aprobado por Resolución Legislativa N° 13284, del 09 de diciembre de 1959. El Instrumento de Ratificación se depositó el 1 de febrero de 1960. Vigente para el Perú, desde el 1 de febrero de 1961<sup>94</sup>.
3. *El Convenio Relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación (N° 87)*, adoptado en San Francisco, Estados Unidos de América, el 9 de julio de 1948. Vigente, desde el 4 de julio de 1950. Aprobado por Resolución Legislativa N° 13281, de 9 de diciembre de 1959. El Instrumento de Ratificación se depositó el 2 de marzo de 1960. Vigente para el Perú, desde el 2 de marzo de 1961<sup>95</sup>.
4. *El Convenio Relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva (N° 98)*. Adoptado en Ginebra, el 1 de julio de 1949. Aprobado por Resolución Legislativa N° 14712, de 15 de noviembre de 1963. El Instrumento de Ratificación se depositó el 13 de marzo de 1964. Vigente para el Perú, desde el 11 de marzo de 1965<sup>96</sup>.
5. *El Convenio Relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso (N° 105)*, adoptado en Ginebra, el 25 de junio de 1957. Aprobado por Resolución Legislativa N° 13467, de 18 de noviembre de 1960. Instrumento de Ratificación se

94 La importancia de este convenio es la obligación de los Estados de prohibir en su legislación esta forma o tipo de trabajo en beneficio de intereses privados; exceptuándose por ello al ámbito penal, militar o los trabajos comunitarios.

95 Prohíbe la ley exigir un número mínimo de trabajadores para la constitución de un sindicato, o el plazo mínimo de la empresa para integrarlo (la ley exige cien trabajadores y el plazo de un año). Además, se exige a los sindicalizados no tener vinculación político-partidaria; la huelga como derecho se ve reducido por los requisitos que se le impone para su consecución, y las potestades del Estado y el empleador para impedirlos. Este es el convenio que más contradicciones ha producido hasta el momento.

96 Es conocido que el Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo de julio de 1992, prácticamente cercenó los principales derechos laborales de los Convenios de N° 87 y N° 98 de la OIT (Rúa, 2001: 5). Referencias bibliográficas en el tercer seudo-ensayo "el Mar de los derechos humanos" de la presente obra.

depositó el 6 de diciembre de 1960. Vigente para el Perú, desde el 3 de diciembre de 1961<sup>97</sup>.

6. *La Convención N° 122, Relativo a la Política del Empleo y Recomendación N° 122, relativo a lo Mismo*, adoptada en Ginebra, el 9 de julio de 1964. Aprobada por Resolución Legislativa N° 16688, de 17 de junio de 1967. El Instrumento de Ratificación se depositó el 27 de julio de 1967. Vigente para el Perú, desde el 27 de julio de 1968.
7. *El Convenio sobre la Protección del Derecho de Sindicación y los Procedimientos para determinar las Condiciones de Empleo en la Administración Pública (N° 151) y Recomendación N° 159*, adoptado en Ginebra, el 27 de junio de 1978. Aprobado por la Disposición General y Transitoria XVII de la Constitución Política del Perú de 12 de julio de 1979. El Instrumento de Ratificación de 3 de octubre de 1980, se depositó el 27 de octubre de 1980. Vigente para el Perú, desde el 27 de octubre de 1981.

## 4. Nuevos derechos humanos

Sobre el derecho al desarrollo, podemos señalar la adopción de instrumentos internacionales en algunas conferencias de Naciones Unidas sobre la materia:

1. *La Declaración de Población y Desarrollo Sostenible* de El Cairo, Egipto, 1994;
2. *La Declaración de Desarrollo Social* de Copenhague, Dinamarca, 1995;
3. *La Declaración sobre la Mujer* de Beijing, China, 1995; y
4. *La Declaración de Asentamientos Humanos* de Estambul, 1995.

En cuanto al derecho a la paz, algunos tratados referidos a la tutela de este derecho que se configura a razón de la interpretación juspublicista:

1. *El Tratado para la Proscripción de Armas Nucleares en América Latina*, adoptado en México, el 3 de julio de 1990; aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26466, de 8 de junio de 1995; el Instrumento de Ratificación de 26 de junio de 1995, se depositó el 14 de julio de 1995.
2. *El Tratado de Prohibición de Ensayos Nucleares*, adoptado en Nueva York, el 25 de septiembre de 1996; aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26863, de 26 de septiembre de 1997; ratificado mediante Decreto

<sup>97</sup> Los Estados están obligados a suprimir el trabajo forzado cuya finalidad sea: coercitiva, medida disciplinaria, de sanción por participación en huelgas, y forma de discriminación racial, social, religiosa o nacional.

Supremo N° 032-97-RE de 17 de octubre de 1997; el Instrumento de Ratificación se depositó el 12 de noviembre de 1997.

3. *El Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares (TNP)*, adoptado en Washington, el 1 de julio de 1968; aprobado mediante Decreto Ley N° 18133, de 3 de febrero de 1970; el Instrumento de Ratificación de 6 de febrero de 1970, se depositó el 3 de marzo de 1970; vigente, desde el 5 de marzo de 1970.
4. *El Tratado de Prohibición de Armas Químicas*, adoptado en París, el 13 de enero de 1993; aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26465, de 7 de junio de 1995; el Instrumento de Ratificación de 26 de junio de 1995, se depositó el 20 de julio de 1995.
5. *La Convención Interamericana sobre Transferencia en la Adquisición de Armas Convencionales*, adoptada el 29 de marzo de 1996.
6. *La Declaración de Ayacucho de 1974*, adoptada en Lima, el 9 de diciembre de 1974.

El derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado es el derecho humano de tercera generación más desarrollado en el ámbito doctrinario y en el derecho internacional:

1. *El Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)*, adoptado por Resolución N° 2997 de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1972.
2. *La Declaración de Manaos, Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y el Desarrollo*, adoptada en Manaos, Brasil, el 10 y 11 de febrero de 1992.
3. *El Tratado Antártico*, adoptado en Washington, el 1 de diciembre de 1959; adhesión del Perú el 10 de abril de 1981; aprobada por Resolución Legislativa N° 23307, de 4 de noviembre de 1981; el Instrumento de Ratificación de 17 de noviembre de 1981, se depositó el 9 de diciembre de 1981; vigente para el Perú, desde el 10 de abril de 1981.
4. *La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*, adoptada en Nueva York, el 09 de mayo de 1992; aprobada por Resolución Legislativa N° 26185, de 10 de mayo de 1993; el Instrumento de Ratificación de 24 de mayo de 1993, se depositó el 7 de junio de 1993. Vigente, desde el 21 de marzo de 1994.
5. *El Protocolo de Kyoto del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*, adoptada en Kyoto, el 11 de diciembre de 1997.
6. *La Convención sobre la Diversidad Biológica*, adoptada en Río de Janeiro, el 5 de junio de 1992; y el *Protocolo de Seguridad para la Biotecnología*.
7. *La Convención de Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación*, en particular en

África, adoptada en París, el 17 de junio de 1994, aprobada por Resolución Legislativa N° 26536, de 2 de octubre de 1995. El Instrumento de Ratificación de 09 de noviembre de 1995, se depositó el 26 de diciembre de 1995; vigente, desde el 26 de diciembre de 1996.

8. *El Protocolo de Montreal sobre las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono y su Enmienda*, adoptado en Montreal, el 16 de septiembre de 1987, aprobado por Resolución Legislativa N° 26178, de 26 de marzo de 1993. El Instrumento de Adhesión de 30 de marzo de 1993, se depositó el 31 de marzo de 1993; vigente, desde el 29 de junio de 1993.
9. *La Convención de Basilea sobre Movimiento Transfronterizo de Desechos Tóxicos*.
10. *La Convención Ramsar sobre Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas*, adoptada en Ramsar, Irán, el 2 de febrero de 1971; suscrito por el Perú el 28 de agosto de 1986, y aprobada por Resolución Legislativa N° 25353, de 23 de noviembre de 1991. El Instrumento de Ratificación de 12 de diciembre de 1991, se depositó el 30 de marzo de 1992; vigente para el Perú, desde el 30 de julio de 1992.
11. *El Protocolo Modificadorio a la Convención sobre los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas*.
12. *La Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)*.
13. *El Convenio Internacional de las Maderas Tropicales*.
14. *La Convención para la Conservación de Especies Migratorias de Animales Silvestres (Convención de Bonn)*, adoptada en Bonn, el 23 de junio de 1979; ratificada por Decreto Supremo N° 002-97, de 24 de enero de 1997. El Instrumento de Adhesión de 20 de febrero de 1997, se depositó el 14 de marzo de 1997; vigente para el Perú, desde el 1 de junio de 1997.
15. *El Convenio para la Conservación y Manejo de la Vicuña*.
16. *La Red Internacional del Bambú y el Rattan*.
17. *El Convenio para la Aplicación del Procedimiento de Consentimiento Fundamentado previo a ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos objeto de Comercio Internacional*, adoptado en Rotterdam, el 10 de septiembre de 1998.

Otros grupos de derechos humanos reconocidos en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos:

1. *La Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio*, adoptada en Nueva York, el 9 de diciembre de 1948. Perú la suscribió el 11 de diciembre de 1948. Aprobado por Resolución Legislativa N° 13288,

de 28 de diciembre de 1959. El Instrumento de Ratificación se depositó el 24 de febrero de 1960. Vigente desde el 24 de mayo de 1960.

2. *El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* (N° 169), adoptado en Ginebra, el 27 de junio de 1989. Aprobado por Resolución Legislativa N° 26253, de 2 de diciembre de 1993. El Instrumento de Ratificación de 17 de enero de 1994, se depositó el 2 de febrero de 1994. Vigente para el Perú, desde el 2 de febrero de 1995.
3. *El Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe*, adoptado en Madrid, el 24 de julio de 1992. Aprobada por Resolución Legislativa N° 26176, de 28 de marzo de 1993. El Instrumento de Ratificación de 2 de abril de 1993, se depositó el 19 de abril de 1993. Vigente para el Perú, desde el 19 de abril de 1993.
4. *La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, cuya titularidad detenta la humanidad; aunque el Perú todavía no se adhiere a este acuerdo<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> Por otro lado, se han formulado otros conceptos iusnaturalistas como la conciencia jurídica internacional (Cañado, 2001: 58; Lafer, 1994: 151-2). Referencias bibliográficas en el tercer pseudo-ensayo "el Mar de los derechos humanos" de la presente obra.

## Notas sobre los trabajos antecedentes de esta obra

Para esta obra, los autores han aprovechado artículos previamente publicados o presentados en congresos y conferencias. Todos ellos han sido reelaborados significativamente por los autores. Los textos especializados cuya autoría recae en César Gamboa y que sirvieron de base son los siguientes:

“La Convemar y el Perú: ¿la constitución de los océanos o el contrato de privatización del mar de Grau?": texto publicado en *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales*. Palestra, DAR, TDA, año I, n° 1, abril de 2011.

“La Convemar y el Perú: ¿la constitución de los océanos o el contrato de privatización del mar de Grau?": texto publicado en *Revista Magistri et Doctores*. Unidad de Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, año VII, n° 3, diciembre de 2006.

“Los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Comunidad Andina (CAN)": texto publicado en *Aportes Andinos sobre Derechos Humanos. Investigaciones monográficas*. Universidad Andina Simón Bolívar/Agencia Suiza para la Cooperación y el Desarrollo - COSUDE/Unión Europea/Ediciones Abya Yala, Quito, 2005, 11-52.

“Los filtros electorales en el derecho decimonónico: órganos electorales y procedimiento electoral": texto publicado en Aljovín de Losada, Cristóbal y López, Sinesio (eds.). *Historia de las Elecciones en el Perú. Estudios sobre el gobierno representativo*. Instituto de Estudios Peruanos-IEP, Lima, 2005.

“Libertad vs. Identidad: fundamento jurídico de los derechos humanos colectivos": texto publicado (versión electrónica) en *Revista Aportes Andinos, Programa Andino de Derechos Humanos-Universidad Andina Simón Bolívar*, n° 11, octubre de 2004, 1-13.

“La periodificación electoral y las elecciones directas en el Perú decimonónico: tras los pasos de Jorge Basadre": texto publicado en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, vol. 60, n° 2, 2003.

“La periodificación electoral y las elecciones directas en el Perú decimonónico: tras los pasos de Jorge Basadre": texto publicado en *Revista Ius Et Veritas, Pontificia Universidad Católica del Perú*, XIII, n° 27, diciembre de 2003, 363-374.

“Aproximación teórica a los derechos colectivos de los pueblos indígenas": texto publicado en la *Revista Derecho & Sociedad*, Pontificia Universidad Católica del Perú, año XIV, n° 21, diciembre de 2003, 59-69.

- “Aproximación a los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas”: texto publicado (versión electrónica) en *Revista Jurídica Cajamarca, Universidad Nacional de Cajamarca*, n° 13, octubre 2003.
- “Los Derechos Humanos de Tercera Generación: Noción y Tratamiento de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas en la Comunidad Andina de Naciones (CAN)”: monografía presentada como investigación del I Curso de Especialización Superior en Derechos Humanos, Programa Andino de Derechos Humanos - Universidad Andina Simón Bolívar (Sede Ecuador) y financiada por el “Fondo de Investigaciones en Derechos Humanos” (2003) del PADH y la Agencia Suiza para la Cooperación y el Desarrollo (COSUDE). Se publicará próximamente (2004).
- “¿Excepciones al modelo electoral gaditano?: las elecciones directas en el Perú del siglo XIX”: texto publicado en *Revista Elecciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales*, año 2, n° 2, diciembre 2003, 169-200.
- “El carácter político de los derechos colectivos”: texto publicado en *Revista Cátedra, Universidad San Marcos*, año VI, n° 10, diciembre 2003, 117-128.
- “La Majestad del Estado y la Dignidad de la Persona según Hegel”: traducción y comentarios por César Leonidas Gamboa Balbín, publicado en *Revista de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, año 3, n° 4, junio 2001, 79-90.





LA DUALIDAD DISCURSIVA DEL DERECHO

Se terminó de imprimir en los talleres de  
Nauttica Media Design SAC  
Junio 2021



Foto: Rolando Mondragón/DAR

Con el apoyo de:

