

NUEVO

DERECHO

vol. 16 n° 27

Julio a diciembre de 2020

ISSN: 2011-4540

ISSN-e: 2500-672X

Nuevo Derecho
ISSNe 2500-672X

Institución Universitaria de Envigado, Colombia -
Grupo Auditorio Constitucional

Universidad Autónoma de Baja California, México
- Cuerpo Académico – Estado de Derecho y
Justicia (UABC-CA-247)

Rectora

Blanca Libia Echeverri Londoño,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Rector

Daniel Octavio Valdez Delgadillo,
Universidad Autónoma de Baja California, México

Decano Facultad Ciencias Jurídicas y Políticas

Gabriel Alonso Campuzano Cadavid,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

**Director Facultad Ciencias Administrativas y
Sociales**

Sergio Cruz Hernández,
Universidad Autónoma de Baja California, México

Editor

Andrés Felipe Roncancio,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Editora Asistente

Ivanna Calvete,
Institución Universitaria de Envigado

Editor Asociado

Dr. Miguel de Jesús Nería Gevoa,
*Universidad Autónoma de Baja California Facultad de
Ciencias Administrativas y Sociales, México*

Editor Invitado

Dr. Jose Luis Leal Espinoza
Universidad Autónoma de Coahuila, México

Comité Editorial

Rogelio López Sánchez,
Universidad Autónoma de Nuevo León, México

Michael Gustavo Núñez Torres,
Universidad Autónoma de Nuevo León, México

Pedro Caminos,
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Ana Luna Serrano,
*Centro de Estudios sobre la Enseñanza y Aprendizaje
del Derecho (CEEAD), México*

Dra. Karla Vega Ruiz,
Universidad de Guadalajara, México

Dr. Carlos Alberto Macedonio Hernández,
Universidad Autónoma de Yucatán, México

Tadeo Eduardo Hubbe Contreras,
Universidad de Guadalajara, México

Dr. Daniel Castaño Zapata,
Universidad de Medellín, Colombia

Luis Enrique Cárdenas Voges,
Universidad de Colima, México

Horacio Cerutti Guldberg,
Universidad Nacional Autónoma De México, México

Hernel Jhuiler Perea Bonilla,
Universidad Santiago de Cali, Colombia

Rafael Santa Cruz,
Universidad Autónoma del Estado de México, México

Dr. Fernando César Costa Xavier,
Universidade Federal de Roraima, Brasil

Director de Publicaciones

Jorge Hernando Restrepo Quirós,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Coordinadora de Publicaciones

Lina Marcela Patiño Olarte,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Corrección de estilo

Erika Tatiana Agudelo Olarte

Diseño y diagramación

Leonardo Sánchez Perea

Dirección y contacto

Cra. 27 B 39 A Sur 57 – Envigado, Colombia
Teléfono: + 57 4 3391010
nuevo.derecho@iue.edu.co

Nuevo Derecho se encuentra incluida en los siguientes
índice y base de datos:

- Lexbase
- Fuente Académica Premier de EBSCO
- VLEX
- Latindex
- Dialnet
- Leyex.info
- Actualidad Iberoamericana
- REBID

La responsabilidad de los artículos publicados en la
Revista Nuevo Derecho recae, de manera exclusiva, en
sus autores, y su contenido no refleja necesariamente el
criterio de la institución



Revista Nuevo Derecho por Institución Universitaria de
Envigado y la Universidad Autónoma de Baja California se
distribuye bajo la Licencia Creative Commons Atribución-
NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional

Contenido

Editorial

Dr. Jose Luis Leal Espinoza

Derecho a la información y protección de datos personales en el neoconstitucionalismo iberoamericano: abordaje principialista de la tutela efectiva desde la teoría de los derechos humanos

Daniel Javier de la Garza Montemayor
José Luis Leal Espinoza

Estudio crítico de la justicia penal y sistema de excepción en México

Rafael Santacruz Lima*

Reflexiones sobre el Estado de Derecho salvadoreño: ¿derechos sociales y democracia en grave riesgo?

Karla Georgina Martínez Herrera

Covid-19 e políticas anti-indigenistas no Brasil: o caso da adpf 709/df para o reconhecimento do direito de existir

Joana Silvia Mattia Debastiani
Liton Lanes Pilau Sobrinho
Cleide Calgaro

El Estado de derecho como valor fundamental de la unión europea

Alvaro A. Sánchez Bravo

Situación actual sobre la violencia política de género en México: Estereotipos que dificultan el derecho político de la mujer de acceder a cargos públicos

Rogelio López Sánchez

Editorial

Coordinar los trabajos de investigación y dirigir la línea editorial del presente número especial Julio-Diciembre 2020 de la prestigiosa revista Nuevo Derecho de la Universidad de Envigado, de la hermana República de Colombia, representa para un servidor un alto honor, satisfacción y sentido de la responsabilidad que, estoy convencido, ha generado los resultados de éxito que las investigadoras y los investigadores que participan en él han aportado para el análisis, discusión, retos, cuestionamiento y perspectivas en lo que respecta al fortalecimiento del estado de derecho, el impulso a los axiomas democráticos y la búsqueda de la tutela efectiva de los derechos fundamentales en la consolidación de un Estado social bajo los principios rectores de un constitucionalismo crítico, el cual ha sido sometido a prueba en estos últimos tiempos de pandemias sanitarias y su consecuente resistencia ante las adversidades económicas, de políticas públicas y de estado de bienestar en los próximos tiempos.

Por tal motivo, las investigaciones que se exponen en este número representan, con todo rigor científico, los posibles escenarios que el Estado constitucional y sus instrumentos democráticos deberán responder ante las nuevas hipótesis planteadas por el nuevo orden social, enmarcado de una nueva realidad que amenaza con vulnerar las categorías jurídicas construidas, así como los sistemas de defensa y protección de los derechos humanos.

El andamiaje constitucional que supone la construcción de un marco normativo en el que descansen los pilares de la tutela efectiva de los derechos humanos en pro de la justicia constitucional en lo general, y en la dignidad humana en lo particular, supone la teleología y objeto de esta investigación colectiva, que ha tenido como cauce la propuesta de un nuevo marco convencional que permita ampliar el punto de conexión que equilibra, en palabras del profesor Jürgen Habermas, “una tesis interna entre la noción moral de dignidad humana y la concepción jurídica de los derechos humanos, aunque esta solo se haya manifestado de manera explícita en el pasado reciente”.

A la luz y perspectiva de la tesis sostenida, la presente publicación sostiene planteada sostiene que, históricamente, la tutela y el garantismo efectivo de derechos humanos se han instaurado como el instrumento de control de constitucionalidad más importante dentro de nuestros sistemas jurídicos iberoamericanos.

En la actualidad, la hermenéutica ponderada de principios, es el medio para cuestionar la constitucionalidad de la actuación de toda autoridad del Estado, pero como bien se señala con toda claridad meridiana en este número, las instituciones jurídicas tradicionales, hoy en día, sobrepasan sus facultades dejando de cumplir con el presupuesto básico de la democracia, siendo la dignidad de la persona humana, racional y libre, garantizada a través de un catálogo de derechos, valores y principios tales como la libertad, la igualdad y la pluralidad, conforme a los principios rectores que enmarca la Declaración Universal de los Derechos Humanos en cuya teleología se encuentran

cimentadas las perspectivas de acceso, progresividad y justiciabilidad de los citados derechos, los cuales recobran una función central en los retos del constitucionalismo latinoamericano y su compromiso de mantener vigente la recepción de sus alcances e impactos en el sistema jurídico estructural en lo general, y en los valores democráticos que por antonomasia protege las libertades y derechos de las personas en lo particular, y en cuyo septuagésimo aniversario se encuentra vigente el debate de idoneidad en las estructuras normativas y en la eficacia de su aplicación en Iberoamérica.

Es de justicia reconocer que en los últimos años y gracias a un activismo judicial a nivel local e internacional, pero sobre todo a un activismo de organismos defensores y protectores de derechos humanos, quienes impulsados desde las plataformas ciudadanas, la academia y los organismos no gubernamentales pusieron el acento en lo que hoy los juristas consideramos el parteaguas del sistema jurídico con el nacimiento del nuevo paradigma de los derechos humanos como piedra angular no sólo de la constitución, sino de todo el tejido normativo que involucra a los actores e instituciones del Estado en todos sus fueros y, con ello, la consolidación de la justicia constitucional, las cuales se recogen en nuestros ordenamientos.

Estamos pues, en presencia de un nuevo hito en la forma de interpretar la constitución y sus leyes ordinarias; el esquema garantista reconocido hasta entonces obligaba a que un reducido núcleo de las entonces conocidas como garantías individuales fuesen dictaminadas por el Estado a través del Poder Legislativo, no obstante, en la actualidad, la totalidad de la carta fundamental y con ella todo el entramado jurídico de nuestro sistema atraviesa, necesariamente, un proceso de vigilancia constante y permanente para la actualización, progresividad y garantismo de los derechos; tal como lo señala el citado precepto constitucional invocado con anterioridad.

Confiamos en que en la fase de la discusión y debates legislativos, así como la previsible presentación de reservas por parte de las diputadas y los diputados, imperen los argumentos y el razonamiento encaminado a fortalecer el objeto de nuestro estudio, todo ello en la búsqueda permanente de hacer justificables los principios rectores de los sistemas ponderados de justicia constitucional que han razonado los tribunales constitucionales de nuestro entorno, así como las cortes internacionales, en estricto apego a la armonización a la teleología de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, objeto de la presente publicación colectiva, incidiendo en la adecuación y propuestas normativas, así como en el impacto interpretativo en el nuevo modelo de justicia constitucional.

Debo resaltar mi profundo agradecimiento a todas las colegas doctoras y los colegas doctores que han participado en esta edición especial en su calidad de eminentes investigadores e investigadoras en el mundo de la academia, y cuyas valiosas aportaciones ilustran los debates que los actores democráticos e institucionales deban discernir en el debate para la construcción de un marco que garantice los derechos al mínimo vital e inalienables conforme a las tesis que plantean el cambio de paradigma constitucional de nuestra época. En especial, mi profundo agradecimiento y reconocimiento a la Excelentísima Señora Rectora de la hermana Universidad de Envigado Blanca Echeverri Londoño, al ilustrísimo Señor Decano de la Facultad de Ciencias

jurídicas y Políticas Gabriel Alonso Campuzano Cadavid, así como a mi entrañable colega y amigo, el Dr. Andrés Felipe Roncancio Bedoya, Director Editorial, por la alta deferencia que han tenido con el de la voz y con quienes estoy convencido generaremos una alta sinergia que nos permita construir más espacios de diálogo académico y científico, teniendo como piedra angular este magnífico número que presentamos a toda la comunidad universitaria de Iberoamérica.

Dr. Jose Luis Leal Espinoza

Universidad Autónoma de Coahuila, México
Diciembre 2020

Derecho a la información y protección de datos personales en el neoconstitucionalismo iberoamericano: abordaje principialista de la tutela efectiva desde la teoría de los derechos humanos

Right to information and protection of personal data in Ibero-American neo-constitutionalism: A principled approach to effective protection from the theory of human rights

Daniel Javier de la Garza Montemayor¹
José Luis Leal Espinoza²

Recibido: 01/09/2020 – Aprobado: 05/10/2020 – Publicado: 30/11/2020

Resumen

El derecho a la información es uno de los derechos fundamentales consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En el mundo contemporáneo, en la era de la información, el acceso a ella se facilita como nunca en la historia, debido a que es posible transmitir datos de voz, texto y video en tiempo real. A pesar de la brecha digital que persiste en la región iberoamericana, es posible argumentar que esta se ha ido cerrando de manera paulatina en los últimos años. La digitalización de la interacción social, la educación y los servicios públicos y privados se han convertido en una realidad tangible, con una enorme repercusión económica, social y política. Pero, también, los datos personales se encuentran, como nunca en la historia, expuestos a ser utilizados con fines ajenos al consentimiento del usuario. En el presente artículo buscaremos describir algunas de las posibilidades y retos del derecho a la información y la protección a los datos personales. Igualmente, estudiaremos la manera en que ambos derechos deben ser protegidos por el constitucionalismo iberoamericano. El Estado mexicano no ha sido pionero en América Latina en protección de datos personales, ni existen en su territorio garantías lo suficientemente efectivas para disuadir a los traficantes de datos que todos los días manipulan y comercializan con ellos. No obstante, se han realizado los primeros intentos para transitar hacia un régimen más transparente, en el que el derecho de acceso a la información pública sea un peldaño para fortalecer el tan debilitado Estado democrático de derecho.

Palabras clave: derecho a la información, protección de datos, constitucionalismo, justicia constitucional, derechos humanos.

¹ Doctor en filosofía con orientación en ciencias políticas de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Profesor investigador de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Correo electrónico: daniel.delagazam@uanl.mx. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6962-9059>.

² Doctor en filosofía con especialidad en derecho constitucional y derechos fundamentales de la Universidad de Alicante, España. Catedrático investigador y vicedecano de investigación y posgrado de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Autónoma de Coahuila, México. Correo electrónico: jose.leal@uadec.edu.mx. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9072-0057>.

Abstract

The right to information is one of the fundamental rights enshrined in the Universal Declaration of Human Rights. In the contemporary world, access to information is easier than ever in history, because in the information age it is possible to transmit voice, text and video data in real time. Despite the digital divide that persists in the Ibero-American region, it is possible to argue that it has been gradually closed in recent years. The digitization of social interaction, education, and both public and private services has become a tangible reality, with enormous economic, social and political repercussions. In addition, personal data is like never before in history exposed to be used for purposes other than the user's consent. In this article, we will seek to describe some of the possibilities and challenges of the right to information and the protection of personal data. Also, the way in which both rights must be protected by Ibero-American constitutionalism. The Mexican State has not been a pioneer in Latin America in the protection of personal data, much less are there guarantees that are effective enough to deter data traffickers who manipulate and trade with them every day. However, the first attempts have been made to try to move towards a more transparent regime, where the right of access to public information is a steppingstone to strengthen the much weakened democratic rule of law.

Keywords: Right to information, Data Protection, Constitutionalism, Constitutional Justice Human Rights.

1. Introducción

El acceso a la información es un derecho fundamental que resulta indispensable en cualquier democracia contemporánea. Este es uno de los aspectos, según la obra de O'Donnell, Vargas e Iazzetta (2004), que se constituye como uno de los pilares fundamentales en cualquier *democracia de calidad*.

En este texto se pretende contribuir al debate académico en torno al derecho a la información en la era digital, así como verificar los mecanismos institucionales y jurídicos que se requieren para resguardar el derecho a la protección de información personal. Desde un punto de vista teórico, ambos derechos resultan compatibles en la medida en que uno de ellos pretende buscar transparentar las acciones de las autoridades, mientras que el otro tiene como objetivo garantizar la seguridad de los ciudadanos.

En un contexto en el que las plataformas digitales adquieren una mayor importancia, el acceso a la información sobre asuntos de carácter público resulta teóricamente más sencillo. Pero también existe el riesgo de la exposición de información de carácter personal que pueda vulnerar la seguridad de las personas. Por esa razón es importante diferenciar, tanto en términos conceptuales como jurídicos, la manera en que ambos derechos se relacionan. Esta interacción existe en cuanto a la garantía que tienen los ciudadanos a obtener información y en lo relativo a los límites que antepone el derecho a la protección de información personal (Tenorio, 2012). Esto implica, en términos generales, una tensión natural entre ambos derechos. Sin embargo, Díaz (2010) advertía

hace más de una década que el internet podría funcionar como una gran herramienta para expandir libertades, pero también podría eventualmente convertirse en un mecanismo que pusiera en riesgo otras.

Con el tiempo se ha formado un consenso: uno de los criterios que debe considerarse en la protección de datos es el consentimiento del titular de divulgar información de carácter personal (Nahabetián, 2015). Otro de los principios ampliamente aceptados es que el derecho a la información no debe entrar en conflicto con el derecho a la privacidad.

En este espacio se describirán los retos y oportunidades que existen sobre la materia en la era digital. También se argumentará sobre los derechos que han sido mencionados y sobre la protección constitucional que tienen en el contexto iberoamericano. Por último, en el texto se sugerirán algunas futuras líneas de investigación que pueden marcar una ruta en la profundización del estudio de ambos derechos en el contexto contemporáneo.

2. Era digital: retos y oportunidades

En la era digital nos encontramos inmersos en una realidad que ha cambiado de manera dramática la forma en que millones de ciudadanos interactúan. La digitalización de los servicios públicos y privados ha tenido un enorme efecto en la educación, en la política y en la economía. Este proceso tiene aspectos positivos, pero también algunos retos considerables. Sobre esto, Patroni (2013) señala que uno de los aspectos más notables es la consolidación del multiculturalismo, mientras que una de las asignaturas pendientes es contribuir a mejorar la educación para el mejor aprovechamiento de la tecnología.

En concordancia con lo anterior, cabe destacar que uno de los aspectos más notables de estos tiempos es la manera en la que fluye la información, casi sin restricciones. Es posible, en la actualidad, transmitir datos en formato de video, texto y sonido en tiempo real como habría sido inimaginable unos años atrás. No obstante, este es un proceso que ha sido asimilado de manera más sencilla por parte de las nuevas generaciones, por lo que desde inicios del siglo XXI Cortés (2006) recomendaba que se estableciera un proceso pedagógico que permitiera que el resto de la población tuviese la oportunidad de incorporar las nuevas tecnologías de la información y la comunicación a su vida diaria.

Pero también es importante anotar que, aun cuando los nuevos tiempos permitan el acceso a información de carácter público, eso no significa que el interés de los ciudadanos crezca en la misma proporción. Los resultados de una investigación de Gamboa, Martínez y Maass (2018) concluyeron que los jóvenes estudiantes de México (país que tiene a la comunidad virtual más grande de Iberoamérica) tienen acceso a varias fuentes de información, pero mantienen un consumo bajo de información sobre política.

En el presente, uno de los principales retos de la era de la información es que la tecnología se convierta en una herramienta útil para fortalecer el sistema democrático (Lin, 2019). Al respecto, Sangiovanni (2019) argumenta que es importante mantener el control democrático de las empresas y agencias que manejan plataformas digitales, de tal manera que su propósito sea el de servir a los intereses públicos, en vez de satisfacer las necesidades de los poderes fácticos.

En el tema de la transparencia, las instituciones gubernamentales cuentan con las plataformas digitales como un medio que permite transparentar información y, de esta manera, cumplir con el principio de transparencia. Esto se debe a que la información de interés público resulta más accesible a los ciudadanos que deseen consultar (Ávila, 2014).

En este proceso, la implicación cívica se convierte en un asunto prioritario, debido a que es la que se encuentra facultada para exigir una adecuada rendición de cuentas con base en la información que se encuentre disponible. De esta manera, resulta posible mejorar el ejercicio de gobierno con ayuda de las tecnologías de la información y la comunicación (Rodríguez, 2015).

Resulta pertinente argüir que, al igual que en el pasado, en el presente existen debates en torno a la tensión entre libertades civiles y restricciones por parte de la autoridad. Pero en este caso la controversia se centra entre aquellos que se oponen a cualquier tipo de restricción a la información que se transmite a través del internet y aquellos que argumentan a favor de una mayor regulación (Taddeo, 2015).

Aquellos que propugnan por un mayor control de los medios digitales se dividen, en general, en dos sectores: el de quienes argumentan que las restricciones deben estar dirigidas a grupos de la sociedad que puedan alterar la paz por medio de las plataformas digitales, y el de quienes argumentan que el enorme reto de las legislaciones modernas es salvaguardar la protección a la información personal (Brown y Buckler, 2017; Singer y Brooking 2019).

Un caso internacional que puso en el centro del debate público la exigencia por una mayor transparencia de los poderes públicos, en la misma medida en que se demandaba una protección a la información personal, fue el de la plataforma Wikileaks. Este portal de internet dio a conocer tanto excesos en el ejercicio del poder como actos de corrupción por parte de diversos gobiernos y entidades privadas (Quian y Elías, 2018).

Esta iniciativa contó con varios adherentes, quienes argumentaron que se trataba de una forma novedosa de transparentar los abusos de las autoridades. Por otro lado, las revelaciones de este portal también generaron una serie de críticas por parte de quienes argumentaban que, al exponer información que las autoridades pretendían fuera de carácter confidencial, se ponía en riesgo el resultado de estrategias que buscaban garantizar la seguridad de los ciudadanos, algo que también podría arriesgar la integridad de algunos civiles (Curran y Gibson, 2013).

En términos generales, es posible argüir que, en la actualidad, existen amplias oportunidades para garantizar el acceso a la información, es uno de los derechos fundamentales consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Sin embargo, en un mundo en el que la información personal queda registrada en el ciberespacio, es importante considerar que el derecho a la protección de los datos personales también puede ser vulnerado con relativa facilidad.

3. El derecho a la información en la era de la información

El derecho a la información, como se mencionaba antes, es una característica intrínseca de un sistema democrático. Esto implica que las instituciones deben garantizar este derecho, pero también es importante que se realicen las pertinentes reformas a los programas educativos que permitan que este elemento sea incorporado en la formación de los jóvenes universitarios, en especial de aquellos que estudien derecho (Marañón, 2014). Otro punto importante es el tema que está considerado dentro del ámbito de la ética y comunicación, por lo que tiene un carácter multidisciplinario (Del Campo-Lozano, 2014).

En cuanto al diseño institucional, Perlingeiro (2014) registraba hace poco más de un lustro que la mayoría de las constituciones en Latinoamérica no habían incorporado propiamente este derecho de manera expresa, pero algunos de sus preceptos centrales sí habían sido considerados en la legislación de distintos países. Al respecto, el investigador destaca que el mecanismo institucional que se utilice puede terminar por fracasar en la medida en que la institución no cuente con la debida autonomía.

Es justo reconocer que los retos del presente son inéditos, por lo que la legislación concreta que busque contribuir a garantizar este derecho y evitar que puedan vulnerarse otros, debe buscar corresponder a los principios generales y universales de justicia. Este no es un proceso tan sencillo, debido a que la tecnología ha evolucionado de una manera consistente (Del Moral, 2008).

La garantía del acceso a la información por parte de las autoridades se convierte en un elemento indispensable en la rendición de cuentas que caracteriza a una democracia contemporánea. Es un medio de control democrático, que posibilita una mejor gestión pública (Martínez, 2016). Esto se convierte en un mecanismo que mejora la rendición de cuentas en la administración pública, aun cuando, para que este derecho pueda garantizarse, se requiere de amplias reformas legales en todos los órdenes de gobierno (Rosales, 2013).

El resultado es posible en la medida en que existe participación ciudadana que complementa la información que facilitan las autoridades competentes. Pero esta relación también se produce de manera inversa: en la medida en que los ciudadanos se encuentran informados es posible facilitar su participación (Ceballos, 2010).

El internet se ha convertido en un medio indispensable para ampliar la información que se encuentra disponible a los ciudadanos. En este caso, cualquier usuario se puede

convertir potencialmente en un difusor de información (Rodríguez-López, 2012). Al respecto, como se ha mencionado antes, la *sociedad de la información* puede convertirse en una plataforma que permita a los ciudadanos ejercer sus derechos (como informarse, externar opiniones, entre otras actividades), aun existiendo la posibilidad de que los medios digitales puedan terminar por vulnerar la privacidad de los individuos (Rovaletti, 2010).

Cuando se considera este derecho, se debe tomar en cuenta que un componente fundamental es la veracidad. Dicho en otras palabras, este derecho no se cumple en la medida en que la información que se comparte resulta ser poco confiable. En su estudio, Chen (2018) argumenta que en la era de la información los educadores tienen el rol muy importante de capacitar a las nuevas generaciones para que puedan diferenciar la información que resulta apócrifa de aquella que tenga un buen sustento.

En el ámbito privado, cuando corresponde a los medios de información, Menéndez (1993) recomendaba un modelo en el que fundamentalmente se apele a la responsabilidad y a enfocarse en proporcionar información veraz y oportuna, argumentando que era importante analizar el modelo de comunicación inglés, que mantenía un enorme rigor de autocontrol.

Sobre este último tema, Navas-Sánchez (2019) destaca que es indispensable proteger la identidad de las fuentes periodísticas garantizando, con este principio, un refuerzo de la libertad de expresión de los periodistas y, en consecuencia, del derecho a la información de la sociedad en su conjunto. Por esa razón, se puede argüir que la libertad de expresión puede coexistir en perfecta armonía con la protección de información personal.

4. Protección de datos en la era digital

Unos 15 años atrás, Piñar Mañas (2005) reflexionaba sobre los retos de la sociedad contemporánea en materia de protección de datos. Esta reflexión escrita antes de la popularidad de las redes sociales virtuales advertía sobre los enormes riesgos que corrían los usuarios que diariamente se enviaban correos electrónicos y compartían información personal a través de sus cuentas. Lo que conllevaba un reto para las democracias modernas, ya que debían resguardar los datos personales que se compartían en internet con una velocidad inusitada.

Este proceso no hizo más que acelerarse desde entonces. En la medida en que hoy en día se puede transmitir información de manera inmediata como nunca en la historia, esto constituye tanto enormes oportunidades como riesgos. Por una parte, la digitalización permite potencializar estrategias comerciales que en el pasado habrían sido impensables, pero también significa que existe el peligro en torno a que la información personal sea utilizada de manera incorrecta (Lo Giudice, 2017).

Con base en lo anterior, es imprescindible que se unifiquen criterios entre los Estados que permitan la protección de este derecho. Sobre esto, Martínez-Martínez (2018) argu-

menta que el reglamento sobre la materia que apareció en 2018 en la Unión Europea puede constituir un camino en esa dirección para las naciones modernas. Es relevante destacar que este reglamento realiza una aportación importante en el tema de la protección a la información que involucre a los menores, que es el sector más vulnerable de la población (Azurmendi, 2018).

Por otro lado, también es importante señalar que los algoritmos, que permiten guardar información en las páginas web sobre los usuarios para después dirigir publicidad segmentada, deben alertar a sus usuarios de manera transparente sobre este proceso (Reyes-Rico, 2019). La utilización de información personal con objetivos desconocidos para los usuarios fue el centro del escándalo de Cambridge Analytics, que utilizó esos datos de quienes tenían cuentas en Facebook para beneficiar a la campaña de Donald Trump en las elecciones presidenciales de Estados Unidos en 2016 (Kaiser, 2019).

A pesar de que la protección de los datos personales se encuentra consagrada en el ordenamiento jurídico de varios países, esta resulta insuficiente. Con el fin de garantizar este derecho, Galvis y Salazar (2018) argumentan que los usuarios deben ser conscientes de la importancia de proteger su información personal cuando navegan en el ciberespacio, y sugieren que las empresas deben tomar medidas de autorregulación con el fin de que la información que reciban no termine por ser utilizada de manera incorrecta.

Sobre esta idea, Parraguez y Caldera (2016) consideran que es posible realizar los cambios pertinentes a la legislación, permitiendo garantizar que la información personal se encuentre protegida. Añaden que debe existir una colaboración estrecha entre el gobierno y el sector privado, que permita resultados tangibles en este propósito.

Sobre este mismo tema, los investigadores Ornelas Núñez e Higuera Pérez (2013) sugieren una autorregulación de las entidades que manejen información personal de los ciudadanos. Estos límites autoimpuestos deben corresponder a un estándar internacional. Después de todo, la interacción que acontece en la esfera pública virtual tiene un carácter internacional.

Por último es necesario destacar que, en cuanto a la protección de información personal en la época moderna, también existe el derecho al olvido. Este derecho implica que hay información que, una vez que cumple su propósito, debe eliminarse de la red. Por lo tanto, de aquella información que resulte perjudicial para una persona que busca la readaptación, puede solicitarse su eliminación (Puccinelli, 2016). Sobre todo, en el caso de que la información que se encuentre disponible en internet sea referente a un dato personal del pasado que pueda vulnerar el derecho a la privacidad en el presente (Franco y Quintanilla, 2020).

5. Garantías frente a particulares para la protección de datos en el derecho informático mexicano

Una de las situaciones preponderantes que sustentan esta investigación es el tratamiento argumentativo y ponderado de los medios de interpretación que el legislador estableció en la presentación de iniciativas que emanaron de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de particulares. Al respecto podemos citar que al momento de elaborar esta normativa existió plena conciencia sobre la extensión del derecho a la privacidad (especialmente el de la protección de datos personales). Asimismo, se destacan los principios básicos sobre los que está inspirada dicha legislación, que enunciaremos de manera breve según la misma exposición de motivos:

- Información: obligación de una persona física o moral de informar a los individuos de los propósitos para los que se recolecta información personal.
- Elección: asegura que los individuos sobre los que un tercero posea información puedan ejercer sus derechos sobre la misma.
- Transferencia: garantiza la capacidad de asegurar que la información no es transmitida fuera del control del responsable, sin salvaguardar sus derechos y manteniendo el mismo nivel de protección establecido cuando se recolectó.
- Seguridad: asegura que las entidades que tratan los datos personales de los individuos utilizan medidas razonables de seguridad de carácter físico, técnico y organizacional para salvaguardar la integridad de los datos.
- Integridad: asegura que la información que obre en posesión de un tercero es precisa, completa y actual, teniendo el derecho de rectificarla.
- Acceso: otorga a los individuos el derecho a conocer su información personal que obre en posesión de un tercero.
- Cumplimiento: busca que las personas que tratan datos personales cuenten con las estructuras necesarias para dar cumplimiento con la ley.
- Consentimiento: implica el derecho de una persona de permitir o no el uso de sus datos personales que obren en bases de datos de un tercero, así como poder solicitar su cancelación en dichas bases.

De acuerdo al razonamiento del profesor Tenorio (2012), los niveles de resistencia legislativa y su impacto en la aplicación de legislación y de creación jurisprudencial comparada por parte de los poderes públicos facultados para ello construyen y hacen efectivo uno de los principios fundamentales sobre el cual se erige dicha normativa: la “expectativa razonable de privacidad”, entendida como la confianza que deposita cualquier persona en otra con respecto a que los datos personales proporcionados entre ellos serán tratados conforme a lo que acordaron las partes en los términos establecidos en las leyes. Dicha acepción proviene del derecho anglosajón (*reasonable expectation of privacy*), específicamente de la jurisprudencia norteamericana. Su utilidad es

bastante común para los jueces de aquel país, y se emplea con la finalidad de determinar si ha existido alguna violación a la privacidad (Tenorio, 2012).

De acuerdo con la jurisprudencia americana, la expectativa razonable de privacidad es un test por medio del cual se define el alcance de la protección de la privacidad establecida por la Cuarta Enmienda. Para este efecto, existen dos expectativas: la objetiva y la subjetiva. La primera se refiere a expectativa razonable o legítima de privacidad generalmente reconocida por la sociedad; la segunda (subjetiva) se refiere a la opinión que una persona tiene sobre una cierta localización o situación que se considera privada, la cual varía según la persona (Martínez-Martínez, 2018). Las reglas que son utilizadas para interpretar la extensión y los límites del test referido han versado principalmente sobre casos criminales en los que los oficiales han lesionado el derecho a la privacidad, a través de la recolección de pruebas en lugares que, a primera vista, eran considerados públicos.

Por tanto, el espíritu de la reforma planteada a la citada Ley de Protección de Datos Personales desarrolla una novedosa interpretación respecto de la naturaleza de la consideración y tratamiento de lo que denominamos *datos públicos*, el cual según lo establece la fracción II, en su artículo 10, refiere que no se requerirá consentimiento cuando “los datos figuren en fuentes de acceso público, en “aquellas bases de datos cuya consulta pueda ser realizada por cualquier persona, sin más requisito que, en su caso, el pago de una contraprestación” (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2010, p. 4). El conflicto surge cuando no se define de manera certera qué debe entenderse por “fuentes de acceso público”, ya que la inicialmente la información pudo haberse otorgado para ciertos fines y posteriormente estos datos pudieron haberse desvirtuado de su propósito original.

En la misma línea argumentativa, la citada ley de protección de datos personales, expresamente en el capítulo X, hace referencia a las infracciones y sanciones que podrán ser impuestas a quien viole los contenidos del citado dispositivo. La categoría de “datos sensibles” provoca que se agrave la multa a imponer por la autoridad, incluso recurriendo a criterios jurisprudenciales del derecho alemán y español, al definir estos datos como aquellos que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud presente y futuro, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, afiliación sindical, opiniones políticas, preferencia sexual. No obstante lo anterior, esta ley no especifica el procedimiento de reparación del daño en contra de las personas que resulten afectadas con la utilización indebida de sus datos personales, situación que sería vista a través de un proceso civil.

En consecuencia, el principio que atomiza e impulsa los diversos razonamientos jurisprudenciales e inspiran la construcción de políticas orientadas que permitan interpretar sobre los alcances y restricciones al derecho fundamental de protección de datos es, sin duda alguna, la asunción del principio de proporcionalidad. En ese sentido, es menester remitirnos a los preceptos 12 y 13, de la Ley de Protección de Datos Personales:

Artículo 12. El tratamiento de datos personales deberá limitarse al cumplimiento de las finalidades previstas en el aviso de privacidad. Si el responsable pretende tratar los datos para un fin distinto que no resulte compatible o análogo a los fines establecidos en aviso de privacidad, se requerirá obtener nuevamente el consentimiento del titular.

Artículo 13. El tratamiento de datos de carácter personal será el que resulte necesario, adecuado y relevante en relación con las finalidades previstas en el Aviso de Privacidad. En particular para datos personales sensibles, el responsable deberá realizar esfuerzos razonables para limitar el periodo de tratamiento de los mismos a efecto de que sea el mínimo indispensable (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2010, pp. 4-5).

Aunque en estos artículos citados no se dice nada de manera expresa sobre el principio de proporcionalidad, en el dictamen realizado por la Comisión de Gobernación se advierte la vinculación que el legislador hizo entre el principio de finalidad y el de proporcionalidad. Sobre este punto pueden leerse los comentarios realizados a los numerales enunciados en la Gaceta Parlamentaria (2010).

Pasando ahora al principio de proporcionalidad, es menester mencionar que se encuentra directamente relacionado con el de finalidad. La exigencia al responsable de únicamente tratar datos proporcionales relativos a la finalidad para la que se obtuvieron ha sido analizada por los distintos derechos regionales o nacionales desde dos perspectivas distintas, aunque complementarias: por una parte, los datos solo deberán ser los adecuados o necesarios para la finalidad que justifica el tratamiento (principio de proporcionalidad en sentido estricto); por otra, quien procede al tratamiento de los datos deberá analizar las finalidades que justifican el tratamiento, de modo que solo deberá tratar la mínima cantidad de información necesaria para conseguir la finalidad perseguida (principio de minimización).

De acuerdo con lo anterior, la resolución de conflictos futuros entre el procesamiento, posesión y manejo de datos personales, y el derecho a la privacidad (protección de datos), podría ser resuelta conforme a los criterios o test que hemos enunciado en este apartado. Es decir, a través de un sencillo examen que nos brinda el derecho y la jurisprudencia comparados (y que han sido recogidos por el legislador en esta ley), analizando la expectativa razonable de privacidad que se tiene sobre la información brindada por un particular hacia otra persona, precisando además la finalidad para la cual fue proporcionada dicha información desde un principio, y determinando hasta dónde resultan adecuados y necesarios los datos proporcionados para el fin que se persigue — principio de proporcionalidad— (López y Leal, 2018).

6. Conclusiones

Los elementos fundantes que han caracterizado los distintos movimientos socio-democráticos de sociedades elípticas, cuya característica esencial expresa una creciente manifestación y exigencia en la apertura de los cánones de la información y la defensa de la tutela efectiva de su protección, radican en el equilibrio de instituciones del Estado

vigorosas y con una capacidad de mimetizarse con las coyunturas legales y convencionales que demandan los tiempos modernos.

Es ilustrativo que las democracias más avanzadas del orbe, en estricta línea comparada con los países iberoamericanos, en los últimos años desarrollaran instrumentos, mecanismos, marcos normativos, organismos autónomos, fiscalías y tribunales especiales que permitiesen garantizar de manera eficaz el espíritu que circunscribe la naturaleza del conocimiento de lo público para todas y todos los gobernados. No obstante, dicha tesis encuentra su principal obstáculo en la propia némesis de la información como derecho universal, progresivo, tutelable, e interdisciplinario, como lo es la falta de cultura democrática y el grave déficit de compromiso con la legalidad que aún impera en nuestra región latinoamericana y que difícilmente podría encontrar solución con la asunción de complejos modelos de constitucionalismo orgánico, que tiene como premisa la regulación de las normas orientadas a dicho fin, pero con un fuerte desapego de legitimidad del ente soberano y, peor aún, de los actores constitucionales invocados para ello.

Conforme a los principios que sustentan la teoría de la justicia constitucional per se, se involucran la resolución y construcción de figuras jurídicas orientadas a la defensa efectiva del citado derecho de información, toda vez que, como resultado de una línea de reconocimiento de un Estado democrático —el cual inicia su recorrido en un Estado fuerte de derecho, suscribiendo el constitucionalismo incierto en sus instituciones, y desemboca en la citada justicia constitucional— se hace necesario todo un diseño teleológico legislativo que se actualice y armonice en los procesos decisorios que, a modo de precedente, ejerzan los organismos públicos autónomos y la judicatura, tanto en el fuero local como el federal.

En sintonía con la teoría universal de los derechos humanos, sus sistemas universales y regionales de defensa y protección, así como con sus elementos procedimentales enmarcados en el derecho internacional humanitario y en los pactos, protocolos y tratados internacionales que engloban los medios de control convencional que señala nuestra carta fundamental, este derecho a la información debe significarse como el corolario de un proceso hermenéutico y ponderado de la aplicación de los citados principios, a través de la interpretación conforme que reconozca y desarrolle el Estado mexicano a través de las instituciones que consagran el estado de derecho. Sin embargo, el déficit conceptual, y por tanto teleológico, continuará generando una profunda brecha de desigualdad entre su utilidad práctica y los efectos expansivos que la revisten en el más estricto sentido de su dogma.

Los axiomas constitucionales se consideran la materia prima con la que la constitución debe considerarse como un método de orientación, guía y medida de todo el andamiaje jurídico-epistémico y jurídico-formal. La justicia constitucional en un auténtico Estado social, democrático y de derecho no puede desvincular el ejercicio pleno de un derecho aislado, sin el estricto mecanismo que armonice los efectos de su eficaz o negligente aplicación, ya que una sociedad se opaca con instituciones oscuras y cuyos resultados previsiblemente corruptos no podrían constituirse en parangón de un nuevo paradigma del derecho fundamental a la información en Iberoamérica.

El derecho a la información y su eficacia convencional, a través de la justicia constitucional iberoamericana, ofrece sin duda una serie de desafíos y cuestionamientos que, desde la academia, debemos plantearnos, lo que sin duda permitirá estructurar un óptimo diagnóstico en la búsqueda de establecer resistencias constitucionales para su difusión y progresiva aplicación en el marco nacional e internacional.

7. Referencias

- Ávila, D. (2014). El uso de las tics en el entorno de la nueva gestión pública mexicana. *Andamios. Revista de Investigación Social*, 11(24), 263-284.
- Azurmendi, A. (2018). Derechos digitales de los menores y datos masivos. Reglamento europeo de protección de datos de 2016 y la Coppa de Estados Unidos. *El profesional de la información*, 27(1), 27-35. <https://doi.org/10.3145/epi.2018.ene.03>
- Brown, B. y Buckler, B. (2017) Pondering personal privacy: a pragmatic approach to the Fourth Amendment protection of privacy in the information age. *Contemporary Justice Review*, 20(2), 227-254. [10.1080/10282580.2017.1311193](https://doi.org/10.1080/10282580.2017.1311193)
- Ceballos, E. (2010). Desarrollo constitucional del derecho de acceso a la información pública. *Revista Provincia*, (24),111-126.
- Chen, X. (2018). Calling Out Fake News on Social Media: A Comparison of Literature in Librarianship and Journalism. *Internet Reference Services Quarterly*, 23(1/2),1-13. [10.1080/10875301.2018.1518284](https://doi.org/10.1080/10875301.2018.1518284).
- Cortés, E. (2006). La fluidez de la información en la era digital, *Chasqui: Revista Latinoamericana de Comunicación*, (93), 74-79.
- Curran, G. y Gibson, M. (2013). WikiLeaks, Anarchism and Technologies of Dissent. *Antipode*, 45(2), 294–314. [10.1111/j.1467-8330.2012.01009.x](https://doi.org/10.1111/j.1467-8330.2012.01009.x).
- Del Campo-Lozano, J. (2014.) La ética y el derecho de la información: ¿las dos caras de una misma moneda? *Palabra Clave*, 17(1), 132-151.
- Del Moral, A. (2008). Derecho a un juicio público, libertad de información y derechos al honor ya la vida privada: relaciones, conflictos, interferencias. *Persona y Derecho*, 59, 253-293.
- Díaz, F. (2010). Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas dimensiones de los derechos fundamentales. *Pensamiento Constitucional*, 14(14), 33-97.
- Franco, D. y Quintanilla, A. (2020). La protección de datos personales y el derecho al olvido en el Perú. A propósito de los estándares internacionales del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos. *Derecho PUCP*, (84), 271-299. <https://doi.org/10.18800/derecho-pucp.202001.009>.
- Galvis, L. y Salazar, R. (2018). Alcance del derecho al olvido en el tratamiento de datos personales en Colombia. *Revista Verba Iuris*, 14(41), 45-63.
- Gamboa, A, Martínez, N. y Maass, M. (2018). Estudiantes en la era digital: Aproximación a la estructura del perfil cultural de información, comunicación y conocimiento. *Estudios sobre las Culturas Contemporáneas*, 24(47),41-64.

- Kaiser, B. (2019). *Targeted: The Cambridge Analytica Whistleblower's Inside Story of How Big Data, Trump, and Facebook Broke Democracy and How It Can Happen Again*. Nueva York: Harper.
- Lin, C. (2019). The Challenge of Information and Communication Divides in the Age of Disruptive Technology, *Journal of Broadcasting & Electronic Media*, 63(4), 587-594. 10.1080/08838151.2019.1699677.
- Lo Giudice, M. (2017). Datos empresarios, protección en la actual sociedad de la información: una visión argentina. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, (17), 3-20. <http://dx.doi.org/10.15425/redecom.17.2017.06>.
- López, R. y Leal, J. L. (2018) *Derecho a la información y datos personales en México: una visión comparada con el Sistema Interamericano y Europeo de derechos humanos*. Madrid: Dykinson.
- Marañón, C. (2014). La formación jurídica del periodista en España: una necesidad para satisfacer el Derecho de la Información y el Derecho a la Información. *REDU. Revista de Docencia Universitaria*, 12(3), 201-223, <https://doi.org/10.4995/redu.2014.5497>
- Martínez, J. (2016) Transparencia y derecho a la información pública en México. Avances, retos y perspectivas *El Cotidiano*, (198), 14-26.
- Martínez-Martínez, D. (2018). Unification of personal data protection in the European Union: Challenges and implications. *El profesional de la información*, 27(1), 185-194. <https://doi.org/10.3145/epi.2018.ene.17>.
- Menéndez, M.(1993). Derecho a la información y autocontrol: los límites profesionales a la libertad de expresión, *Comunicación y sociedad*, 6(1), 189-196.
- México. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (2010 *Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP)* vigente. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>
- México. Gaceta Parlamentaria. (13 de abril de 2010). Dictamen de la Comisión De Gobernación, con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares; y se reforman los artículos 3, fracciones II y VII, y 33, así como la denominación del capítulo II del título segundo de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Gaceta Parlamentaria No. 2987- VI. México, D.F.
- Nahabetián, L. (2015). Tensión entre el derecho a la privacidad y derecho a la libertad de información. Un análisis desde la responsabilidad civil. *Revista de Derecho. Segunda época*, 10(11), 179-210.
- Navas-Sánchez, M.(2019). Libertad de prensa y derecho de los periodistas a mantener la confidencialidad de sus fuentes de información. *El profesional de la información*, 28(4), 1-13. <https://doi.org/10.3145/epi.2019.jul.21>
- O'Donnell, G., Vargas, J. Iazzetta, O. (2004). *The Quality of Democracy: Theory and Applications*. Notre Dame: The University of Notre Dame Press.
- Ornelas Núñez, L. y Higuera Pérez, M. (2013). La autorregulación en materia de protección de datos personales: la vía hacia una protección global. *Revista de derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías*, (9),1-30.

- Parraguez, L. y Caldera, E. (2016). Cyber Security and Habeas Data: The Latin American Response to Information Security and Data Protection. *Oasis*, (24), 109-128. <http://dx.doi.org/10.18601/16577558.n24.07>.
- Patroni, A.(2013). Luces y Sombras en la información de la era digital. *Cultura*, (27), 65-83.
- Perlingeiro, R. (2014). La codificación del Derecho de acceso a la información en América Latina. *Revista De Derecho*, (10), 157-180. <https://doi.org/10.22235/rd.v0i10.739>
- Piñar, J. (2005). Reflexiones sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales. *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, (12), 7-17.
- Puccinelli, O. (2016). El «derecho al olvido» en el derecho a la protección de datos. Con especial referencia a su vigencia en Internet. *Pensamiento Constitucional*, 21(21), 235-251.
- Quian, A. y Elías, C. (2018). Strategies and Reasons for the Impact of WikiLeaks on World Public Opinion. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (162), 91-110. <http://dx.doi.org/10.5477/cis/reis.162.91>.
- Reyes-Rico, L. (2019) La compraventa programática de publicidad comportamental online y sus implicaciones en materia de protección de datos, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (52), 109-115.
- Rodríguez, M. (2015). The influence of political factors in policymakers' perceptions on the implementation of Web 2.0 technologies for citizen participation and knowledge sharing in public sector delivery. *Information Polity*, 20(2,3), 199-200.
- Rodríguez-López, M. (2012) Códigos tipo: derecho a la información y protección de datos personales. *El profesional de la información*, 21(5), 509-513. <http://dx.doi.org/10.3145/epi.2012.sep.10>
- Rosales, M. (2013). El derecho a la información pública en México. *Revista de Derecho Público*, (30), 4-21.
- Rovaletti, M. (2010). Derechos humanos, sociedad de la información y sociedad de riesgo. *Acta bioethica*, 16(2), 174-179. <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2010000200010>
- Sangiovanni, A. (2019). Democratic Control of Information in the Age of Surveillance. *Journal of Applied Philosophy*, 36(2), 212-216. <https://doi.org/10.1111/japp.12363>
- Singer, P. W. y Brooking, E. T. (2018). *LikeWar: The Weaponization of Social Media*. Boston: Houghton Mifflin Harcourt
- Taddeo, M. (2015). The *Struggle Between Liberties and Authorities* in the Information Age. *Sci Eng Ethics*, (21), 1125-1138. <https://doi.org/10.1007/s11948-014-9586-0>.
- Tenorio, M. (2012). Del derecho al acceso a la información al derecho a la protección de datos, el caso mexicano. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, (7), 1-20.

Estudio crítico de la justicia penal y sistema de excepción en México

Critical study of the criminal justice and exception system in Mexico

Rafael Santacruz Lima^{1*}

Recibido: 17/09/2020 – Aceptado: 05/10/2020 – Publicado: 30/11/2020

Resumen

En el presente trabajo de investigación se realiza un estudio que parte de la idea de que el sistema de justicia penal en México ha desarrollado tres subsistemas diferentes: sistema acusatorio, medios alternos de solución de controversias y sistema de excepción. Se abordará aquí el estudio analítico del sistema penal de excepción, que de manera descriptiva ha sido incorporado en el texto constitucional y en las normas secundarias, cuyas características ponen en contradicción al sistema acusatorio, por enunciar de manera operativa e invasiva ciertas figuras jurídicas que buscan restringir y limitar derechos fundamentales de las partes en el enjuiciamiento criminal, generando con ello una serie de cuestionamientos que ponen en evidencia que la justicia penal en México no es del todo garantista. Por lo tanto, siguiendo los postulados de los sistemas democráticos de otorgar un máximo de seguridad jurídica en el proceso penal, podemos establecer que el sistema penal de excepción está lejos de ser un sistema que vaya de la mano con el Estado constitucional; por el contrario, con sus características, elementos y funciones se asemeja más al aspecto operativo de un Estado autoritario e inquisitivo.

Palabras clave: crítica, sistema, excepción, justicia penal.

¹ Doctor en derecho, profesor-investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEMex). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores SNI-Conacyt (Nivel 1). Correo electrónico: rsantacruz1@uaemex.mx.

Abstract

This research work seeks to carry out a study based on the idea that the criminal justice system in Mexico has developed three different systems in criminal justice, an accusatory system, alternative means of dispute resolution and an exception system. That is why it is worth studying and addressing one of the previous classifications presented by criminal justice in Mexico, the exceptional criminal system, which has been descriptively incorporated into the constitutional text, and secondary norms, whose characteristics put into contradiction to the accusatory system, for enunciating in an operative and invasive way certain legal figures that seek to restrict and limit the fundamental rights of the parties in the criminal prosecution, thereby generating a series of questions that show that criminal justice in Mexico is not of the all guarantor. Therefore, and following the postulates of democratic systems, of granting a maximum of legal security in the criminal process, we can establish that the exceptional criminal system is far from being a system that goes hand in hand with the Constitutional State, for on the contrary, with its characteristics, elements and functions, it is more similar to the operational aspect of an authoritarian and inquisitive state.

Keywords: Criticism, system, exception, criminal justice.

1. Introducción

El 18 de junio de 2008 se dio la reforma en materia de justicia penal y seguridad pública en México, y se estableció todo un sistema procesal penal moderno, en el que la justicia penal desarrolla un rostro humano, denominado acusatorio, con tendencia adversarial. La reforma de 2008 establece una política de Estado en la solución del conflicto generado por el delito, y estipula subsistemas alternativos de justicia; uno de ellos, el sistema penal de excepción (Santacruz, 2015).

En ese tenor de ideas, la participación del Estado, y su intervención en la justicia penal a partir de 2008 se da a través de una ligera alteración de las fuentes de legitimación, que consiste en la asunción de la emergencia o excepción, como justificación política del cambio de paradigma o, si se prefiere, del cambio de las reglas del *ius puniendi* mexicano. Las reglas, a las que me quiero referir, son las del sistema de excepción, establecidas en la constitución de manera invasora, en especial cuando se trata de delincuencia organizada o delitos graves, que denotan una clara contraposición a los principios y garantías procesales del sistema penal acusatorio (Santacruz, 2015).

En tal sentido, puedo afirmar que la legitimación del sistema penal de excepción se basa más en una razón de estado, o política, que en una razón jurídica o argumentativa, y por ello me surge la siguiente pregunta de investigación: ¿existe en la justicia penal en México un sistema penal de excepción que, paralelo al sistema penal acusatorio, se aplica con el objetivo de buscar el orden social y la seguridad pública de los ciudadanos, pero que en su ejecución genera una vulneración y restricción de derechos fundamentales de la población?

2. Razón de Estado o monopolio legítimo de la fuerza institucional

El gran politólogo alemán Max Weber (1994) no concibe al Estado como una simple organización política depositaria de fuerza y coacción. Los ciudadanos obedecen las órdenes y normas del Estado no solo por miedo al castigo o posibles sanciones jurídicas o administrativas, sino porque lo consideran una autoridad legítima. Se establece que la autoridad requiere de un nivel considerable de obediencia voluntaria, por este motivo toda autoridad se reviste de este apoyo o sustento de legitimidad. Por lo tanto, Weber estableció la clasificación de tres formas históricas de poder político y legitimidad del poder, aunque en la realidad empírica se dan como formas impuras y mezcladas de poder político (Weber, 1994)

Podemos describir las tres formas identificadas por Weber así. La primera consiste en la *legitimidad tradicional* basada en la tradición, la costumbre, la creencia en las instituciones y el reconocimiento de las personas que la representan, se fundamenta en un tipo de poder legitimado por la continuación y ampliación de la tradición. Una autoridad arbitraria y tiránica podría basar su legitimidad en este modo tradicional de poder político; por mucho tiempo ha sido ejercida por los patriarcas (Weber, 1994) La segunda es la *legitimidad carismática*, según la cual una persona individual es reconocida como líder y jefe por sus cualidades ejemplares, acciones, heroísmo (carisma). La autoridad carismática fue ejercida por los profetas en la larga historia del pueblo de Israel, pero también por los jefes guerreros elegidos o gobernantes plebiscitarios. En este sentido, podemos considerar a Adolf Hitler como el prototipo de líder carismático secular que apareció en la escena política de 1930 y llevó a Europa hacia el desastre de la Segunda Guerra Mundial (Weber, 1994). La tercera forma es la *legitimidad legal-racional* (democrática) basada en un conjunto de leyes que configuran la legalidad establecida (constitución) y que dan poder y autoridad a los gobiernos nombrados conforme a un procedimiento democrático.

Entender la diferencia entre los distintos modelos del poder político es el punto de partida para estudiar y analizar las características de los tipos de autoridad, y para mostrar que si bien el papel de los dos primeros tipos de legitimidad (carismática y tradicional) ha sido muy importante en la historia, se relaciona con modelos de poder político muy inestables que tienden a perder credibilidad, mientras que la tercera forma de legitimidad (legal y racional) tiende más a la estabilidad institucional y política y se impone y extiende como un modelo de organización política en Occidente (Weber, 1989).

Con el transcurso de los años se han estudiado dos vertientes del derecho muy importantes: el positivismo, por un lado, y, por el otro, el realismo jurídico (Díaz, 1984); vertiente, esta última, según la cual la subordinación a las normas jurídicas se deriva de los instrumentos que fuerzan a cumplirlas. Por lo tanto, la responsabilidad política de acatamiento a las leyes es incondicional y absoluta, mientras que para una postura democrática la obligación de cumplir con las leyes se dará por consentimiento libre y voluntario de los ciudadanos, a través de los procedimientos formales (Aguilera, 2015)

En tal sentido, la responsabilidad política es relativa, pues depende del respeto al conjunto de principios y derechos fundamentales de los ciudadanos (Aguilera, 2015)

a responsabilidad política, en este caso, es fundamental y trascendental, por ello la forma legal de autoridad se convierte en la forma normal y legítima en la que actúa el Estado en Occidente. En este sentido, es importante que la ley la administre un personal profesional que tenga experiencia en la aplicación racional de medios para lograr fines. La burocracia se convierte, según Weber, en la forma concreta de todo tipo de ideal racional-legal de autoridad legitimada que aparece en el Occidente.

Por lo tanto, la razón del Estado consiste en un conjunto de técnicas cuyo objetivo es la conservación política, la conservación de la autoridad y la producción de la disciplina; asegurar la obediencia (Maresca, 2005), el respeto de la teología política. La cultura de la razón de Estado es anterior teóricamente a la cultura del leviatán (o del contrato social). La razón del Estado no entiende de consenso democrático o derechos fundamentales, ni de contrato social, sino del uso de la fuerza para implantar un orden.

Esto me lleva a establecer que con la razón de Estado se pone en marcha una retórica y práctica de la “defensa de la nación” y la “protección del Estado”. Asegurar una tranquilidad institucional, y no la desvinculación y desintegración de la sociedad, aun generando la desconfianza pública de un estrato de la población que día con día se ve cada vez menos beneficiada por los mecanismos de protección y nexos jurídicos y políticos que deberían tener (Bergman, 2009)

Los efectos que puede llegar a ocasionar esta deslegitimación social, unido a la falta de legitimidad de las instituciones públicas (Althusser, 1974) formales integrantes del Estado son más destructivos e insidiosos que los que cualquier “delito” pueda ocasionar al mismo Estado. La derogación del derecho, o de los derechos si se prefiere, es el núcleo esencial de la doctrina de la razón de Estado, sencillamente porque revela su verdadera función, que no es otra que la de habilitar a los gobernantes como criminales irresponsables (Maresca, 2005)

Así las cosas, en los Estados modernos, el recurso público de la seguridad llega a ser un objeto significativo (en algunos casos incluso el principal) de intercambio político entre electores y electos, entre opinión pública y sistema de la política. Y en esto quizás es posible asimilar un nuevo modelo de democratización de la política, bien sea en el sentido nuevo ofrecido por la democracia de opinión, como bien lo sugieren.

Por ello, uno de los grandes problemas que se enfrentan es la inflación del sistema penal, porque comienza a ser un elemento que pone en jaque la representación y legitimidad del Estado constitucional. En la democracia la mayoría de razón, la opinión pública, pone en evidencia la interpretación emocional del sujeto bajo sus más elementales emociones: miedo y rencor. De ahí que la forma de legitimación, por medio del discurso político, aspire a buscar una coherencia sobre las emociones, de las cuales se puede percibir el sistema de la coacción a través de la realidad y de los sentidos.

Así las cosas, gran parte de las reformas de la justicia penal en México buscan tener una razón de Estado y no una razón jurídica, porque las reformas son tomadas como respuestas a la inquietud social de seguridad. Por ello, y para no generalizar, en el aspecto operativo de la justicia penal, esas formas de razón de Estado, que no protegen

y que vulneran derechos humanos, las puedo denominar, desde esta perspectiva, sistema penal de excepción.

3. El sistema penal de excepción

La interpretación de la excepción establece los conceptos que definen el derecho y el poder; mientras que el discurso que construye el proyecto de estado de derecho está diseñado para las nociones orientadas a controlar a los poderes a través de las normas (Santacruz, 2015). La emergencia o excepción solo es el momento que provocan ciertas situaciones críticas; es el punto de fractura antes de la bifurcación porque se presenta como un umbral de indeterminación entre democracia y absolutismo (Agamben, 2003).

Por lo tanto, las modificaciones del origen que permite desarrollar la justicia penal con un rostro humano han consistido precisamente en la incorporación de la emergencia o, mejor dicho, del sistema penal de excepción (antiterrorista, antimafia o anti-camorra) como justificación política de la ruptura o, si se prefiere, del cambio dentro del enjuiciamiento y funcionamiento del derecho penal (Ferrajoli, 2001^a).

En tal sentido, la concepción de la emergencia, o denominado por un servidor como sistema penal de excepción, no es otra que la idea de la razón de Estado, si es que puede existir la razonabilidad en la voluntad que vulnera y restringe derechos, sobre la razón jurídica como criterio lingüístico del derecho y proceso penal, aunque sea en situaciones excepcionales como la creada por el terrorismo político o por otras formas de delincuencia organizada (Santacruz, 2015).

Así pues, un sistema de excepción se traduce en un principio normativo de intervención punitiva, no ya no en el plano jurídico sino inmediatamente político, no ya subordinado a principios de la justicia penal, como sistema de vínculos y de garantías, sino en plano del gobierno y las instituciones. En ese tenor de ideas, en el sistema penal de excepción, la ley suprema, en este caso la Constitución, a la que han de plegarse todas las demás, incorpora ciertas reglas que legitiman la participación de las instituciones y de sus actos (Santacruz, 2015)

El sistema de excepción suele formar, entonces, el origen de una legitimación externa de gran parte de toda práctica judicial, cuya función sea aplicar reglas ordinarias. En tal sentido, la actividad jurisdiccional, con un enfoque de excepción, resulta de gran complejidad por la importancia que tiene desarrollar sentencias que tengan un arsenal argumentativo que busque el respeto y la garantía de derechos fundamentales, toda vez que genera una confrontación política con la jurídica.

De tal manera, el derecho penal de excepción establece dos finalidades. En primer lugar, la legislación de que hace una enunciación de reglas en la Constitución y, por tanto, el cambio legal de principios; y en segundo lugar, la jurisdicción de excepción, alterada por la misma legalidad alterada. Lo anterior nos sugiere que están conectadas entre sí, e indica a distintos niveles una crisis del derecho penal, tal y como resulta de la creciente contradicción entre un deber ser normativo y el ser efectivo (Santacruz, 2015),

La represión de la delincuencia organizada ha requerido en los años pasados procesos difíciles, en los que los actos autoritarios eran mayores que en los ordinarios, abriéndose la puerta además a las injusticias involuntarias. De tal manera que una regulación dentro de la Constitución y en las normas secundarias hace que se legitimen ciertas injusticias.

Por lo tanto, existen ciertos elementos del derecho penal de excepción, como por ejemplo la inflación legislativa penal, los procesos en exceso (Santacruz, 2015) la apertura de macro-investigaciones contra centenares de imputados, mediante redadas masivas basadas en frágiles indicios como actos de instrucción iniciales y prejudiciales, que han causado una estigmatización muy fuerte y discriminatoria por parte del ius puniendi (Zaffaroni, 2007)

Así, podemos decir que el derecho penal moderno establece el resurgimiento del punitivismo, cuya característica se asemeja al derecho penal del enemigo (Jakobs y Meliá 2003). Por ello, el sistema penal de excepción solo puede ser concebido como instrumento para atacar situaciones extremas o de conflicto, que pongan en jaque el orden social de todo Estado, cuyas características deben ser claramente identificadas, como por ejemplo: “El sistema penal adelanta la punibilidad sobre un hecho futuro, en segundo lugar, las penas son desproporcionalmente altas. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas e incluso suprimidas” (Jakobs y Meliá 2003, p. 21).

Así las cosas, al verse afectados los derechos de los ciudadanos, el estado a través del sistema penal de excepción se faculta para establecer hasta qué medida será necesario limitar o restringir ciertos derechos, para ejercer el poder del Estado. De este modo, el Estado constitucional de derecho pierde su funcionamiento, toda vez que el poder punitivo del Estado da un trato que no se corresponde con el respeto a los derechos humanos, sino que genera una clasificación discriminatoria, denominando a los sujetos *entes peligrosos*.

Por lo tanto, la ley del derecho penal del enemigo es la excepción en los Estados de derecho, porque designa casos de especial peligrosidad en los que la seguridad pierde cierta legitimidad en la vigencia de la norma, esto es, la seguridad se ve amenazada al igual que la legitimidad de las normas, esto es, los denominados entes peligrosos ponen en riesgo el ordenamiento jurídico, generando un clima de inseguridad ante los demás ciudadanos y para el Estado (Polainos-Orts, 2008). Si ciertas normas se refieren estrictamente a esos supuestos de peligrosidad, el sistema de excepción debe ser visto y asumido como un mecanismo para el mantenimiento de la seguridad pública y la confianza de los ciudadanos, siempre que dicho mecanismo no implique que el orden social y la seguridad pública van a estar por encima de los derechos humanos, pues se debilitaría el Estado de derecho.

En esa idea, si el sujeto no cumple con lo establecido por el derecho penal, especialmente por la norma jurídica, entonces se despersonaliza parcialmente, siendo tratado por el ordenamiento jurídico como un enemigo y no como un ciudadano. Por lo tanto, se interpreta como riesgosa su falta de subordinación, es decir, como un peligro para la garantía mínima de respeto de la estructura social y de la norma.

Se debe llamar a lo anteriormente descrito sistema penal de excepción, un sistema penal sui generis por la forma como son vistos los derechos humanos, porque este se dirige contra los ciudadanos que alteran el orden legal con actos que van contra de las reglas establecidas por el Estado, por lo que deben ser sancionados de manera enérgica, pues lo que está en juego es la seguridad y el orden social (Santacruz, 2015).

4. Elementos de la excepción en la justicia penal en México

En México, hace poco más de once años² se generaron cambios legislativos en materia de justicia penal y seguridad pública. Entre los más importantes estuvo una reforma constitucional, un Código Nacional de Procedimientos Penales. Hubo también capacitación del personal operativo, y generación de la infraestructura necesaria para llevar a cabo la implementación de un paradigma de justicia penal. Asimismo, surgió el diseño de un sistema de medidas alternativas al juicio, cuya responsabilidad recae en los jueces de garantía que lo hacen funcionar (Carbonell y Ochoa, 2008).

Estudiar, aunque sea una pequeña parte de todos esos asuntos, rebasa por mucho el objetivo del presente artículo, por lo que me limitaré a realizar algunas reflexiones y críticas al sistema de excepción penal, en el plano más general, en el de aquellos supuestos que son invasores a los derechos humanos y garantías de los sujetos que intervienen en el proceso penal, y en especial a ciertas figuras que se desarrollan en la Constitución.

En tal sentido, hay que partir de que el sistema penal de excepción en México debe reunir ciertos elementos, y hay que agregar que todo proceso penal requiere de un mejor derecho penal sustantivo, ya que solo con este el proceso puede obtener buenos resultados. Como lo señala Ferrajoli (2001b), las garantías penales pueden, a su vez, considerarse necesarias para garantizar juicios que no sean arbitrarios; tanto las garantías penales como las procesales valen no solo por sí mismas, sino también, unas y otras, como garantía recíproca de su efectividad. Por lo tanto, la correcta comprensión del proceso penal no será satisfactoria sin un derecho penal sustantivo que se construya bajo esquemas de racionalidad, proporcionalidad y uso limitado del ius puniendi del Estado (Ferrajoli, 2001b).

Por ello, es posible concluir que la base fundamental de la reforma de justicia penal realizada hace más de una década debió ser la incorporación de garantías tendientes a proteger los derechos de todos los sujetos en el escenario penal: víctimas, ofendidos, inculpadados, acusados, sentenciados, Ministerio Público, jueces, y abogados (Carbonell y Ochoa, 2008).

El conjunto de tales garantías es de vital importancia en el enjuiciamiento, por ello debemos entender su aplicación (Carbonell y Ochoa, 2008, p. 83). Las garantías que buscan reconocer los derechos de los actores en el proceso penal deben tener presente que el desarrollo de cada una de las etapas en el enjuiciamiento se ha de cumplir de

² No cabe duda de que, desde la aprobación de las reformas y adiciones constitucionales publicadas en el DOF el 18 de junio del año 2008, se ha desatado a lo largo y ancho de México un sinnúmero de acciones y políticas públicas encaminadas a dar cauce al dominado nuevo sistema de justicia penal.

conformidad con los principios constitucionales y con apego al debido proceso penal (Santacruz, 2015).

Así, el derecho penal, en el ámbito jurisdiccional, se debe realizar respetando ciertas precondiciones judiciales que permitirán tener el escenario correcto para el desarrollo del juicio. Así las cosas, debemos buscar que siempre exista en todo juicio la independencia, la imparcialidad y la objetividad de los jueces, y la separación entre acusación y juez (Carbonel, 2008). Por ello, el juicio penal debe contar con atribuciones a desarrollar en el procedimiento, y que aseguren una serie de principios, o cargas axiológicas, que le den contenido a la norma jurídica (Carbonel, 2008).

En tal sentido, y conociendo las anteriores garantías o precondiciones, se puede afirmar que, de forma paralela al llamado sistema penal acusatorio, y en contraposición a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, existe, bien definido, lo que he denominado un sistema penal de excepción, que tiene la finalidad de reducir garantías y potencializar la intervención del Estado en el proceso penal; sistema contradictorio a todo sistema penal garantista.

Así las cosas, el sistema penal de excepción en México busca, a través de la actividad legislativa, estigmatizar conductas de riesgo con penas muy altas y de corte antidemocrático. En la Constitución, hace más de diez años, con la reforma de justicia penal y seguridad pública, podemos estudiar y analizar reglas punitivas —lo que considero grave, ya que toda Constitución debe enunciar principios, no reglas— destinadas a la solución del problema de seguridad pública que vive el país. En este estudio de las reglas se encuentra la reducción de garantías en el proceso penal, la restricción de derechos al imputado, que abre la posibilidad de vulneración de derechos humanos.

Para ir desentrañando los elementos del sistema penal de excepción, en la justicia penal en México, analizaré los siguientes preceptos establecidos en el texto constitucional, incorporados el 18 de junio de 2008, y subsecuentes a dicha reforma:

Párrafo 9° del artículo 16. “Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia” (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2019). Una clara descripción de un tipo penal, misma que es exclusiva de los códigos penales o normas secundarias, no de las constituciones.

Apartado B, Frac. V del artículo 20.

Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2019).

Por lo tanto, constitucionalmente se establecen las excepciones al principio garantista de la publicidad, al establecer que el imputado no será juzgado en audiencia pública.

Apartado B, Frac. V, segundo párrafo del artículo 20.

En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculcado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2019).

Es decir que operará la prueba anticipada, una forma diferente de ofrecer, desahogar y valorar la prueba, a la que se lleva en el sistema acusatorio, que debe ser desahogada en audiencia final del juicio.

A partir de estos preceptos, nos damos cuenta de que la reforma constitucional de 2008 no es en su generalidad garantista, es decir, que no se percibe generalizado el sistema acusatorio adversarial; por el contrario, se busca dar las herramientas jurídicas al Estado para poder intervenir en el proceso penal, por medio de reglas y estrategias que van enfocadas a la vulneración o restricción de derechos humanos.

Por lo tanto, y si seguimos los principios de todo enjuiciamiento garantista, debería realizarse el proceso penal bajo las mismas prerrogativas y garantías, es decir, las partes en el proceso penal deben contar con las mismas oportunidades para ofrecer, desahogar y contradecir las pruebas. En tal sentido, si se cumplen cabalmente estas prerrogativas, se estaría hablando de un correcto sistema penal acusatorio.

Por ello, los supuestos que he descrito y que se encuentran establecidos en la constitución no cumplen con los parámetros mínimos de un sistema acusatorio. En consecuencia, sostengo que, paralelo al sistema penal acusatorio, existe un sistema bien definido de excepción, propio de los estados autoritarios e inquisitivos, que proporciona a sus ciudadanos un mínimo de seguridad jurídica y un máximo de violencia por parte del Estado.

5. Conclusiones

De acuerdo con lo estudiado en el presente artículo, la razón del Estado consiste en un conjunto de técnicas cuyo objetivo es la conservación política, la conservación de la autoridad y la producción de la disciplina, el aseguramiento de la obediencia. La cultura de la razón de Estado es anterior teóricamente a la cultura del leviatán (o del contrato social). La razón del Estado no entiende de consenso democrático o derechos fundamentales, ni de contrato social, sino del uso de la fuerza para implantar un orden.

El cambio constitucional del 18 de junio de 2008 en materia de justicia penal y seguridad pública estableció un sistema penal acusatorio, pero también reglas punitivas dirigidas a combatir la inseguridad pública. Para ello, en el enjuiciamiento penal se estableció un sistema penal de excepción que minimiza las garantías del debido proceso, restringe derechos, en especial del imputado, y posibilita el acuerdo con las personas involucradas en el delito. Por lo tanto, el sistema penal de excepción es una forma

característica que tiene el Estado de imponer su razón, por el que no se desarrolla un proceso penal garantista, sin que exista ningún discurso jurídico justificativo para ello.

De no existir un sistema garantista en su generalidad se ponen en riesgo el respeto de los derechos fundamentales de las personas que interviene en el enjuiciamiento. Por ello, propongo que, para evitar la presencia del sistema de excepción, se eliminen las reglas insertadas en la Constitución que son propias de los códigos penales, para que cobren importancia los principios del sistema acusatorio. Es decir, solo eliminando estas reglas de la Constitución se podrá aspirar, por parte del Estado, a otorgar un máximo de seguridad jurídica y un mínimo de violencia hacia sus ciudadanos.

6. Referencias

- Aguilera, R. (2015). *Criminología Política*. México: Res Pública.
- Agamben, G. (2003). *Estado de Excepción*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.
- Althusser, L. (1974). *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Bergman, M. (2009). Confianza y Estado de derecho. En Marcelo Roserantz Bergman (coord.), *Confianza y derecho en América Latina*, pp. 77 - 99. México: Fondo de Cultura Económica.
- Carbonell, M. (2008). *Los juicios orales en México*. México: Porrúa.
- Carbonell, M. y Ochoa, E. (2008). *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?* México: Porrúa.
- Díaz, E. (1984). *De la maldad Estatal y la Soberanía Popular*. Madrid: Editorial Debate.
- Ferrajoli, L. (2001a). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (5ª ed.). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2001b). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (2ª ed.). Madrid: Trotta.
- Jakobs, G. y Meliá, C. (2003). *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Civitas.
- Maresca, M. (2005). Antes de leviatán, las formas políticas y la vida social en las crisis del imperio de la ley. Derecho penal del enemigo. En Guillermo Portilla Contreras (coord.), *Mutaciones de leviatán legitimación de los nuevos modelos penales*, pp. 87 – 118. Madrid: Universidad Internacional de Andalucía.
- México. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (2019). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado de <https://mexico.justia.com/federales/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos/titulo-primero/capitulo-i/>
- Polainos-Orts, M. (2008). *El derecho penal del enemigo como garantía de la juridicidad democrática Estatal*. México: Flores editores y distribuidor.
- Santacruz, R. (2015). *La prueba en el sistema penal de excepción*. México: Porrúa-Print.
- Weber, M. (1994). *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Weber, M (1989). *El político y el científico*. Madrid: Alianza.
- Zaffaroni, E. (2007). *El enemigo en el Derecho Penal*. México: Ediciones Coyoacán.

Reflexiones sobre el Estado de Derecho salvadoreño: ¿derechos sociales y democracia en grave riesgo?

*Reflections on the Salvadoran Rule of Law:
Social Rights and Democracy at Serious Risk?*

Karla Georgina Martínez Herrera¹

Recibido: 01/09/2020 – Aprobado: 10/10/2020 – Publicado: 30/11/2020

Resumen

En las últimas elecciones presidenciales de El Salvador hubo una clara intención por parte de los salvadoreños de dar a la opinión internacional dos mensajes: en primer lugar, que se había roto finalmente con el bipartidismo, que los partidos políticos que históricamente habían gobernado al país en los últimos treinta años y que marcaban la rivalidad entre la extrema derecha conservadora y la extrema izquierda revolucionaria habían concluido su turno al mando del órgano Ejecutivo; y en segundo lugar, que el hartazgo, la desilusión, y la falta de esperanza en una u otra ideología los había llevado a elegir a un presidente que se describe a sí mismo sin ideología, con quien se sienten identificados, pues ha demostrado a través de sus discursos y de su participación activa en redes sociales, que promete ser un líder que pondrá fin a los grandes problemas sociales, económicos y políticos de El Salvador. En el presente texto expondremos uno de los más relevantes hechos ocurridos durante sus primeros meses de gestión, en los que la democracia, y el sistema de Estado de la República de El Salvador se ha visto en grave riesgo, y analizaremos la urgente necesidad de protección y garantía de tutela de los derechos sociales que ampara la Constitución de El Salvador. Asimismo, proponemos un repaso de ciertos conceptos fundamentales que cimientan la construcción del Estado de Derecho.

Palabras clave: constitución, democracia, Estado de Derecho, derechos sociales, El Salvador, frenos y contrapesos, pandemia.

¹ Doctora en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales de Europa, Universidad de Alicante, España. Ex Cónsul General de la República de El Salvador en Milán, Italia. Coordinadora de investigación en el área de Derechos Humanos de las Mujeres, en el Observatorio de Derecho Internacional Público del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, UCA; Universidad en la que obtuvo la Licenciatura en Ciencias Jurídicas. Abogada de la República de El Salvador. Correo electrónico: info@martinezlegale.com.

Abstract

In the last presidential elections in El Salvador, there was a clear intention on the part of Salvadorans to give international opinion two messages: first, that bipartisanship had finally been broken, that the political parties that had historically governed the country in the last thirty years and that marked the rivalry between the conservative extreme right and the revolutionary extreme left, they had concluded their turn in command of the Executive body; and secondly, that their exhaustion, disappointment, and lack of hope in one or another ideology had led them to elect a president who describes himself, without ideology, but with whom they feel identified, as he has shown through his speeches, and his active participation in social networks, he promises to be a leader who will put an end to the great social, economic and political problems of El Salvador. In this text we will expose one of the most relevant events that occurred during his first months in office, in which democracy and the State system of the Republic of El Salvador have been at serious risk, analyzing the urgent need for protection and the guarantees of protection of social rights protected by the Constitution of El Salvador. In the same way, we propose a review of certain fundamental concepts that underpin the construction of the Rule of Law.

Keywords: Democracy, Rule of Law, Social Rights, El Salvador, Constitution, Brakes and Counterweights, Pandemic.

1. Introducción

En la estructura contenida en la Constitución de 1983 de la República de El Salvador, el capítulo Segundo del Título Primero salvaguarda los derechos sociales y los clasifica en cuatro secciones: familia; trabajo y seguridad social; educación, ciencia y cultura; salud pública y asistencia social. Estos derechos no han sido meramente reconocidos en el sentido formal o positivo en la Constitución salvadoreña, sino que además hacen parte del tejido social y de la búsqueda de bienestar social que el Estado salvadoreño debe garantizar de manera sistemática y en la cotidianidad práctica a todos los salvadoreños. Los derechos sociales que promulga la Constitución salvadoreña son un resultado de la historia, de la construcción de la sociedad a través de las pasadas experiencias políticas y de la toma de decisiones que se ha realizado durante muchos años mediante el diálogo de distintos sectores y que buscan especialmente mantener la paz y la convivencia civil. La conclusión de la guerra civil fue el complejo y largo resultado de una serie de condiciones favorables nacionales e internacionales, y que lograron consolidar la firma de los Acuerdos de Paz. Al final de la década de los ochenta y al inicio de los noventa se alcanzan parámetros que conllevan verdaderos síntomas de democracia para la mayoría de los países de América Latina; una “oleada” de elecciones (Martínez, 1996) que permitía que la democracia en dichos países se abriera paso dentro de los poderes políticos militarizados. Definitivamente para El Salvador el inicio del proceso de democratización fue conquistado gracias a la Firma de los Acuerdos de Paz.

Bajo este contexto, se vuelve fundamental evocar el Acuerdo de Ginebra de 1990, en el que las partes enfrentadas durante la guerra manifestaron, en abril de 1990 en una reunión auspiciada por el entonces secretario general de la Organización de las Naciones Unidas, su intención de terminar el conflicto armado por la vía política, de impulsar la democratización del país, garantizar el respeto a los derechos humanos y reunificar la sociedad salvadoreña (Artiga-González, 2015). En virtud de lo anterior, no podemos perder de vista las bases con las que se cimentaron los diálogos y los acuerdos mediante los cuales se logró alcanzar la anhelada paz en el territorio salvadoreño, bases con las que se pretendía construir la democracia, y sobre las cuales la sociedad salvadoreña merece que le sean garantizadas todas sus garantías constitucionales. No debemos olvidar que los derechos reconocidos en una Constitución y los principios del Estado que protege son fruto de las conquistas históricas; además, recordemos que cuando se produce, según Criado de Diego (2012), una “evolución de las circunstancias reales (económicas, sociales, políticas) en las que se produce el desarrollo constitucional, éste provoca limitaciones, transformaciones y rearticulaciones [...] de la representación política” (p. 81). De manera que, al elevar estos derechos sociales a la categoría de constitucionales, el constituyente claramente ha querido reservar para ellos una tutela especial que garantiza el esencial funcionamiento de la sociedad salvadoreña y, sobre todo, ha querido asegurar su bienestar basándose en el reconocimiento constitucional garante de la dignidad humana.

2. Punto de salida: constitucionalismo garantista y democracia constitucional

Según Ferrajoli (2012), el constitucionalismo garantista tiene como característica la constitucionalización de los derechos fundamentales y se ha afirmado en diversos países europeos tras una dictadura o una liberación como en el caso de Alemania e Italia, es decir, luego de un cambio político trascendental; marca el fin de un escenario sin límites a un determinado poder político gracias a la creación de instituciones que defienden las libertades y garantías sociales constitucionales. Bajo esta premisa, las mayorías no podrían tomar nunca una decisión sobre estos derechos sociales constitucionales, que tienen que ser garantizados por los poderes del Estado y que a su vez representan límites en sus actuaciones. Durante los años ochenta y noventa surgió un nuevo movimiento constitucional; el neoconstitucionalismo, que se ha desarrollado fuertemente en Latinoamérica. Dicho constitucionalismo se caracteriza porque las Constituciones que surgen a su amparo contienen un significativo nivel de normas sustantivas que condicionan en gran medida la actuación del Estado, por medio del establecimiento de una serie de fines y medios concretos (Camisón, 2010). Estas garantías constitucionales, si bien es cierto representan la soberanía del pueblo, no son en ninguna circunstancia negociables y representan en cualquier caso la supremacía de la Constitución que tutela dichos derechos sociales (Ferrajoli, 2012). Esta afirmación es también una clara representación de democracia, que es compleja y tiene distintas aristas.

Actualmente este modelo de democracia constitucional se encuentra en crisis en muchísimos países del mundo, y el Estado salvadoreño no es la excepción. La

democracia constitucional que descansaba en “la voluntad del pueblo” (Rousseau, 2018, p. 233), y que alcanzaba poco a poco su verdadera construcción, se ha visto constantemente atacada por factores ajenos a los poderes del Estado cuyos límites impuestos garantizaban la tutela de los derechos sociales para toda la sociedad.

Para distintos autores, la democracia no puede ser entendida únicamente como un instrumento de toma de decisiones políticas, sino que es además concebida como carácter esencial de los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos (Rivero, 2005). La democracia entonces es una parte intrínseca de los derechos y libertades fundamentales que han sido recogidos en las garantías que tutela la Constitución. Pero si volvemos a los factores ajenos que mencionábamos, encontramos factores globales como los económicos y financieros, que inciden de distinta manera en la toma de decisiones inherentes a las políticas públicas. El mundo entero ha recibido un fuerte impacto en los últimos meses debido a la pandemia COVID-19, en la que los Estados han tenido que modificar su normal desarrollo haciendo uso de todos sus recursos para poder enfrentar esta crisis de tipo sanitaria y poder garantizar a sus ciudadanos la tutela de los derechos sociales constitucionales.

En El Salvador, después del fin de la cuarentena por la pandemia COVID-19, se percibe cada vez más incierta la protección efectiva de estos derechos. El actual gobierno propugna prácticas políticas orientadas a desplazar la tutela de estos derechos afirmando que las prioridades son otras, dadas las circunstancias, y concentrando los esfuerzos en la gestión de la pandemia, como lo ha hecho la gran mayoría de los Estados del mundo; pero en este caso particular y bajo esta condición puntual en El Salvador, la pregunta es si hay interés por parte del Ejecutivo en construir espacios que permitan la consolidación de estos derechos sociales en manera tangible, derechos que por principio nacen de la democracia constitucional, ya que son el resultado del interés colectivo de alcanzar un bienestar social.

Pisarello (2012) sostiene que los derechos sociales son derechos prestacionales y además costosos, por lo tanto, condicionados a la realidad económica de un país. No hace falta mencionar que en El Salvador la crisis económica que ha provocado la pandemia es creciente, y los resultados para los comercios, los empleados y los profesionales autónomos harán aún más visibles las profundas desigualdades que adolece la población salvadoreña.

Una vez escuché a un buen amigo comparar los derechos sociales con un salami; sí, un salami de buena calidad, o un buen salchichón, me explico: generalmente gustamos de un buen salami en compañía, queremos compartirlo y para servirlo hay que cortarlo en rodajas muy finas y que, a medida que cortamos, nos apetece probarlo, hasta que finalmente nos llevamos una rodaja a la boca; la persona o personas a quienes lo serviremos no notarán que falta esa rodaja; el problema es que mientras seguimos cortando más rodajas se nos apetece una segunda, y luego una tercera, porque pensamos que, aunque es para todos, somos nosotros quienes lo estamos partiendo y compartiendo, por tanto podemos atrevernos a probar más de una rodaja, y porque, además, nos sentimos convencidos de que nadie lo notará.

De manera similar ocurre con los derechos sociales que se han ido recortando, o cuya tutela ha ido sufriendo recortes; pareciera que el Estado pensara que no lo notaríamos o, bien, que hay que priorizar la tutela de otras garantías constitucionales, o por lo menos dar la imagen de que se están priorizando. Y pareciera que una vez que se ha efectuado el primer recorte es imposible impedir los sucesivos, como en el caso de las rodajas del salami.

Pero volvamos a El Salvador, donde claramente existe una crisis “extra”, una crisis paralela a la pandemia COVID-19, en la que el constante choque entre el Ejecutivo y los demás órganos del Estado impide el normal funcionamiento del Estado de Derecho Constitucional, ya que la administración pública, valiéndose de la actual coyuntura, ha demostrado un particular interés político en la toma de sus decisiones y ha dejado de actuar dentro de los parámetros delimitados en la Constitución salvadoreña, la legalidad y la ética gubernamental.

Cuando hablamos de límites, nos posicionamos en otro concepto de constitucionalismo, el constitucionalismo liberal, que se correlaciona principalmente con la forma de gobierno representativo y limitado. Para Asensi (2007): “Se trata de un constitucionalismo concebido para hacer efectivo el control del poder, buscando el sometimiento de éste a las determinaciones del Derecho”, de ahí que la separación de poderes del Estado no afecta su soberanía (p. 75). La tutela efectiva de los derechos sociales ante las instancias jurisdiccionales, es decir, ante la Corte Suprema de Justicia de El Salvador mediante la Sala de lo Constitucional se ha visto cuestionada por parte del Ejecutivo cada vez que la Sala ha declarado inconstitucional sus actuaciones, generando opiniones jurídicas sin un verdadero criterio, y sobre todo con falsedades enunciadas y con un interés meramente electorero.

3. ¿Una soberanía popular bifurcada?

El domingo 9 de febrero de 2020, el presidente de la República de El Salvador irrumpió en la Asamblea Legislativa, ingresando al Salón Azul acompañado de la Fuerza Armada, supuestamente con la finalidad de presionar a las distintas bancadas sobre la aprobación de cierto préstamo millonario para combatir la delincuencia; a propósito, no se ha insistido en el mismo desde entonces. Con esta conducta, el mismo presidente de la República puso en alto riesgo el Estado de Derecho y la independencia de los órganos del Estado; además, sometió a una grave crisis a la democracia, una democracia aún frágil, que ha tratado de reconstruirse en los últimos veintisiete años posteriores a una guerra civil que duró doce largos años.

Como mencionábamos anteriormente, la realidad económica de un país incide en la tutela de los derechos sociales. En el caso de El Salvador, no solo se trata de la realidad económica del país, que actualmente se ha visto afectada a raíz de la pandemia, sino además de su crisis democrática, de la tensión constitucional derivada de la confrontación sistemática de los órganos del Estado y, en particular, de la falta de voluntad por alcanzar un diálogo que permita las mejores decisiones en la tutela de los derechos y la protección social de los salvadoreños.

Los acontecimientos de aquel 9 de febrero son una muestra de la crisis constitucional en El Salvador, de la tensión entre los tres órganos del Estado como resultado de tensiones político-institucionales. Hubo un intento de centralización y concentración de poder por parte del Ejecutivo y, de acuerdo con la historia en El Salvador, esta tensión entre el autoritarismo y la democracia pareciera ser permanente. El presidente Nayib Bukele ganó las elecciones gracias a la porción de la población que decidió en las urnas, identificándose con un líder; pero hay que analizar si la gestión pública actual busca instrumentalizar la figura de dicho líder para centralizar en el mismo poderes y facultades, si busca legislar en forma más concentrada y veloz, siguiendo una forma vertical como sistema de gobernar; o si por el contrario estamos frente a un líder que se ha gestado gracias a iniciativas, luchas o campañas de movimientos sociales, de organizaciones o colectivos que buscan determinado o determinados cambios sociales, y que además de no ser efímeros actúan bajo la lógica de la participación ciudadana (Noguera, 2020). En este caso, el líder busca sumarse al movimiento social, busca descentralizar la toma de decisiones, porque cree en la gestión comunitaria y confía en la participación de todos los sectores e instituciones dentro de los parámetros que el ordenamiento establece. Después de todo, no hay que perder de vista que el constitucionalismo permite fundamentar el poder en el consentimiento de los gobernados, que son hombres y mujeres libres e iguales, con cuyo consentimiento se hace posible su participación en la elaboración de las leyes, de las que son destinatarios, dando lugar a la permanencia y vigencia del principio de soberanía popular, y dando además fundamento al reconocimiento, respeto y garantía a los derechos constitucionales que posibilitan una convivencia social justa y limitan y legitiman el poder político (Álvarez, 2005).

Merece la pena que se reflexione sobre el constitucionalismo abusivo, concepto que claramente ha retomado un determinado auge en los últimos años. Nos referimos a la idea de la soberanía popular de la que un populista hace uso, se trata de un líder que con su discurso populista se pretende instaurar de manera ilegítima y gracias a la presentación de un cambio constitucional con el que pretende socavar la democracia, haciendo más difícil su desvinculación del poder y acallando instituciones (como los tribunales u órganos electorales) diseñadas para controlar el ejercicio del poder (Rojas, 2016). Además, el líder populista:

Ofrece remedios instantáneos ante las demandas sociales, logra sacar provecho del miedo, ataca a sus enemigos o crea enemigos ficticios (siempre busca uno), se dirige a un segmento policlasista pese a que enfatiza su interés en personas de escasos recursos. Ya en el poder, rehúsa a mediaciones institucionales, pues privilegia el contacto directo con la población. En este sentido, debilita las instituciones tradicionales, pero contrariamente crea una nueva institucionalidad que le garantice nichos electorales (Ulloa, 2013, p. 86).

En virtud de los anteriores conceptos, y tomando en consideración un conjunto de cuatro señales de advertencia, podemos identificar a una persona autoritaria y preocuparnos en el caso de tratarse de un político que:

Rechaza, ya sea de palabra o mediante acciones, las reglas democráticas del juego; niega la legitimidad de sus oponentes; tolera o alienta la violencia o indica su voluntad de restringir las libertades civiles de sus opositores, incluidos los medios de comunicación (Levitsky y Ziblatt, 2018, p. 367).

En un intento por analizar las cuatro señales anteriores a la luz de los acontecimientos ocurridos en El Salvador, podemos insistir sobre la importancia que tiene el interés colectivo de alcanzar un Estado de bienestar y seguridad para todos los ciudadanos, sin perder de vista nuestro Estado constitucional y sobre todo democrático de Derecho, en el que toda la población tiene el derecho de acceder a la información pública de manera transparente. Es necesario, entonces, reforzar las instituciones públicas de acceso a la información y protegerlas para que sean lo más imparciales que se pueda. La ciudadanía tiene derecho a una participación activa y a una constante rendición de cuentas por parte de los gobernantes; únicamente de esta manera podríamos afirmar que gracias a la información no manipulada, veraz e imparcial sobre los detalles inherentes a la gestión de la cosa pública existen verdaderos avances en la reconstrucción de la democracia salvadoreña; solo una ciudadanía adecuadamente informada puede defender como soberana el poder estatal, vigilarlo de manera constante y condenar cualquier tipo de acción que exceda los límites de cada uno de los poderes estatales, o bien, de los tres órganos del Estado, en el caso de El Salvador.

4. ¿La tutela de los derechos sociales también se bifurca?

Es fundamental analizar la coyuntura actual en El Salvador a la luz de la escasa voluntad de diálogo e implementación de decisiones por parte de quienes componen la estructura estatal. La democracia concebida como un sistema complejo de separaciones y de equilibrios entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantía de los derechos fundamentales y de técnicas de control y reparación contra su violación (Ferrajoli, 2012) no puede ni podrá ser nunca un sistema frágil; tenemos que pensar en la construcción de Estado y de democracia que dejaremos a las nuevas generaciones. En ese sentido se vuelve esencial que se defiendan la democracia constitucional, con el fin de garantizar la tutela de los derechos sociales que la Constitución establece, alcanzar el bienestar de los ciudadanos y someter a un control permanente a la administración pública para que el uso de sus facultades no supere ningún límite, y se pueda vigilar constantemente. Recordemos que el principal objeto es la protección de las garantías que defienden el bienestar y buscan, sobre todo, la tutela de la dignidad humana.

No es posible ignorar las graves consecuencias que afectarían a los ciudadanos en caso de evitar el control a las actuaciones de la administración pública y el acceso público a datos o información; hablamos de considerar la existencia o no de información útil y de individualizar los mecanismos o los recursos que generan la misma, con el fin de indicar qué hacen, qué utilizan y qué producen las dependencias de gobierno en la gestión gubernamental. Todo esto con el único fin de salvaguardar los derechos sociales y constitucionales de la sociedad salvadoreña. Para el mismo Ferrajoli “los derechos fundamentales, como señala la experiencia, no caen nunca del cielo, sino

que llegan a afirmarse cuando se hace irresistible la presión de quienes han quedado excluidos ante las puertas de los incluidos” (Durango, 2007, p. 189).

Como ya mencionábamos, solo una ciudadanía informada de manera adecuada, con datos reales, veraces y constantemente actualizados puede exigir a sus gobernantes que se le cumplan sus garantías constitucionales; en este sentido, los tres órganos del Estado salvadoreño tienen que velar por cumplir dicha tutela, tienen que alcanzar acuerdos objetivos que busquen salvaguardar los derechos de la ciudadanía y dejar a un lado la confrontación. Esta última pareciera que ha tomado un cierto auge durante los últimos meses y, si bien es cierto la política partidaria es un recurso fundamental para fomentar la democracia y la toma de decisiones, no podemos ignorar que en casos de emergencia nacional como el de la pandemia, el discurso de división o de confrontación partidaria es el último ejercicio útil a favor de una ciudadanía con problemas graves. Estos discursos erosionan los principios de democracia y condicionan la libertad de decisión de las instituciones públicas e incluso privadas que tienen injerencia en la difusión de la información. Aun cuando las afiliaciones partidarias pueden fortalecer la democracia participativa, los discursos electoreros en situaciones de emergencia no ayudan a la búsqueda de soluciones para los graves problemas emergentes y/o crónicos en sectores de la sociedad que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad. Se corre el riesgo de erosionar la democracia y de dar largas a la búsqueda de soluciones, con lo cual se vuelve a caer en el descontento ante la falta de diálogo entre los órganos de Estado, se genera un hartazgo por las promesas vacías, y un perjuicio general por la falta de tutela de los derechos sociales.

6. Conclusiones

Una vez que los órganos del Estado logren actuar únicamente dentro de los parámetros constitucionales, permitiendo el constante control de sus actuaciones, la constante vigilancia pública y, sobre todo, permitiendo a la ciudadanía el fácil y transparente acceso a la información sobre los detalles de la gestión pública podremos decir que los ciudadanos legitiman el correcto funcionamiento de dichos órganos y que, finalmente, verán la estructura estatal como verdadera garante y protectora genuina y activa de los derechos y no meramente en su aspecto positivo de ordenar o legislar. Entonces, la ciudadanía comprenderá la importancia de elegir a sus gobernantes con base en los resultados de ese control y vigilancia constantes. Finalmente, luego de la veeduría ciudadana, les corresponderá a los jueces valorar la normativa y las decisiones que fueron o no tomadas, cumpliéndose la protección y garantía de los derechos que el Estado Constitucional enuncia, haciendo una promesa real de bienestar a sus ciudadanos.

Como reflexión concluyente destacamos la urgencia de que estos conceptos básicos de derecho constitucional y de democracia sean cumplidos en un Estado constitucional en el que la toma de decisiones sigue una lógica política en manera sistemática, y al mismo tiempo populista, que busca acrecentar el conflicto de voluntades y se aprovecha de su auge para deslegitimar a los demás órganos del Estado. Por tanto, tenemos que

apostarle a la difusión de la información de manera responsable, alertando a la ciudadanía para que sepa distinguir las fuentes de información y, sobre todo, su veracidad, apegada a la normativa vigente. Se tienen que conocer las formas de comunicación y los distintos grados de influencia de los espacios democráticos en la difusión de la información, para que contribuyan al alcance de aquellos objetivos que se propusieron las partes negociadoras que firmaron los Acuerdos de Paz: terminar con el conflicto armado por la vía política; garantizar el irrestricto respeto a los derechos humanos; impulsar la democratización y reunificar a la sociedad salvadoreña. Si bien el escenario ha cambiado y las partes negociadoras de aquellos diálogos no son los actuales protagonistas (no en su totalidad), siguen siendo los ideales que todos los salvadoreños queremos alcanzar en beneficio de las generaciones presentes y futuras. Para reconstruir nuestra democracia y para defender la tutela de nuestras garantías constitucionales es absolutamente necesario exigir diálogos, exigir que haya pesos y contrapesos reales en nuestra forma de Estado, y vigilar toda actuación inherente a la gestión de la cosa pública, en el entendido de que estas acciones de control también buscan fortalecer nuestra democracia y nuestra participación activa. Como todo en la vida, es importante aprender de los errores del pasado y cuidar los avances, por pequeños que parezcan, en el respeto a la institucionalidad garante de nuestros derechos constitucionales. Sobre estas últimas líneas es importante aclarar qué se entiende por cosa pública, o bien, esfera pública en palabras de Habermas (1998): “Red extraordinariamente compleja que se ramifica espacialmente en una pluralidad de espacios internacionales, nacionales, regionales, municipales y subculturales que se solapan unos con otros” (p. 454). Merece la pena que toda la ciudadanía mantenga claros ciertos conceptos básicos aquí analizados en forma breve, y que su decisión colectiva nunca pierda de vista dichos conceptos, que tal decisión esté siempre vinculada a sus exigencias, a sus derechos, a todas sus garantías y libertades constitucionales, y que, con su decisión colectiva, ejercida de manera libre y democrática, se establezcan condiciones y límites a sus gobernantes, que deberán procurar un verdadero bienestar social.

7. Referencias

Álvarez, E. (2005). *Curso de Derecho Constitucional Vol. I*. Madrid: Tecnos.

Artiga-González, A. (2015). *El Sistema Político Salvadoreño*. San Salvador: PNUD.

Asensi, J. (2007). Liberalismo y modernidad en el constitucionalismo español. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, (58-59), 69-82. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3163719>

Camisón, J. A. (2010). Sobre la “Constitución Europea” y otros misterios del constitucionalismo europeo. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (28), 69-85. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3433976>

Criado de Diego, M. (2012). Sobre el concepto de representación política: lineamiento para un estudio de las transformaciones de la democracia representativa. *Revista Derecho del Estado*, (28), 77-114. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n28/n28a05.pdf>

- Durango, G. A. (2007). Aproximaciones conceptuales a la democracia constitucional y a los derechos fundamentales en la Teoría de L. Ferrajoli. *Opinión Jurídica*, 6(12), 189-204. Recuperado de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/152/136>
- Ferrajoli, L. (2012). La democrazia costituzionale. *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 18, 69-122.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y Validez: sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de la teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Levitsky, S. y Ziblatt, D. (2018). *Cómo mueren las democracias*. Barcelona: Ariel.
- Martínez, O. (1996). La viabilidad de la democracia en El Salvador. *Realidad: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, (50), 189-211. Recuperado de <https://doi.org/10.5377/realidad.v0i50.5092>
- Noguera, A. (2020). La democracia: ¿corrección ciudadana del poder estatal o corrección estatal del poder ciudadano? Aprendizajes del golpe boliviano. *Crítica jurídica y política en nuestra América. Clacso*, (3), 8-30. Recuperado de https://www.clacso.org/wp-content/uploads/2020/08/V2_Critica-juridica-y-politica_N3.pdf
- Pisarello, G. (2012). El constitucionalismo social ante la crisis: entre la agonía y la refundación republicano-democrática. *Revista Derecho del Estado*. (28), 55-75. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n28/n28a04.pdf>
- Rivero, F. (2005). Crisis de la democracia. *Cuadernos Unimetanos*, (2), 35-41.
- Rojas, J. M. (2016). Poder constituyente y constitucionalismo abusivo: el problema de las cláusulas constitucionales de reemplazo. *Vox Juris*, 31(1), 121-131. Recuperado de <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/509/404>
- Rousseau, D. Constitucionalismo e democracia. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 10(3), 228-237. Recuperado de <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.103.01/60746874>
- Ulloa, C. (2013). El populismo en la democracia. *Revista Forum*, 1(4), 83-94. Recuperado de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/forum/article/view/43744/45018>

Covid-19 e políticas anti-indigenistas no Brasil: o caso da adpf 709/df para o reconhecimento do direito de existir

Covid-19 y políticas anti-indigenistas en el Brasil: el caso adpf 709/df para el reconocimiento del derecho a existir

Joana Silvia Mattia Debastiani¹
Liton Lanes Pilau Sobrinho²
Cleide Calgaro³

Recibido: 18/06/2020 – Aprobado: 01/09/2020 – Publicado: 30/11/2020

Resumo:

O presente trabalho apresenta as políticas anti-indigenista no Brasil, deste modo, se analisa o caso da ADPF 709/DF para o reconhecimento do direito de existir. O método utilizado é o analítico tendo como base o estudo e a análise da ADPF 709/DF. Também se estuda o direito da saúde e o SUS nas questões indígenas dentro do período de pandemia da Covid-19. Conclui-se que as políticas brasileiras devem buscar o reconhecimento do direito de existir, trazendo o dignidade e autonomia a essas populações. A

¹ Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul - UCS. Bolsista CNPq. Integrante do grupo de pesquisas “Metamorfose jurídica”. Mestra em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF em dupla titulação com o programa de *Tecnologías y políticas públicas sobre la gestión ambiental* na Universidade de Alicante, Espanha. Bolsista Prosup- CAPES. Integrante do grupo de pesquisas Dimensões do Poder, Gênero e Diversidade. Colaboradora voluntária no Programa de Extensão universitária PROJUR Mulher e Diversidade - UPF. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Anhanguera. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI Campus de Erechim Professora na Faculdade de Ciências Jurídicas de Erechim - Anhanguera. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8457-3716>. E-mail joanamattia@gmail.com

² Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - US. -Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1997). Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo. Coordenador do PPGDireito da Universidade de Passo Fundo. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - US. -Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1997). Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5696-4747>. E-mail. litonlanes@gmail.com

³ Pós-Doutora em Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Doutora em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, na condição de taxista CAPES. Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Atualmente é Professora da Graduação e Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado - em Direito na Universidade de Caxias do Sul. É Líder do Grupo de Pesquisa “Metamorfose Jurídica” da Universidade de Caxias do Sul-UCS e Vice-Líder do Grupo de Pesquisa “Filosofia do Direito e Pensamento Político” da Universidade Federal da Paraíba-UFPB. Atua como pesquisadora no Grupo de pesquisa “Regulação ambiental da atividade econômica sustentável (REGA)” da Escola Superior Dom Helder Câmara. É membro do Comitê Assessor de Ciências Humanas e Sociais da FAPERGS: Membro Titular (2019-2021). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1840-9598>. CV: <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>. E-mail: ccalgaro1@hotmail.com

ADPF é a busca jurídico-legal para evitar o genocídio e o etnocídio do povo indígena no Brasil por conta da contaminação desenfreada da covid-19.

Palavras-chaves: Covid-19; Políticas Anti-Indigenistas; ADPF 709/DF; Reconhecimento do Direito de Existir; Brasil;

Resumen:

El presente trabajo presenta las políticas anti-indígenas en Brasil, de esta manera se analiza el caso de ADPF 709 / DF para el reconocimiento del derecho a existir. El método analítico utilizado se basa en el estudio y análisis de ADPF 709 / DF. Lo derecho de salud y el SUS también se estudian en temas indígenas durante el período de la pandemia Covid-19. Se concluye que las políticas brasileñas deben buscar el reconocimiento del derecho a existir, otorgando dignidad y autonomía a estas poblaciones. La ADPF es la búsqueda legal-legal para prevenir el genocidio y etnocidio de pueblos indígenas en Brasil debido a la contaminación desenfrenada del covid-19.

Palabras-claves: COVID-19; Políticas anti-indígenas; ADPF 709 / DF; Reconocimiento del derecho a existir; Brasil;

1. Introdução

O presente trabalho parte da problemática de analisar o COVID-19 e políticas anti-indigenistas no Brasil, a partir do estudo do caso da ADPF 709/DF para que haja o reconhecimento do direito de existir.

Como método utilizado se tem o analítico-dedutivo, o qual permite o estudo dos direitos fundamentais e a análise da ADPF 709/DF com o intuito de verificar como se pode conceder os direitos aos indígenas.

Inicialmente se faz um estudo com notas preliminares acerca dos direitos fundamentais e sua importância na sociedade atual. Esses direitos são os catalogados na Constituição Federal de 1988, sendo a base do Estado brasileiro.

Posteriormente, num segundo momento se analisa o direito à saúde dentro dos preceitos constitucionais, onde todos tem acesso ao mesmo no Brasil. Juntamente com o direito à saúde verifica-se o sistema único de saúde - SUS e a sua atuação em tempos de pandemia do coronavírus. No que se refere ao subsistema em saúde indígena, o mesmo pode considerado um avanço, contudo acaba sendo difícil fazer um balanço em termos de indicadores de saúde dessa população, diante da falta de pesquisas ou, ainda, a inconsistência de dados, fatos que não permitem a construção de comparativos que seja preciso sobre a temática.

Por fim, estuda-se a violação de preceito constitucional e o direito de existir dos povos indígenas, onde a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental

- ADPF 709/DF permite uma análise dos povos indígenas brasileiro postulam, judicialmente, o reconhecimento do direito de existir, pelo direito de não ser exterminado, seja por políticas anti-indigenistas, seja pela Covid-19. Essa ADPF busca evitar o genocídio e o etnocídio do povo indígena no Brasil por conta da contaminação da pandemia da Covid-19.

Conclui-se que no caso brasileiro, mais precisamente o enfrentamento da propagação e mortalidade do vírus em comunidades indígenas, deste modo, o reconhecimento do direito à saúde como um direito fundamental permite a sua indissociabilidade do direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

2. Direitos fundamentais: notas preliminares

Não se pode negar que o século XXI é marcado pela centralidade ocupada pelos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo. Eles são uma construção integrada ao patrimônio comum da humanidade fato que garantiu sua gradual consagração no panorama do direito internacional e constitucional.

Na Antiguidade, passando pela Idade Média e Moderna, até os dias atuais, é possível encontrar registros de proteção a direitos considerados fundamentais. Apesar de, por vezes, o reconhecimento da fundamentalidade não ser algo idealizado à época pelo direito, é possível observar o estabelecimento de comportamentos humanos que decorriam da aceitação de determinadas práticas.

A definição do que sejam Direitos Fundamentais mostra-se complexa quando o *locus* investigativo de estabelece em uma perspectiva histórico-social. Bobbio (1992) aponta a existência de quatro dificuldades na busca de um fundamento absoluto para os Direitos Fundamentais. A primeira é o reconhecimento de que a expressão “direitos do homem” é vaga e acaba por assumir termos avaliativos interpretados de modo diverso de acordo com a ideologia do intérprete. Em segundo lugar, aponta para a variabilidade desses direitos diante da modificação contínua diante das alterações das condições históricas, “carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios para a realização dos mesmos, das transformações técnicas” (Bobbio, 1992, p. 12).

Segundo o autor é possível identificar, a exemplo de direitos que foram proclamados como absolutos no século XVIII, como a propriedade, sofreram limitações nas declarações contemporâneas. Outros, por sua vez sequer eram mencionados, como os direitos sociais, agora são declarados. Veja-se, o que parece ser fundamental em um determinado contexto histórico, em determinada civilização pode não ser em outras épocas ou culturas.

Outra dificuldade apontada é a heterogeneidade, ou seja, a existência de diversos direitos que, por vezes são conflitantes entre si. A última dificuldade contada por Bobbio está na existência de direitos fundamentais que denotam liberdades em antinomia com outros que consistem em poderes. Para Bobbio (1992) os primeiros exigem obrigações puramente negativas, a abstenção de determinados comportamentos, os segundos,

por sua vez são podem ser realizados pela imposição aos outros, incluindo o Estado, de um número de obrigações positivas. O reconhecimento da antinomia se dá porque, “a realização integral de uns impede a realização integral dos outros” (Bobbio, 1992, p. 15).

Apesar das dificuldades apontadas na busca de um fundamento absoluto que respalde o transcorrer histórico dos direitos fundamentais, o fundamento apresenta-se como questão inerente à sua própria defesa, serve como respaldo para garantir a sua efetividade. Por isso, a temática dos direitos fundamentais transforma-se em uma preocupação transdisciplinar, que percorre a filosofia, a sociologia, a política e o direito. (Bobbio, 1992).

A definição da terminologia adequada a ser utilizada ainda se apresenta um entrave. A partir da segunda metade do século XVIII, a expressão direito do homem passou a substituir a expressão clássica de direitos naturais. Os termos direitos fundamentais surgiram no centro do movimento político francês que culminou com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Ambas as expressões, direitos do homem e direitos fundamentais, revelam aspirações do constitucionalismo iluminista para constitucionalizar os direitos naturais. A partir desse marco histórico, o debate passou a se situar em relação ao emprego dos termos, embora, a princípio, pareçam sinônimos há entendimento de que direitos fundamentais são apenas os que estão positivados nas Constituições e os direitos humanos abarcariam os direitos reconhecidos nos textos internacionais e não teriam força constitucional. Os direitos fundamentais seriam, assim, aqueles reconhecidos e garantidos na Constituição de um determinado Estado. (Cano-telho, 1993; Peña Freire, 1997; Sarlet, 2019).

Bonavides (1996), avança na crítica da falta de consenso acerca de uma terminologia que garanta a abrangência e o conceito de direitos fundamentais. Apesar de amplamente utilizada no direito internacional e constitucional, a temática ainda encontra expressões indiferentes, tais como “direitos humanos”, direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “direitos fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”.

A própria Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988) faz uso de diversas expressões direitos humanos (art. 4º, II), direitos e garantias fundamentais (título II), direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), Direitos Fundamentais da pessoa humana (art. 17). Para Sarlet (2019, p. 44) “*se puede verificar, desde ahora, que las expresiones “derechos fundamentales” y “derechos humanos” (o similares), pese a su habitual utilización como sinónimos, se remiten, por varias posibles razones, a significados distintos*”. Por não ser objeto primeiro do artigo a discussão do alcance de cada uma das terminologias, far-se-á, no decorrer do uso da expressão Direitos Fundamentais para tratar dos direitos positivados, aqueles que nascem e se desenvolvem nas Constituições em que são reconhecidos e assegurados, é nesta perspectiva – não excluindo outras – que serão analisadas ao longo do estudo.

Com a consagração dos direitos fundamentais nas primeiras Constituições aponta a uma nova problemática: suas gerações ou dimensões. Para Sarlet (2019) essa problemática está intimamente relacionada as transformações geradas pelo reconhecimento

de novas necessidades básicas, especialmente com a evolução do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o Estado moderno de Direito (Estado social e democrático material de Direito). Associado ao novo modelo Estatal, as mutações advindas com os processos de industrialização e suas consequências, os impactos tecnológicos e científicos, e tantos outros fatores, implicaram direta ou indiretamente nesse contexto.

É cediço que, ao longo da história, a positivação dos direitos fundamentais ocorreu lentamente e após conflitos, debates, confrontos, travados com o objetivo de conter poderes arbitrários e/ou opressivos. Tal reconhecimento reforça o entendimento de que a afirmação dogmática dos direitos fundamentais se deu em momentos históricos diferenciados. Foram formalmente reconhecidos os direitos de liberdade, depois os de igualdade e, na sequência àqueles ligados à noção de solidariedade. (Comparato, 2013).

Os direitos de primeira dimensão referem-se às liberdades negativas clássicas, que enfatizam o princípio da liberdade, configurando os direitos civis e políticos. Como respostas ao Estado Absolutista, foram frutos de revoluções liberais, nas quais a burguesia reivindicava respeito às liberdades individuais e a limitação dos poderes absolutos do Estado. Assim, classicamente, os direitos fundamentais foram concebidos como limites à atuação de governantes em prol da liberdade e autonomia privada dos governados. (Sarmiento, 2006). Nesse contexto, há a nítida separação entre as esferas pública e privada, delineada com o advento do Estado Liberal, erigido na Europa Ocidental e nos Estados Unidos após a revolução burguesa do século XVII (inglesa) e XVIII (norte-americana e francesa). (Sarmiento, 2010).

Os direitos de segunda dimensão relacionam-se com as liberdades positivas no intuito de assegurar o princípio da igualdade material entre as pessoas. Correspondem “a la evolución del Estado de Derecho, de origen liberal-burgués, hacia el Estado democrático y social de Derecho, incorporándose a la mayor parte de las Constituciones de la segunda post-guerra.” (Sarlet, 2019, p. 241). Devem ser considerados em sentido amplo, na medida em que não se restringem aos direitos sociais, considerados em sua dimensão prestacional. São os direitos sociais, econômicos e culturais, que pressupõe uma conduta ativa e atuante do Estado junto à sociedade. A dependência de recursos orçamentários para a implementação das prestações materiais e jurídicas necessárias à redução das desigualdades no plano fático é apontada como responsável ao menor grau de efetividade desses direitos, quando comparados aos direitos de defesa.

O surgimento de direitos de terceira dimensão, ligados à fraternidade ou à solidariedade, e atribuído à constatação da necessidade de atenuar as diferenças entre nações desenvolvidas e em desenvolvimento, por meio da colaboração dos países mais ricos para os mais pobres. Para Bonavides (1996) esta dimensão compreende o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, a propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Os direitos de terceira dimensão são transindividuais que, segundo o artigo 81, parágrafo único, I e II, da Lei 8.078/1990 (Brasil, 1990), são àqueles de natureza invisível, cuja titularidade é de “pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (direitos difusos) ou de que “seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Ainda segundo Bonavides o autor, (1996) os direitos fundamentais de quarta geração compreendem o futuro da cidadania e correspondem à institucionalização do Estado social. São imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política, responsável por introduzir, no âmbito jurídico, os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Bobbio (1992), por sua vez, entende que os direitos fundamentais de quarta geração são àqueles relacionados com a bioética.

Para Novelino (2015), a incorporação de novas dimensões aos direitos fundamentais revela o caráter dinâmico da sua trajetória histórico-evoluída, ainda que na essência, os novos direitos guardem uma ligação mais ou menos estreita com os três valores tradicionais: liberdade, igualdade e fraternidade.

3. Direito à saúde, sistema único de saúde - sus e subsistema na pandemia do coronavírus

O direito à saúde, garantido constitucionalmente no art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988), é um direito de todos e constitui um dever do Estado na sua efetivação.

Ao Estado cabe promover políticas sociais e econômicas destinadas a possibilitar o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Para Pilau Sobrinho

A saúde é uma realidade paradoxal. Ao mesmo tempo em que a Carta Política de 1988 é cristalina ao estabelecer e generalizar o alcance da prestação sanitária a todos os indivíduos, indistintamente, bem como atribuir competência aos poderes públicos para sua promoção, manutenção e recuperação, a violação de tais direitos apresenta-se cotidianamente. (2016, p. 19)

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a garantia irrestrita à saúde e à própria vida enquanto direito fundamental do indivíduo, cabendo ao Estado o respeito incondicional a tais bens, inclusive, devendo preocupar-se, nos termos dos arts. 166 e 198, II (BRASIL, 1988), com a prevenção de doenças, diante da redução dos riscos.

Por ser indissociável do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde possui um caráter de fundamentalidade, que o inclui, não apenas dentre os direitos fundamentais sociais (art. 6º), mas também no seletivo grupo de direitos que compõem o mínimo existencial.

A temática, segundo Tavares (2010), relaciona-se diretamente com a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade, que pressupõem o Estado-garantidor, cujo dever é o de assegurar o mínimo de condições básicas para que as pessoas possam se desenvolver.

A Constituição brasileira (Brasil, 1988) atentou à necessidade da presença efetiva do Estado nas ações e serviços de saúde, a ponto de prever, em seu art. 200, uma série de medidas necessárias nessa seara.

Essas ações e serviços públicos de saúde devem se integrar em todos o território, compondo um sistema único, regionalizado e hierarquizado, organizado de maneira descentralizada, com direção única em cada uma das esferas de governo, ou seja, na esfera federal, na estadual e na municipal. Isso garante a solidariedade entre os entes federados e, segundo jurisprudência do STF, o polo passivo das demandas judiciais pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente.

As competências do sistema único de saúde – SUS, enumeradas na Constituição Federal⁴ em um rol exemplificativo, foram regulamentadas e ampliadas pela Lei Orgânica da Saúde, nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

É necessário reconhecer que as ações e serviços públicos em saúde submetem-se ao princípio do atendimento integral que, diferentemente do acesso universal, refere-se ao próprio serviço, ou seja, deve abranger todas as necessidades do ser humano relacionados à saúde.

Logo, as prestações estatais no âmbito sanitário possuem um caráter promocional, visando a constante melhora da qualidade de vida dos indivíduos. A problemática da saúde pública brasileira se dá justamente pela inoperância dos entes públicos, constitucionalmente obrigados às prestações sanitárias. (Pilau Sobrinho, 2016, p. 19).

Portanto, não só todos têm direito à saúde como esta deve ser prestada de maneira completa, sem exclusão de doenças ou patologias, seja por dificuldades técnicas ou financeiras do Estado, ao qual não é permitido esquivar-se da prestação de saúde em todos os setores. (Tavares, 2010).

A Constituição brasileira ainda diferenciou “ações e serviços públicos de saúde” e a “assistência à saúde”, sendo esta livre à iniciativa privada. Assim, ainda que haja prestação de um serviço por parte do Poder Público, em caráter de obrigatoriedade, não obstante a iniciativa privada como complementar. A livre iniciativa privada em saúde não pode ser compelida a prestar a assistência sem a devida contraprestação. A sua partici-

⁴ “Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015); VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”. (BRASIL, 1988).

pação no SUS é instrumentalizada através de contratos de direito público ou convênios, firmados, preferencialmente com entidades filantrópicas e sem finalidade lucrativa, nos termos do art. 199, § 1º da Constituição Federal. (Brasil, 1988).

Apesar do avanço na consolidação democrática e da instituição de bases jurídicas para o reconhecimento, inclusive dos direitos sociais, o texto constitucional (BRASIL, 1988) não garantiu representatividade da população indígena na forma em que o SUS foi concebido. A luta de movimentos surgidos na década de 80 pautados na ideia do direito à diferença e do multiculturalismo (OIT, 1989), e em um modelo que, além da biomedicina, considera formas específicas de atenção à saúde e à doença usadas pelos diversos povos e comunidades indígenas, impulsionou a criação da atual atenção à saúde dos povos indígenas brasileiro: um subsistema vinculado ao SUS.

Até a criação do subsistema de atenção à saúde indígena a responsabilidade pela assistência estava sob competência da Fundação Nacional do índio – FUNAI. A lei 9.836, de 23 de setembro de 1999 acrescentou dispositivos à lei 8.080/1990 e instituiu o subsistema de atenção à saúde indígena. Ao reconhecer aos povos indígenas o direito de usufruir de um subsistema de saúde orientado por especificidades étnicas e culturais, o Estado brasileiro reconhece que os povos indígenas enfrentam situações distintas de riscos e vulnerabilidades.

A viabilização do acesso dos povos indígenas a uma rede de serviços básicos – por meio da implantação dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI) –, organizados, hierarquizados, com participação dos povos indígenas e com recursos humanos qualificados em quantidade necessária para o desenvolvimento de ações de atenção à saúde, além da garantia de referência especializada na rede SUS, ficaram sob responsabilidade da Fundação Nacional de Saúde (Funasa), enquanto à Secretaria de Atenção à Saúde (SAS) do Ministério da Saúde (MS) caberia a articulação com estados e municípios para garantir que as populações indígenas tivessem acesso às ações e serviços do SUS em qualquer nível de complexidade, compreendendo a atenção primária, secundária e terciária. (Brasil, 1999).

Através da Portaria MS-GM Nº 1.163/99 o Ministério da Saúde, através de seu Ministro da Saúde dispôs acerca das responsabilidades de assistência aos povos indígenas. As ações e serviços organizados pelos DSEI se concentram no campo daquilo que se convencionou denominar de Atenção Básica em Saúde, também conhecida internacionalmente como Atenção ou Cuidados Primários à Saúde, sendo dirigidos principalmente aos povos indígenas que vivem em aldeias e/ou territórios indígenas.

O subsistema de saúde indígena do Sistema Único de Saúde gerido pela Funasa, durante anos, foi alvo de denúncias ligadas a corrupção e deficiências no atendimento. O movimento indígena lutou para que a gestão da saúde indígena passasse às mãos de uma secretaria específica, diretamente vinculada ao Ministério da Saúde – demanda que foi atendida pela presidência da República no ano de 2010.

Os DSEIs são, atualmente, de responsabilidade da Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai), e foram delimitados a partir de critérios epidemiológicos, geográficos e

etnográficos. Cada um possui um conjunto de equipamentos que permite a realização do atendimento de casos simples, ficando as ocorrências de alta complexidade a cargo de hospitais regionais, implicando em um aparato para remoção dos doentes.

Aos estados e municípios cabem garantir, através da rede de serviços dos SUS, retaguarda para o subsistema, ou seja, promover a oferta de serviços especializados e de maior complexidade aos problemas de saúde que não forem solucionados no âmbito da atenção básica pelas equipes de saúde dos DSEI.

Segundo o Ministério da Saúde (2020, s.p.), existem 34 DSEI's espalhados pelo território nacional. A delimitação considera critérios como a distribuição demográfica tradicional dos povos indígenas, que não coincide necessariamente com os limites territoriais de estados e municípios onde estão localizadas as terras.

Todos dispõem de uma rede de serviços de saúde em seu território: cada aldeia abriga um posto de saúde e cada conjunto de aldeias fica sob a responsabilidade de um polo-base, que funciona como uma unidade básica. É nele que ficam as equipes multiprofissionais de saúde indígena, que fazem visitas periódicas às aldeias. Integram ainda a rede de serviços dos Dseis as Casas de Saúde do Índio, ou Casais, que cuidam dos indígenas encaminhados para serviços de média e alta complexidade.

Apesar do subsistema em saúde indígena ser considerado um avanço ainda é difícil fazer um balanço em termos de indicadores de saúde da população, diante da falta de pesquisas ou, ainda, a inconsistência de dados, fatos que não permitem a construção de comparativos. Segundo o Inquérito Nacional de Saúde e Nutrição dos Povos Indígenas, devido as drásticas transformações no estilo de vida e a interação com a população não indígena, os povos originários começaram a sofrer de obesidade, pressão arterial e diabetes. Os resultados do fórum também apontaram para elevada prevalência de desnutrição e anemia em mulheres e crianças indígenas.

Pressões exercidas pela expansão dos projetos de colonização rural e empresas agropecuárias, garimpos e indústria extrativista, aliadas a ambientes degradados, comprometem seriamente sua segurança alimentar e saúde geral da população, mas alcançam mais sorrateiramente àqueles que retiram seus alimentos da própria terra, caso dos indígenas que ainda residem em suas terras. Os indígenas que, atualmente, residem em áreas urbanas, não mais produzem diretamente os alimentos consumidos, fato que também corrobora para a agudização de problemas de saúde. (Fiocruz, 2010).

Para o Instituto Socioambiental alguns casos relacionados ao direito à saúde são emblemáticos no Brasil. Veja-se:

as mortes por desnutrição das crianças Guarani Kaiowá no Mato Grosso do Sul, a volta da epidemia de malária entre os Yanomami de Roraima e Amazonas, o alto índice de vítimas fatais causados por acidentes ofídicos no Alto Rio Negro, o falecimento de dezenas de crianças Apinajé no Tocantins e Marubo do Vale do Javari, no Amazonas. Nem o Parque

Índigena do Xingu, espécie de cartão-postal da política indigenista oficial e que conta há 40 anos com a presença de médicos da Universidade Federal de São Paulo, se vê livre de sérios problemas: atualmente uma epidemia de doenças sexualmente transmissíveis (DSTs) avança sobre a população xinguana, causando, como mais grave consequência, a morte de mulheres por câncer de colo de útero. (Instituto Socioambiental, 2018, s.p.)

Não bastasse a incidência de malária, tuberculose e DST's que avançam sobre os povos indígenas das diferentes regiões do Brasil, o mundo, em 2020, foi assolado pela pandemia da COVID-19. De acordo com dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) foi em dia 30 de janeiro de 2020, que a epidemia da doença causada pelo novo coronavírus, se constituiu uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional de acordo com o previsto no Regulamento Sanitário Internacional.

Em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi qualificada pela OMS como uma pandemia, sendo que já foram confirmados no mundo mais de 25 milhões de infectados, segundo a plataforma da Universidade Johns Hopkins em 30 de agosto de 2020. O Brasil, atinge a marca de 3.862.311 infectados e ultrapassa a marca de 120 mil mortos em decorrência da infecção pelo vírus.

O coronavírus despertou, em inúmeros Estados, uma crise sanitária que está adquirindo contornos de crise política diante das decisões acerca das medidas enfrentamento à pandemia. No Brasil, as maiores discussões, se deram entre as autoridades quando da edição da Medida Provisória (MP) 926/2020⁵. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341 proposta perante o STF pelo Partido Democrático Trabalhista apontou que a MP violou o regime de cooperação entre os entes federativos, pois confiou à União as prerrogativas de isolamento, quarentena, interdição de locomoção, de serviços públicos e atividades essenciais e de circulação. A maioria dos membros da Corte entenderam que a União pode legislar sobre o tema, mas o exercício desta competência deve sempre resguardar a autonomia dos demais entes. No entendimento do Ministro Edson Fachin, a possibilidade do chefe do Executivo Federal definir por decreto a essencialidade dos serviços públicos, sem observância da autonomia dos entes locais, afrontaria o princípio da separação dos poderes.

As orientações da OMS (2020), indicam que, para a contenção do vírus, é preciso isolamento, quarentena e distanciamento social, principalmente diante do fato de não haver vacina, associado à rapidez do contágio. Para Sánchez Bravo (2020):

Lo desconocido, y al mismo tiempo, contundente de la pandemia, aunque las noticias llegaban alarmantes desde enero, hacen que las políticas que se implementan se basen en procesos de aciertos y error, con lo que ello supone, infelizmente, de pérdidas de vidas humanas (p. 66).

Ainda, em março de 2020 a Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO) e Associação Brasileira de Antropologia (ABA) emitiram uma Nota Técnica acerca dos

⁵ A medida provisória foi convertida na Lei 14.035/2020 em 11 de agosto de 2020.

desafios e medidas necessárias para conter o avanço da Covid-19 entre a população indígena. A suscetibilidade à doença atinge a todos, indígenas e não indígenas, porém, a iniquidade previamente instalada em suas condições de vida e situações de saúde, que tende a afetá-los de modo mais negativo.

Experiências anteriores à pandemia, demonstraram que doenças infecciosas introduzidas em grupos indígenas se espalharam mais rapidamente, comparativamente à população não indígena. A existência de comorbidades tornam essas pessoas mais vulneráveis a complicações, gerando preocupação sobre o modo como a epidemia poderá se comportar na população indígena, em termos de evolução e gravidade.

Os desafios para cumprir as orientações da OMS no que tange ao isolamento dos indígenas são enormes diante das habitações que frequentemente têm grande número de moradores e, diante das características da vida comunitária. Para garantir o isolamento, quarentena e afastamento, a Nota é taxativa ao apontar como sendo uma das principais estratégias de prevenção o controle da entrada de pessoas com ou sem sintomas respiratórios (incluindo casos suspeitos e confirmados) em territórios indígenas.

A lei 14.021, de 7 de julho de 2020 passou a dispor sobre medidas de proteção social para prevenção do contágio e da disseminação da COVID-19 nos territórios indígenas através da criação de um Plano Emergencial para enfrentamento do coronavírus, com objetivo de assegurar o acesso aos insumos necessários à manutenção das condições de saúde para prevenção do contágio e da disseminação da Covid-19, bem como para o tratamento e a recuperação dos infectados, com observância dos direitos sociais e territoriais dos povos indígenas. (art. 4º).

Sob duras críticas da camada política e da sociedade civil, o Presidente do Brasil, sancionou a lei com vetos. Entre os dispositivos vetados estão cesso universal a água potável; distribuição gratuita de materiais de higiene, limpeza e desinfecção de superfícies; oferta emergencial de leitos hospitalares e de unidade de terapia intensiva (UTI); aquisição de ventiladores e máquinas de oxigenação sanguínea; distribuição de materiais informativos sobre a covid-19; e pontos de internet nas aldeias.

De acordo com a Lei 14.021 (Brasil, 2020) o atendimento dos indígenas que moram fora das terras demarcadas deve ser feito diretamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e não lhe é garantido o acesso ao subsistema de atenção à saúde indígena. Para que sejam “respeitadas as especificidades culturais e sociais dos povos”, os pacientes devem apresentar “comprovação documental”, como o Registro Administrativo de Nascimento do Indígena (Rani) ou a certidão de nascimento com identificação étnica, no intuito de restringir o acesso à saúde do povo que reside em área ainda não demarcada.

Os conflitos entre os povos indígenas – ou de sua maioria, com o Governo Federal no Brasil antecede à pandemia. Durante a campanha eleitoral de 2018, o ora presidente Bolsonaro, apresentava, enquanto promessa de governo a paralização das demarcações de terras indígenas (tem cumprido) e atuaria na busca para reduzir as áreas já demarcadas. A pauta inclui, ainda, a abertura das terras indígenas para atividades econômicas de grande escala, a exemplo da mineração e do agronegócio. Depois de

eleito, permaneceu com o mesmo teor discursivo, inclusive na abertura da 74ª Assembleia Geral das Nações Unidas referiu “O índio não quer ser latifundiário pobre em cima de terras ricas. Especialmente das terras mais ricas do mundo. É o caso das reservas Ianomâmi e Raposa Serra do Sol. Nessas reservas, existe grande abundância de ouro, diamante, urânio, nióbio e terras raras, entre outros.” (Brasil, 2019), defende publicamente atividades ilegais praticadas em territórios por invasores, a exemplo do garimpo e da extração da madeira. (Projeto de Lei 191/2020).

Contudo, o conflito entre os povos indígenas e o governo brasileiro foi aumentando na mesma velocidade da transmissibilidade da covid-19. Segundo a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) o colapso sanitário está instalado. Em 29 de agosto de 2020 estavam confirmados 28.744 indígenas afetados em 156 povos. A articulação contabiliza a morte de 757 indígenas pelo coronavírus. Para denunciar o descaso do Estado, a necessidade da luta pelo direito de existir e viver e, ainda, contra o genocídio e etnocídio do povo indígena, a APIB ingressou no STF com uma ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 709/2020.

4. Violação De Preceito Constitucional E O Direito De Existir Dos Povos Indígenas

A ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) foi introduzida no direito brasileiro através da Constituição de 1988 (Brasil, 1988) e regulamentada apenas em 03 de dezembro de 1999, pela Lei 9.882 (Brasil, 1999). É um instrumento constitucional de controle concentrado, cuja competência para processar e julgar ficou reservada para o Supremo Tribunal Federal (STF), corte Suprema no Brasil.

A ação, juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade, a declaratória de constitucionalidade, a direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, bem como o recurso extraordinário formam, atualmente, o núcleo do sistema de controle de constitucionalidade e legitimidade de leis ou atos normativos, e omissões. (Mendes; Branco, 2017). Tal como outros países da América Latina, a ordem jurídica brasileira não possui apenas um instrumento para a defesa de direitos subjetivos públicos.

A ADPF é uma das novidades da Constituição Federal e tem como objetivo suprir as lacunas deixadas pelas ações diretas de inconstitucionalidade, que não podem ser propostas contra leis ou atos normativos que entraram em vigor antes a promulgação da própria Constituição, nem contra atos municipais. Sua previsão constitucional se deu de forma bastante singela “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei” (art. 102, § 1º, Brasil, 1988), porém, a ação produz efeitos *erga omnes* e vinculante.

A ADPF é utilizada para evitar ou reparar lesão a algum preceito fundamental resultante de atos da União, estados, Distrito Federal e municípios, mas só pode ser admitida quando não houver outro meio eficaz capaz de sanar a lesividade apontada (art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999), daí seu caráter de subsidiariedade. O parâmetro constitucional violado deve ser preceito fundamental, conforme o art. 1º, *caput* da Lei 9.882/1999),

isto é, norma (princípio ou regra) da Constituição imprescindível para a preservação da sua identidade ou regime por ela adotado. (Novelino, 2015). Segundo Tavares (2001, p. 117) “o fundamental, portanto, apresenta a conotação daquilo sem o que não há como se identificar uma Constituição. São preceitos fundamentais aqueles que conformam a essência de um conjunto normativo-constitucional.”

Nesse sentido, doutrinariamente, concebe-se que, dentre as previsões constitucionais, os preceitos com caráter de fundamentalidade são os princípios fundamentais, constantes no Título I, os direitos e garantias fundamentais (Título II), àqueles que garantem autonomia aos entes federativos, os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII) e as cláusulas pétreas (art. 60, 4º). Ao enfrentar a temática na ADPF 33, o relator do caso, Ministro Gilmar Mendes, referiu que:

[...] É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados ‘princípios sensíveis’, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-Membros (art. 34, VII). É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de unidade da Constituição (*Einheit der Verfassung*) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. (STF, 2003, p 5-6).

Mas o Relator da ADPF 33 vai além e reconhece, em seu voto, um conceito extensivo de preceito fundamental, considerando a força normativa da Constituição:

(...) O efetivo conteúdo das ‘garantias de eternidade’ somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. Os princípios merecedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas ‘cláusulas pétreas’, parecem despídos de conteúdo específico. Essa orientação, consagrada por esta Corte para os chamados ‘princípios sensíveis’, há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados ‘preceitos fundamentais’. (...) É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. (...) Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. (STF, 2003, p 5-6).

Para o Ministro, a lesão a preceito fundamental não se configura apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como previsto na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio, tendo em vistas as conexões e interdependências dos princípios e regras.

Ao considerar a opção do legislador em não reconhecer taxativamente entre os dispositivos constitucionais àqueles que devem ser considerados preceitos fundamentais, valendo-se de um conceito jurídico indeterminado, a lei concedeu maleabilidade aos julgamentos do STF e à formação da sua jurisprudência. (Sarmiento, 2001).

Assim, o descumprimento é compreendido de modo mais amplo que a inconstitucionalidade, a fim de abranger toda e qualquer ameaça ou violação a preceitos constitucionais fundamentais, inclusive causadas por atos do poder público anteriores à Constituição da República Federativa do Brasil.

A ADPF 709/DF foi imperada para evitar o genocídio e o etnocídio do povo indígena no Brasil por conta da contaminação desenfreada da covid-19, associada à adoção de políticas anti-indigenista pelo governo federal. Segundo a APIB requerente na ação⁶, um conjunto de atos comissivos e omissivos do Poder Público, relacionados ao combate à pandemia por COVID-19, que implicariam alto risco de contágio e de extermínio de diversos povos indígenas, em violação à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III), aos direitos à vida (CF, art. 5º, caput) e à saúde (CF, arts. 6º e 196), bem como ao direito de tais povos a viverem em seu território, de acordo com suas culturas e tradições (CF, art. 231).

Segundo os requerentes, o contágio e a expansão da pandemia por COVID-19 estão ocorrendo em grande velocidade entre os povos indígenas. Tais comunidades reuniriam componentes que as tornam mais vulneráveis ao vírus do que a população em geral. Em primeiro lugar, os indígenas detêm maior vulnerabilidade imunológica, pois historicamente mais suscetíveis a doenças infectocontagiosas, diante da sua menor exposição a tais patologias.

Em segundo lugar, maior vulnerabilidade sociocultural: seu modo de vida tradicional é geralmente marcado por um intenso contato comunitário, com o compartilhamento de habitações e utensílios, além de viverem, muitas vezes, em áreas remotas ou de difícil acesso. E essas características favoreceriam uma maior taxa de mortalidade entre indígenas, em decorrência da COVID-19, uma maior propagação do vírus em suas comunidades, bem como menor acesso a serviços de saúde. Os requerentes afirmam já haver indícios técnicos de que a população indígena seria rapidamente e gravemente afetada.

À vulnerabilidade política dos povos indígenas, reconhece-os como grupos minoritários, cujas práticas culturais e condições geográficas não favorecem a viabilidade

⁶ Atuam como *amicus curie* o Partido Socialista Brasileiro, Partido Socialismo e Liberdade, Partido Comunista do Brasil, Rede Sustentabilidade, Partido dos Trabalhadores, Partido Democrático Trabalhista, Conselho Indigenista Missionário – CIMI, Conecta Direitos Humanos – Associação Direitos Humanos em Rede, ISA – Instituto Socioambiental, Defensoria Pública da União, Movimento Nacional de Direitos Humanos, Conselho Indígena Tapajós e Arapiuns, Terra de Direitos, e Comissão Guarani Yvyrupa.

de sua representação pelos mesmos meios reconhecidos pelo Estado brasileiro. Em razão disso, as comunidades indígenas enfrentariam enorme dificuldade em ter os seus interesses contemplados nas instâncias majoritárias e teriam baixíssimo acesso a todo tipo de serviços públicos essenciais. Tal vulnerabilidade se agravou no curso do atual governo, dada a evidente resistência manifestada pelo Chefe do Executivo à proteção aos direitos dos indígenas e ao meio ambiente de que dependem.

A APIB imputa, na petição inicial, os seguintes atos comissivos e/ou omissivos ao Poder Público: a não contenção de invasões às terras indígenas ou a não remoção de seus invasores, que ingressam nas respectivas áreas para a prática de ilícitos como: grilagem, garimpo ilegal e extração ilegal de madeira, forçando contato com as tribos; ações imperitas do governo federal em matéria de saúde, com o ingresso, em terras indígenas, de equipes de saúde sem cumprimento de quarentena e sem a observação de medidas de prevenção ao contágio; decisão política da Fundação Nacional do Índio – FUNAI e da Secretaria Especial de Saúde Indígena - SESAI de só prestar assistência especializada de saúde a povos residentes em terras indígenas homologadas, remetendo-se os indígenas não aldeados (urbanos) ao SUS geral (sem expertise para trato de indígenas) e, aparentemente, deixando as demais tribos, que residem em terras indígenas pendentes de homologação, sem atendimento; não elaboração de um plano pormenorizado e concreto, que contenha uma estratégia de proteção das comunidades indígenas e um cronograma de implementação, com a participação das comunidades indígenas.

Com base nos argumentos, requereram em análise preliminar: à União tome todas as medidas necessárias para que sejam instaladas e mantidas barreiras de proteção das terras indígenas onde estão localizados povos isolados ou de recente contato⁷; a instalação e funcionamento da Sala de Situação para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais diante do estabelecimento de situações de contato, surtos ou epidemias envolvendo os Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato; União Federal que tome imediatamente todas as medidas necessárias para a retirada dos invasores nas Terras Indígenas Yanomami, Karipuna, Uru-Eu-Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Munduruku e Trinchira Bacajá, valendo-se para tanto de todos os meios necessários, inclusive, se for o caso, do auxílio das Forças Armadas; que a União garanta acesso aos serviços do Subsistema de Saúde Indígena do SUS devem ser imediatamente prestados a todos os indígenas no Brasil, inclusive os não aldeados (urbanos) ou que habitem áreas que ainda não foram definitivamente demarcadas; seja determinado a elaboração de um plano de enfrentamento para os povos indígenas brasileiros.

A ação foi distribuída ao Ministro Luis Roberto Barroso que na Medida Cautelar reconheceu a legitimidade ativa da APIB para a propositura da ação, na condição de entidade

⁷ Dos povos isolados, Alto Tarauacá, Araribóia, Caru, Himerimã, Igarapé Taboca, Kampa e Isolados do Rio Envira, Kulina do Rio Envira, Riozinho do Alto Envira, Kaxinauá do Rio Humaitá, Kawahiva do Rio Pardo, Mamoadate, Massaco, Piripkura, Pirititi, Rio Branco, Uru-Eu-Wau-Wau, Tanaru, Vale do Javari, Waimiri-Atroari, e Yanomami; e dos povos de recente contato, Zo'é, Awa, Caru, Alto Turiaçu, Avá Canoeiro, Omerê, Vale do Javari, Kampa e Isolados do Alto Envira e Alto Tarauacá, Waimiri-Atroari, Arara da TI Cachoeira Seca, Araweté, Suruwahá, Yanomami, Alto Rio Negro, Pirahã, Enawenê-Nawê, Juma e Apyterewa.

de classe de âmbito nacional, consoante art. 103, IX da Constituição Federal. (BRASIL, 1988). Para o Ministro, todos os demais requisitos para a admissibilidade da ação foram observados.

Nesse sentido, a alegação de violação à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III), aos direitos à vida (CF, art. 5º, caput) e à saúde (CF, arts. 6º e 196), bem como ao direito dos povos indígenas a viverem em seu território, de acordo com suas culturas e tradições (CF, art. 231), enquadra-se como ameaça a preceito fundamental, conforme doutrina e jurisprudência sobre a matéria [2]. A ação volta-se contra um conjunto de atos comissivos e omissivos, normativos e concretos, praticados pelo Poder Público, de natureza heterogênea, já indicados acima. Tais atos e os pedidos veiculados pelos requerentes só poderiam ser apreciados, em seu conjunto, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Não há outra ação direta que comporte tal objeto. E há necessidade de que se produza uma decisão com efeitos vinculantes e gerais para o Judiciário e para a Administração Pública. Está presente, portanto, a exigência de subsidiariedade da ação. (STF, 2020, p. 12).

Ao analisar os princípios da precaução e da prevenção, o Ministro apontou que a inicial contempla a descrição de um risco iminente de extermínio em massa de povos indígenas em decorrência da expansão da pandemia por COVID-19. Associado à pandemia, o Ministro Barroso registou a resistência do governo na concretização dos direitos dos povos indígenas⁸, fato que reforça o dever de cuidado por parte do STF, bem como, a necessidade de um diálogo intercultural.

Para a proteção de povos em isolamento e de contato recente reconheceu, nos termos das diretrizes internacionais da ONU e da Comissão IDH (Resolução nº 1/2020) que a “a medida protetiva mais eficaz a ser tomada em favor de tais povos é assegurar-lhes o isolamento da sociedade envolvente, por meio de barreiras ou cordões sanitários que impeçam – inclusive com o uso da força, se necessário – o acesso de estranhos às suas terras.” (STF, 2020, p. 17).

A criação de Sala de Situação para a gestão de epidemia, no que respeita a povos indígenas e de recente contato, tem previsão na Portaria Conjunta nº 4.098/2018, do Ministério da Saúde e da Funai. Veja-se, há norma vigente, não há o que falar em interferência do Poder Judiciário ou ainda, de interferência em decisões políticas acerca de políticas públicas, mas mera implementação de norma, não observada pelo Estado.

A determinação de que os serviços do Subsistema Indígena de Saúde sejam acessíveis a todos os indígenas aldeados, independentemente de suas reservas estarem ou não homologadas. Quanto aos não aldeados, por ora, a utilização do Subsistema de Saúde Indígena se dará somente na falta de disponibilidade do SUS geral.

⁸ De fato, a imprensa atribui ao atual Presidente da República as seguintes declarações: “Não entro nessa balela de defender terra pra índio”; “[reservas indígenas] sufocam o agronegócio” (Campo Grande News, 22.04.2015); “Em 2019 vamos desmarcar [a reserva indígena] Raposa Serra do Sol. Vamos dar fuzil e armas a todos os fazendeiros” (No Congresso, 21.01.2016); “Se eu assumir [a Presidência do Brasil] não terá mais um centímetro quadrado para terra indígena” (Dourados, Mato Grosso do Sul, 08.02.2018); “Reservas indígenas inviabilizam a Amazônia” (Revista Exame, 13.02.2020).

Por fim, a determinação de elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros, de comum acordo, pela União e pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, com a participação das comunidades indígenas, observados os prazos e condições especificados na decisão.

Assim, a medida cautelar foi deferida parcialmente e referendada pelo Tribunal Pleno. Para Luiz Henrique Eloy, indígena, advogado da APIB, a presença da articulação como autora da ADPF é um ponto fundamental, pois,

Durante muito tempo os povos indígenas foram colocados numa posição de subalternidade legal. Ainda no início da colonização questionou-se até se os “índios eram detentores de almas”. Foi preciso um documento do Papa reconhecendo que os mesmos possuíam alma e, portanto, eram passíveis de catequização. Superado esta visão, os povos indígenas foram subjugados a tutela jurídica, considerados como incapazes para a prática dos atos da vida civil, estes não podiam se fazer representar, necessitando sempre do aval do Serviço de Proteção ao Índio (SPI) e depois da Fundação Nacional do Índio (Funai). (Eloy, 2020, s.p.).

Somente com a Constituição Federal de 1988 que os povos indígenas tiveram reconhecido o direito de estarem em juízo defendendo seus direitos e interesses. A Carta constitucional rompeu com o paradigma tutelar e integracionista que até então orientava a política indigenista brasileira. Mas, passados mais de 30 anos da sua promulgação, esta é a primeira vez que os povos indígenas vão ao STF, em nome próprio, defendendo direito próprio e por meio de seus advogados, propondo uma ação de jurisdição constitucional. (Eloy, 2020).

A ADPF 709 permanece em tramitação junto ao STF. Como uma invocação em um ritual, ao som do maracá, os povos indígenas brasileiro postulam, judicialmente, o reconhecimento do direito de existir, pelo direito de não ser exterminado, seja por políticas anti-indigenistas, seja pela Covid-19.

5. Considerações Finais

O coronavírus, considerado pandemia pela OMS, vem causando um cenário catastrófico mundialmente. Os números de infectados e mortos se alastram rapidamente diante do alto fator de contágio do vírus. Não bastasse a crise sanitária, muitos países estão aproximando-se de uma crise política, principalmente pela necessidade de tomadas de decisões pelo poder público que, por vezes se omite ou, ainda, enfrenta a pandemia com parcimônia.

O artigo analisou o caso brasileiro, mais precisamente o enfrentamento da propagação e mortalidade do vírus em comunidades indígenas. O *locus* para a análise é o reconhecimento do direito à saúde como um direito fundamental, garantido pela Constituição Federativa do Brasil. Diante da sua indissociabilidade do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, passa a ser cânone de preceito fundamental.

O Estado brasileiro, após lutas de comunidades indígenas, que se espalham por praticamente todo o território nacional, reconheceu que a garantia constitucional do direito à saúde aos povos indígenas precisava considerar as particularidades dos destinatários. Com isso, além do Sistema único de saúde, foi criado um subsistema destinado a saúde primária de indígenas aldeados ou não, residentes em terras demarcadas ou em processo demarcatório. Apesar das grandes dificuldades ainda apresentadas a criação do subsistema foi um avanço do Estado brasileiro.

Mas o cenário da população indígena brasileira que já sofria na linha de frente com os processos de desmatamento, poluição, mudanças climáticas, pois, dependem da relação que mantêm com a Terra para a sua subsistência agravou-se com a eleição presidencial de 2018.

De candidato à Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro manteve-se fiel aos discursos anti-indigenistas, que vão desde impedir o andamento de processos demarcatórios de terras indígenas à querer explorá-las economicamente através de madeireiros e garimpos. Com os primeiros casos de coronavírus no Brasil, além do negacionismo acerca da letalidade do vírus, o Estado, segundo denunciaram líderes indígenas, não estava tomando as medidas necessárias e cautelares para evitar a chegada do vírus às aldeias. O vírus atingiu, inclusive, as tribos indígenas de recente contato ou de isolamento.

Ao sancionar a Lei 14.021/2020, o Presidente da República vetou pontos importantes da legislação que trata de proteção de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais frente à pandemia de Covid-19, dentre os mais polêmicos estão o acesso à água potável, cestas básicas, materiais de higiene e limpeza, leitos hospitalares, distribuição de material informativo a indígenas, quilombolas e povos tradicionais.

Todo esse movimento anti-indigenista levou a Articulação dos Povos indígenas do Brasil a ingressar, junto ao Supremo Tribunal Federal, Suprema Corte brasileira, com uma Ação de Arguição de Descumprimento de preceito fundamental, denunciando as falhas e omissões do governo federal e o alto grau de contágio do coronavírus podem resultar no extermínio de etnias no Brasil.

A ação foi distribuída ao Ministro Luís Roberto Barroso que, em sede de análise cautelar determinou a criação de barreiras sanitárias, de uma sala de situação, da apresentação de um plano de enfrentamento ao Covid-19 e a determinação que a União apresente um plano e cronogramas de desintrusão para a retirada de invasores.

As medidas cautelares foram referendadas pelo Pleno do STF e a ação permanece em andamento. Enquanto as determinações judiciais não surtem o efeito desejado, indígenas permanecem denunciando o genocídio e o etnocídio do Estado brasileiro e lutam diuturnamente para garantir seu direito de existir.

6. Referências

- Abrasco; ABA. (2020). *A covid-19 e os povos indígenas: desafios e medidas para controle de seu avanço*. 21 mar. 2020. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/noticias/posicionamentos-oficiais-abrasco/a-covid-19-e-os-povos-indigenas-desafios-e-medidas-para-controle-do-seu-avanco/45866/>. Acesso 17 ago. 2020.
- Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 17 ago. 2020.
- Brasil. (1990). *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em 17 ago. 2020.
- Brasil. (1999). *Lei nº 9.836, de 23 de setembro de 1999*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9836.htm. Acesso em 17 ago. 2020.
- Brasil. (1999). *Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm#:~:text=LEI%20No%209.882%2C%20DE%203%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,102%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal. Acesso em: 17 ago. 2020.
- Brasil. (2020). *Lei nº 14.021, de 7 de julho de 2020*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.021-de-7-de-julho-de-2020-265632745>. Acesso em 17 ago. 2020.
- Brasil. (2020). *Medida provisória nº 926, de 20 de março de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso 17 ago. 2020.
- Brasil. (1999). Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. *Portaria nº 1.163, de 14 de setembro de 1999*. Disponível em: http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/files_mf/Pm_1163_1999.pdf. Acesso em 17 ago. 2020.
- Brasil. Ministério das Relações Exteriores. (2019). *Discurso do presidente Jair Bolsonaro na abertura da 74ª Assembleia Geral das Nações Unidas*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/discursos-artigos-e-entrevistas-categoria/presidente-da-republica-federativa-do-brasil-discursos/20890-discurso-do-presidente-jair-bolsonaro-na-abertura-da-74-assembleia-geral-das-nacoes-unidas-nova-york-24-de-setembro-de-2019>. Acesso em 28 ago. 2020.
- Brasil. (2020). *Projeto de Lei nº 191, de 6 de fevereiro de 2020*. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236765>. Acesso em 17 ago. 2020.
- Brasil. (2020). Supremo Tribunal Federal. **ADPF 33/PA**. Medida Cautelar. Relator Ministro Gilmar Mendes Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348434>. Acesso em 17 ago. 2020.
- Brasil. (2020). Supremo Tribunal Federal. **ADI 6341/DF**. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em 17 ago. 2020.
- Brasil. (2020). Tribunal Federal. **ADPF 709/DF**. Medida Cautelar. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>. Acesso 17 ago. 2020.

- Bobbio, N. (2004). *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- Bonavides, P. (2002). *Curso de direito constitucional*. 6 eds. São Paulo: Malheiros, 2002.
- Canotilho, J. J. G. (1993). *Direito Constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CIDH. (2020). *Pandemia e Direitos Humanos nas Américas*. Resolução 1/2020. Disponível em <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em 17 ago. 2020.
- Comparato, F. K.. (2013). *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- Eloy, L. H.. (2020). *ADPF 709 no Supremo: Povos Indígenas e o direito de existir! 1 ago. 2020*. Disponível em <http://apib.info/2020/08/01/adpf-709-no-supremo-povos-indigenas-e-o-direito-de-existir/>. Acesso em 17 ago. 2020.
- Fiocruz. (2020). *Inquérito nacional revela perfil de saúde e nutrição dos povos indígenas*. 14 maio 2010. Disponível em <https://agencia.fiocruz.br/inqu%C3%A9rito-nacional-revela-perfil-de-sa%C3%BAde-e-nutri%C3%A7%C3%A3o-dos-povos-ind%C3%ADgenas>. Acesso em 17 ago. 2020.
- Instituto Socioambiental. (2006). *Caos e retrocessos*. Junho de 2006. Disponível em https://pib.socioambiental.org/pt/Caos_e_retrocesso. Acesso em 17 ago. 2020.
- Johns Hopkins University. (2020). *COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU)*. 30 ago. 2020. Disponível em <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em 30 ago. 2020.
- Mendes, G. F.; Branco, P. G. G.. (2017). *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. rev. e atual. Dão Paulo: Saraiva, 2017.
- Novelino, M.. (2015). *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. atual. Salvador: Ed. JusPodvim, 2015.
- Organização Mundial Da Saúde [OMS]. (2020). *La OMS, la Fundación pro Naciones Unidas y sus asociados ponen en marcha el Fondo de Respuesta Solidaria a la COVID-19, primera iniciativa en su género*. Disponível em <https://www.who.int/es/news-room/detail/13-03-2020-who-un-foundation-and-partners-launch-first-of-its-kind-covid-19-solidarity-response-fund>. Acesso em 17 ago. 2020.
- Organização Internacional Do Trabalho [OIT]. (2020). *Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes [Convenção 169]*. 27 jun. 1989. Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20C2%BA%20169.pdf>. Acesso em 17 ago. 2020.
- Peña Freire, A. M.. (1997). *La garantía en el Estado Constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997
- Pilau Sobrinho, L. L. (2016). *Comunicação e direito à saúde*. Sevilha: Punto Rojo Libros, 2016.
- Sánchez Bravo, Á. A.. (2020). *Covid-19: Impactos y efectos. Uma reflexión desde e inicio del fin del confinamiento*. In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; CALGARO, Cleide; ROCHA, Leonel Severo.(orgs.). **Covid-19 e seus paradoxos**. Itajaí: Univali, 2020.

- Sarlet, I. W. (2019). *La eficacia de los derechos fundamentales: Una teoría general desde la perspectiva constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2019.
- Sarmento, D. (2001). Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: Tavares, André Ramos; Rothenburg, Walter Claudius (org.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei Nr 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.
- Sarmento, D. (2006). *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- Sarmento, D. (2010). *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- Tavares, A. R. (2001). *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- Tavares, A. R. (2010). *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

El Estado de derecho como valor fundamental de la unión europea¹

The rule of law as a fundamental value of the european unión

Alvaro A. Sánchez Bravo²

Recibido: 17/09/2020 – Aprobado: 02/11/2020 – Publicado: 30/11/2020

Resumen:

El Estado de Derecho constituye un elemento imprescindible para una democracia plena. No obstante, su acogida como valor fundamental en los Tratados y la legislación de la Unión Europea, se están produciendo fuertes ataques al mismo, que están intentando ser sofocados con los mecanismos institucionales adecuados, con dispar éxito, lo que lleva a la necesidad de replantear con más contundencia esta cuestión en el seno de la organización comunitaria europea.

Palabras Clave: Estado, Derecho, Democracia, Europa

Abstract:

The rule of law is an essential element for a full democracy. However, its reception as a fundamental value in the Treaties and the legislation of the European Union, strong attacks are taking place on it, which are trying to be quelled with the appropriate institutional mechanisms, with mixed success, which leads to the need to rethink with more forcefulness this question within the European community organization.

Keywords: State, Law, Democracy, Europe.

¹ Texto revisado, ampliado y actualizado de mi artículo “Reforzar el Estado de Derecho en la Unión Europea” en la obra colectiva, edic., a cargo de A. Sánchez Bravo, Derechos Humanos, Ciudadanía y Globalización, Punto Rojo Libros, Sevilla, 2017, pp. 170-186.

² Doctor en Derecho. Universidad de Sevilla. Facultad de Derecho. Sevilla. España. elialva@us.es. ORCID: 0000-0002-8610-3240

1. Introducción

En un Estado de Derecho, todos los poderes públicos actúan siempre dentro de los límites fijados por la ley, de conformidad con los valores de la democracia y los derechos fundamentales, y bajo el control de órganos jurisdiccionales independientes e imparciales (Comité Económico y Social Europeo [CESE], 2019, p.1)

Conforme al art. 2 del Tratado de la Unión Europea,

La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres (Unión Europea [UE], 2010, p.20)³

No obstante, estos importantes valores, han acontecido en algunos Estados miembros (por ejemplo, los casos de Polonia (UE, 2016)⁴ y Hungría (UE, 2016)⁵ los cuales han demostrado la falta de respeto a los mismos, y como la Unión Europea carece de mecanismos adecuados para responder rápidamente a las amenazas a que pueda estar sometida la democracia de un Estado miembro frente al irrespeto o no consolidación de dichos valores dentro de los Estados que los infunden.

A pesar de lo anterior, el respeto a la democracia y los valores en que se fundamenta constituye, a nivel europeo, el soporte de la confianza entre los Estados y el basamento de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Los derechos humanos y la democracia se refuerzan mutuamente. Si bien, los sistemas democráticos pueden manifestarse de diferentes formas, todos ellos tienen el común denominador de lograr el respeto de los derechos humanos, ya sean civiles y políticos o económicos, sociales y culturales. (UE, 2016, p.34)

Además, como ha señalado el CESE, “la Unión Europea no es sólo un mercado común; es una unión de valores comunes...Estos valores, en los que se basa la Unión Europea, constituyen el fundamento de la integración y forman parte de la integridad europea”. (CESE, 2016)

Pero de mano a la democracia y los derechos humanos, el Estado de Derecho constituye uno de los tres pilares de la arquitectura axiológica de la Unión, constituyendo la columna vertebral de las democracias constitucionales modernas, que derivan de las tradiciones constitucionales comunes a todos los Estados miembros de la Unión (Comisión Europea [CE], 2014, p.2)

³ Igualmente, conforme al art. 49 TUE, el respeto del Estado de Derecho es un requisito para imprescindible para la adhesión a la UE.

⁴ Recomendación (UE) 2016/1374 de la Comisión, de 27 de julio de 2016, relativa al Estado de Derecho en Polonia.

⁵ sobre el Estado de Derecho en Polonia que complementa la Recomendación (UE) 2016/1374

Ahora bien, el contenido concreto de los principios y normas que se derivan del Estado de Derecho pueden manifestarse de manera diferente en cada Estado miembro. Inicialmente, los sistemas constitucionales y la estructura del poder judicial de los diferentes Estados Miembros UE, están teóricamente establecidos y dotados de mecanismos para proteger a los ciudadanos de las amenazas que sobrevuele el Estado de Derecho, pero, en la realidad, se ha demostrado que la violación del Estado de Derecho, y demás valores democráticos, puede convertirse en un grave problema. En los casos en que la Unión ha tenido que hacer frente a estas situaciones, no en todos los casos se ha conseguido articular una respuesta eficaz y rápida frente a las amenazas que se han presentado. (CE, 2014, p.2)

2. El Estado de Derecho en la unión europea

Señala Pérez Luño (2003), como:

La idea guía del Estado de Derecho, en el que los derechos fundamentales no aparecen como concesiones, sino como el corolario de la soberanía popular, a través de cuyo principio la ley no sólo implica un deber, sino también un derecho para el individuo. Se cumplía así el axioma a tenor del cual el hombre sólo puede ser libre en un Estado libre, y el Estado sólo es libre cuando se edifica sobre un conjunto de hombres libres. (p.212)

Estas esclarecedoras palabras nos indican también como dentro de la UE, y dada su arquitectura organizativa, el Estado de Derecho, reviste una importancia capital, constituyendo un elemento necesario para defender los derechos y las diferentes obligaciones que surgen a partir de la constatación de los Tratados y del Derecho Internacional. Como ha señalado la Comisión, la confianza por parte de los ciudadanos y de las autoridades nacionales al derecho internacional es totalmente trascendental para que pueda funcionar la UE “como un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores”. (CE, 2014, p.5)

Además, no debe olvidarse que estamos hablando de derechos de las personas, no de los gobiernos ni de los Estados Miembros, por lo que la prioridad en su defensa debe ser inmediata (CESE, 2016).

Con anterioridad a que el principio del Estado de Derecho se mencionara explícitamente en los Tratados, fue el Tribunal de Justicia, en su jurisprudencia, el que ha determinado como el Estado de Derecho es la fuente de principios plenamente justiciables aplicables en el ordenamiento jurídico de la UE. (CESE, 2014, p.1)

Siguiendo lo establecido por la propia Comisión Europea, y transcribiendo su propia iniciativa, indicar que los principios que pueden incardinarse dentro del Estado de Derecho son los siguientes:

a) El principio de legalidad, que en términos sustanciales implica la existencia de un proceso legislativo transparente, responsable, pluralista y democrático. El Tribunal de Justicia ha confirmado el principio de legalidad como un principio fundamental de la Unión, al afirmar que «[...] en una comunidad de Derecho, debe garantizarse debidamente el respeto de la legalidad» (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2004, párr,64)

b) La seguridad jurídica, que requiere, entre otras cosas, que las normas sean claras y previsibles y no puedan modificarse retroactivamente. El Tribunal de Justicia ha puesto de relieve la importancia de la seguridad jurídica al afirmar que, en virtud de los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, «[...] los efectos de la legislación de la [Unión] deben ser claros y previsibles para quienes están sujetos a ella [...]». El Tribunal declaró también que «[...] el principio de seguridad jurídica se opone a que un acto [de la Unión] entre en vigor antes de su publicación, y que solo podría ser de otro modo, con carácter excepcional, cuando la finalidad que debe conseguirse lo exija y cuando se respeten debidamente las expectativas legítimas de los afectados» (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 1981)

c) Prohibición de arbitrariedad de los poderes ejecutivos. El Tribunal de Justicia ha declarado lo siguiente: «Sin embargo, en todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de actividad privada de cualquier persona, sea física o jurídica, han de tener un fundamento legal y estar 1 La primera referencia al Estado de Derecho figura en el preámbulo del Tratado de Maastricht de 1992. El Tratado de Ámsterdam hace referencia al Estado de Derecho en el artículo 6, apartado 1, en términos sustancialmente idénticos a los del actual artículo 2 del TUE. 2 Asunto 294/83, «Les Verts» contra Parlamento Europeo, Rec. 1986, 01339, apartado 23. 3 Asunto C-496/99 P, Comisión contra CAS Succhi di Frutta Rec. 2004, I-03801, apartado 63. 4 Asuntos acumulados 212 a 217/80 Amministrazione delle finanze dello Stato contra Salumi, Rec. 2735, apartado 10. 1 justificadas por las causas previstas en la Ley, y, en consecuencia, dichos sistemas prevén, con diferentes modalidades, una protección frente a las intervenciones que fueren arbitrarias o desproporcionadas. La exigencia de esta protección debe, por tanto, ser reconocida como un principio general del Derecho [de la Unión] [...]» (Tribunal de Justicia Europea, 1989, párr, 19)

d) Tutela judicial efectiva e independiente, incluido el respeto de los derechos fundamentales. El Tribunal reiteró que «la Unión es una Unión de Derecho cuyas instituciones están sujetas al control de la conformidad de sus actos, en particular, con los Tratados, con los principios generales del Derecho y con los derechos fundamentales». El Tribunal especificó que esto supone, en particular, que «los particulares deben poder disfrutar de una tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico [de la Unión]». El Tribunal ha precisado claramente que el derecho a dicha tutela «forma parte de los principios generales del Derecho que resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Este derecho también ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos» (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2013, párr,91).

e) Además, por lo que respecta a la relación entre el derecho a un juicio justo y la separación de poderes, el Tribunal declaró expresamente que «[...] el principio general del Derecho [de la Unión] según el cual toda persona tiene derecho a un juicio justo, principio que se inspira en el artículo 6 del CEDH [...] implica el derecho a un tribunal independiente, en particular del poder ejecutivo [...]»⁷. El principio de la separación de poderes, desde luego, es un elemento importante para garantizar el respeto del principio del Estado de Derecho. No obstante,

puede adoptar diferentes formas, dados los distintos modelos parlamentarios y los diferentes grados en que este principio se aplica en el ámbito nacional. A este respecto, el Tribunal de Justicia se refería a la separación operativa de los poderes, que implica una tutela judicial independiente y efectiva, señalando que «[...] el Derecho de la Unión no se opone a que un Estado miembro reúna las funciones de legislador, administrador y juez, siempre que estas se ejerzan respetando el principio de separación de poderes propio del funcionamiento de un Estado de Derecho» (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2010, párr,58)

f) Igualdad ante la ley. El Tribunal ha destacado el papel de la igualdad de trato como principio general del Derecho de la UE, señalando que «procede recordar que el principio de igualdad de trato constituye un principio general del Derecho de la Unión, consagrado por los artículos 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2010, párr,54).

La labor jurisprudencial desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, confirma como estos principios no son requisitos meramente formales y procedimentales, o hasta cosméticos, como pretenden algunos y algunos Estados, sino que son el instrumento canalizador que garantiza el respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales y de la democracia.

3. Necesidad de proteger y reforzar el Estado de Derecho: mecanismos sancionadores en la unión europea

La erosión del Estado de Derecho, la gobernanza democrática y los derechos fundamentales constituye una grave amenaza para la seguridad, estabilidad y prosperidad de la Unión. Como señala el Parlamento Europeo,

La definición de los valores y principios fundamentales es un proceso permanente y dinámico, y que, si bien dichos valores y principios pueden evolucionar con el tiempo, deben protegerse frente al cortoplacismo y los cambios ad hoc resultantes de la sucesión de diferentes mayorías políticas. (Parlamento Europeo, 2016, p.5)

Como indicamos anteriormente la Unión Europea no se encuentra en su mejor momento. Fenómenos de diversa etiología e intensidad contribuyen a esta situación. Por un lado, un deficiente sistema institucional y normativo que carece de contundencia para resolver estas cuestiones, o que como veremos posteriormente, solo actúa en casos de violación “persistente y grave”. A nivel de los Estados miembros, algunas democracias han girado, bien desde sus gobiernos, bien desde sus parlamentos, hacia posiciones extremas, de corte nacionalista y autoritarias, comprometiendo gravemente el respeto de los derechos fundamentales en sus territorios. Por otro lado, la Unión europea vive una crisis humanitaria (Sánchez, 2017), que no de refugiados, que cuestiona nuestro sistema democrático y los valores que fundamentan la Unión, y que genera graves disensiones entre los Estados miembros, e incluso, con algunas organizaciones internacionales.

Todo esto ha puesto a prueba los valores y la solidaridad de la Unión. Frente a estos desafíos, es esencial salvaguardar los valores comunes de la democracia, los derechos fundamentales y el Estado de Derecho (Comisión Europea, 2016, p.2)

La Unión Europea dispone de mecanismos, uno general, y otro particular, para actuar ante situaciones de incumplimiento grave y reiterado.

El procedimiento general, procedimiento de infracción, se regula en el art.258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁶, que otorga a la Comisión Europea las competencias de control de la aplicación del Derecho de la Unión, velando por su buena aplicación y por la de las decisiones tomadas para este fin.

El procedimiento de infracción puede ser iniciado por la Comisión Europea de oficio o como consecuencia de una denuncia o queja de cualquier persona física o jurídica.

Por regla general, previamente al inicio de un expediente de infracción, la Comisión recurre a un diálogo estructurado -piloto UE- que facilita la comunicación y la resolución de problemas de aplicación del Derecho de la UE entre los servicios de la Comisión y las autoridades de los Estados miembros. Concluido sin éxito este procedimiento en fase temprana o en los casos en que no recurra al mismo, se pasa a la primera fase o fase administrativa del procedimiento de infracción en la que la Comisión solicita al Estado miembro, mediante una carta de emplazamiento, que le comunique en un determinado plazo sus observaciones sobre un determinado problema de aplicación del Derecho comunitario. Si no hay respuesta o la respuesta no es satisfactoria, elabora un dictamen motivado, en el que se pronuncia sobre la infracción y fija el contenido de un posible recurso por incumplimiento e insta al Estado a que se ponga fin al mismo en el plazo establecido.

Si el Estado miembro no pusiere fin al incumplimiento en el plazo señalado, la Comisión puede acudir al Tribunal de Justicia, iniciándose así la fase contenciosa del procedimiento de infracción, solicitando una sentencia que se pronuncie sobre el incumplimiento. Si, tras la sentencia, la Comisión considera que el Estado afectado no ha tomado las medidas necesarias para ejecutarla, pone en marcha el procedimiento previsto en el artículo 260 del TFUE, y recurre por segunda vez al Tribunal de Justicia, después de haberle dado a aquél la oportunidad de presentar sus alegaciones, proponiendo, esta vez, la imposición de una multa que puede ser una cantidad a tanto alzado, como sanción por el incumplimiento en sí, y/o una multa coercitiva que se devenga diariamente mientras no se cumpla la sentencia.

La posibilidad de imponer sanciones económicas al Estado miembro que no haya ejecutado una sentencia por incumplimiento fue introducida por el Tratado de Maastricht que modificó a tal efecto el artículo 171 del Tratado CEE, actualmente el artículo

⁶ Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.

^{si} el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

260, apartados 1 y 2, del TFUE. La Comisión adoptó, el 13 de diciembre de 2005, una Comunicación en la que establece la base sobre la que se calcula el importe de las sanciones (suma a tanto alzado o multa coercitiva).

Por su parte, el procedimiento especial, quedó establecido para aquellos supuestos en que se producen situaciones problemáticas no vinculadas a la aplicación de la legislación europea, y por tanto no computables como inobservancia de las obligaciones impuestas en los Tratados, pero que suponen una amenaza para el Estado de Derecho.

El art. 7 TUE (Tratado de Maastricht, 1992)⁷, tiene por objeto garantizar que todos los países que hacen parte de la UE respeten los valores comunes de la Unión, incluido el Estado de Derecho. Su ámbito de aplicación no se limita a las áreas cubiertas por legislación de la Unión Europea, sino que permite la intervención para proteger el Estado de Derecho cuando los Estados miembros actúen de manera autónoma conforme a sus legislaciones interna. Como explica la propia Comisión,

El carácter horizontal y general del posible ámbito de aplicación del artículo 7 TUE se entiende fácilmente por cuanto se refiere a un artículo cuyo objetivo es garantizar que se respetan las condiciones de pertenencia a la Unión. En efecto, sería paradójico limitar las posibilidades de intervención de la Unión exclusivamente al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y permitir a ésta ignorar las violaciones graves que pudieran producirse en los ámbitos de competencia nacional. En efecto, que un Estado miembro vulnere los valores fundamentales con un grado de gravedad tal que alcance la requerida para la aplicación del artículo 7 pudiera minar las bases mismas de la Unión y de la confianza entre sus miembros, fuere cual fuese el ámbito en el que se produjeran las violaciones.

⁷ 1. A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oirá al Estado miembro de que se trate y por el mismo procedimiento podrá dirigirle recomendaciones. El Consejo comprobará de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos.

2. El Consejo Europeo, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 tras invitar al Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones.

3. Cuando se haya efectuado la constatación contemplada en el apartado 2, el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo. Al proceder a dicha suspensión, el Consejo tendrá en cuenta las posibles consecuencias de la misma para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas. 30.3.2010 Diario Oficial de la Unión Europea C 83/19 ES Las obligaciones del Estado miembro de que se trate derivadas de los Tratados continuarán, en cualquier caso, siendo vinculantes para dicho Estado.

4. El Consejo podrá decidir posteriormente, por mayoría cualificada, la modificación o revocación de las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 3 como respuesta a cambios en la situación que motivó su imposición.

5. Las modalidades de voto que, a los efectos del presente artículo, serán de aplicación para el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y el Consejo se establecen en el artículo 354 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El artículo 7 otorga pues a la Unión una competencia de intervención muy distinta de aquella de que dispone para garantizar que los Estados miembros respeten los derechos fundamentales cuando aplican el Derecho de la Unión. Según jurisprudencia reiterada, los Estados miembros están obligados a respetar los derechos fundamentales en tanto que principios generales de Derecho comunitario. Pero dicha obligación sólo se extiende a las situaciones nacionales que corresponden al ámbito de aplicación del Derecho comunitario [3] Al contrario de lo que ocurre con los mecanismos que figuran en el artículo 7 TUE, el Tribunal de Justicia garantiza el respeto de dicha obligación como, por ejemplo, en el marco de un procedimiento por incumplimiento de una obligación (artículos 226 y 227 TCE) o de un recurso prejudicial (artículo 234 TCE). (Comisión Europea, 2003)

El artículo 7, apartado 1, del TUE solo se puede activar en caso de un «riesgo claro de violación grave» y el mecanismo sancionador del artículo 7, apartado 2, del TUE solo en caso de una «violación grave y persistente por parte de un Estado miembro» de los valores estipulados en el artículo 2. (Pérez, 2016)

De acuerdo con lo anterior, se presentan mecanismos preventivos y sancionadores, entre los cuales el primero permite al Consejo remitir un aviso a la UE y el segundo permite al Consejo suspender de manera temporal o definitiva la aplicación de los Tratados.

No obstante, estos mecanismos, como venimos reiterando, recientes acontecimientos en algunos Estados miembros han puesto de manifiesto como los mismos no son eficaces ni sirven para responder rápidamente a las amenazas al Estado de Derecho, por los que urge crear un nuevo marco europeo para reforzar el Estado de Derecho.

4. Nuevo marco europeo para reforzar el estado de derecho

En 2014 la Comisión Europea adoptó una Comunicación (CE, 2014) para reforzar el Estado de Derecho. Este nuevo marco propuesto pretende ser un complemento, un *tertium genus*, entre los procedimientos anteriormente descritos, a los que no suplanta, sino que complementa como una solución intermedia, que los precede y complementa respectivamente.

El objetivo del Marco es permitir a la Comisión Europea entablar un diálogo con el Estado miembro afectado con el fin de encontrar soluciones antes de recurrir a los mecanismos jurídicos existentes establecidos en el artículo 7 del Tratado y encontrar una solución, con el fin de prevenir la aparición de una amenaza sistémica para el Estado de Derecho, que afecte de forma negativa a la integridad, la estabilidad y el buen funcionamiento de las instituciones y mecanismos establecidos nacionalmente para garantizar el Estado de Derecho. El marco de la UE no está pensado para hacer frente a situaciones individuales o casos aislados de violación de los derechos fundamentales o errores judiciales.

En principio, las «garantías del Estado de Derecho» nacionales deberían ser suficientes para abordar los posibles problemas y pueden hallarse en cada país en:

- * el ordenamiento político, institucional o jurídico;
- * su estructura constitucional;
- * la separación de poderes (por ejemplo, entre el legislativo, el ejecutivo y el judicial);
- * la independencia e imparcialidad de su poder judicial o su sistema de control judicial (es decir, cuando los tribunales pueden pronunciarse sobre la validez de una actuación).

De acuerdo con ello, el Marco se activa al momento en el cual las «garantías del Estado de Derecho» nacionales no puedan responder eficazmente a las diferentes amenazas en un país de la UE.

El proceso se divide en tres etapas:

a) Evaluación de la Comisión: La Comisión debe recopilar y analizar toda la información pertinente y valorar si hay indicios claros de una grave amenaza contra el Estado de Derecho. Si, como consecuencia de ello, la Comisión cree que, en efecto, existe una situación de amenaza sistémica contra el Estado de Derecho, entablará un diálogo con el Estado miembro afectado remitiéndole un «dictamen de Estado de Derecho», que será un aviso al Estado miembro, y justificando sus preocupaciones. Se dará al Estado miembro correspondiente la posibilidad de responder.

b) Recomendación de la Comisión: En una segunda etapa, la Comisión publicará una «recomendación del Estado de Derecho» dirigida al Estado miembro, a menos que el asunto ya ha sido resuelto de manera satisfactoria. Recomendará que el Estado miembro solucione los problemas detectados en un plazo fijo y que informe a la Comisión de las medidas adoptadas a tal efecto. La Comisión hará pública su recomendación.

c) Seguimiento de la Recomendación de la Comisión: En una tercera etapa, la Comisión supervisará el curso dado por el Estado miembro a la recomendación. Si ese curso no es satisfactorio en el plazo fijado, la Comisión podrá recurrir a uno de los mecanismos establecidos en el artículo 7 del TUE.

Todo el proceso se basa en un diálogo permanente entre la Comisión y el Estado miembro interesado. La Comisión mantendrá al Parlamento Europeo y al Consejo periódica y debidamente informados.

El Parlamento europeo, por su parte, se muestra muy crítico con la situación en la que se encuentra la Unión europea, y asumiendo el mismo punto de partida de la Comisión, señala que:

La Unión tiene un gran número de instrumentos y procedimientos para garantizar la plena y correcta aplicación de los principios y los valores de los Tratados, pero que, en la práctica, dichos instrumentos y procedimientos parecen tener un alcance limitado o resultar inadecuados e ineficaces, o es poco probable que sean usados; que son muchos los que consideran que su aplicación desigual se debe a motivos políticos, es arbitraria y se dirige injustamente a determinados Estados (Parlamento Europeo, 2016, p.6-7)

Ante esta realidad, y el hecho que algunos Estados nieguen que el respeto de los principios y valores de la Unión sean una obligación derivada de los Tratados o que la Unión tenga poder para obligar a su cumplimiento, da un paso más y propone, y sobre la base del art. 295 TFUE⁸, la elaboración de un Pacto de la Unión sobre la Democracia, el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales, que incluyan elementos preventivos y correctores, y se apliquen a todos los Estados miembros, así como a las tres instituciones fundamentales de la Unión.

La Comisión acogió con satisfacción el objetivo general de la Resolución, que consiste en garantizar que los valores comunes de la UE se apliquen y se respeten 41. La Comisión considera, no obstante, que es preciso hacer el mejor uso posible de los instrumentos existentes, evitando los solapamientos. Una serie de agentes e instrumentos existentes ya aporta un conjunto de medios complementarios y eficaces para promover y defender los valores comunes. La Comisión seguirá valorando y aprovechando esos medios. Una de las ideas subyacentes del Parlamento fue hacer que los diferentes datos e informes existentes sobre la situación de los derechos fundamentales en los Estados miembros sean más accesibles y visibles, también en el ámbito nacional. La Comisión acogió con satisfacción esta idea, ya que otros muchos agentes –incluidos el Consejo de Europa y su Comisión de Venecia, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA) y las ONG– recogen información sobre el Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales en los Estados miembros (CE, 2017)

5. Conclusión: Avances y retrocesos.

La Unión europea se encuentra en una encrucijada. Podría suponerse que el respeto a los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho es algo obvio en un ámbito de integración regional como el nuestro, pero la realidad evidencia que no hay que darlo por sentado.

Como señala el Informe 2016 sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión,

La UE se enfrentó a múltiples retos: las consecuencias de la llegada sin precedentes de refugiados a sus fronteras exteriores, los desequilibrios económicos y una serie de atentados terroristas. Las personas que sufren las consecuencias de las múltiples crisis no confían en

⁸ El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión llevarán a cabo consultas recíprocas y organizarán de común acuerdo la forma de su cooperación. A tal efecto y dentro del respeto de los Tratados, podrán celebrar acuerdos interinstitucionales que podrán tener carácter vinculante.

que sus hijos vayan a estar mejor que ellos mismos. Cuestionan si las instituciones son todavía capaces de protegerles de los retos y las amenazas de la migración, las turbulencias financieras y el terrorismo. En este contexto, el nacionalismo, el populismo y la intolerancia encuentran un terreno fértil para prosperar y defender la exclusión y el aislacionismo como la única manera de superar los retos actuales. (Parlamento Europeo, 2016)

Por otro lado, la globalización obliga a la Unión a replantearse su posición en un contexto global cada vez más complejo y cambiante, ante el surgimiento de nuevas potencias y el desplazamiento del poder económico-político hacia antiguas periferias. Pero como señala el Nobel Stiglitz, debe también preocuparnos que la globalización está produciendo países ricos con población pobre. Europa lo sabe bien tras la terrible crisis financiera que hemos sufrido y de la que aún nos lamemos las heridas.

Las relaciones internacionales, la lucha por posicionarse en los mercados mundiales no nos debe hacer olvidar el sagrado respeto a la democracia y los derechos humanos en todas partes del planeta. No se entendería que estemos luchando por consolidar el Estado de Derecho en nuestras fronteras, y mirásemos para otro lado en otras partes del planeta.

De esa forma la Unión tiene que seguir avanzando y consolidando el Estado de Derecho, reforzando los mecanismos de cooperación y control de los Estados miembros, para que aquella manida cláusula de “asuntos internos” no sirva para justificar agresiones graves a la democracia y los derechos fundamentales, ejes del Estado de Derecho.

No obstante, con ocasión de la crisis del denominado Covid19, se han constatado, en fecha reciente, esas discrepancias, esos retrocesos, y también algunos avances.

No obstante, esta propuesta, se ha producido un bochornoso espectáculo protagonizado dentro de la Unión Europea, de enfrentamiento de unos países contra otros, respecto a la dotación de fondos para luchar contra la pandemia y el futuro plan de reconstrucción, denominado informalmente como Plan Marshall 2, ante la más que cierta crisis económica y social que nos asolará, y cuyos efectos son todavía no cuantificables.

Todo comenzó por la cuestión relativa a la emisión o no de los llamados “coronabonos”; es decir, acudir a los mercados con el respaldo de la Unión Europea. Este era el gran debate acerca de la respuesta que debe dar Europa a la crisis económica que está por llegar tras la paralización de varias economías de la Zona Euro por el coronavirus.

Las posturas estaban muy enfrentadas, pese a que nueve países apoyaban los coronabonos y otros cinco no lo verían mal. En total, 14 países de los que componen la UE estarían a favor, pero en contra están algunos de los países más relevantes: Alemania, Finlandia, Holanda o Austria.

Esa postura de los países del norte fue poco a poco cambiando ante las presiones internas que sufrieron los Gobiernos de Holanda y Alemania, a los que se advirtió de

que si se dejaba caer a países como Italia o España se podría producir una crisis como la de 2008, con el riesgo de que arrastrara al norte de Europa.

Posteriormente, tras numerosas conversaciones, y las correspondientes presiones diplomáticas, los Veintisiete lograron este jueves aprobar por fin un paquete de emergencia de más de medio billón de euros para luchar contra la pandemia después de que España e Italia lograran que el acceso a esos fondos no esté condicionado a ningún programa de ajustes o reformas, como querían los Países Bajos. Los titulares de Finanzas de la UE pactaron también crear un fondo para la recuperación económica que deberán abordar los jefes de Estado y de gobierno en la próxima cumbre.

El paquete pretende ser una triple red de seguridad: para gobiernos, empresas y trabajadores. El fondo de rescate europeo (Mede) será finalmente el salvavidas para los gobiernos que requieran de fondos en caso de un deterioro rápido de sus finanzas públicas. El acuerdo activa hasta 240.000 millones de euros que pueden solicitar todos los países de la zona euro. A cambio, los países que pidan esos créditos se comprometen a estar dentro de las reglas fiscales de la UE, lo que incluye sus márgenes de flexibilidad (El País, 2020)

Este episodio que bien fue calificado como bochornoso, al menos, en sus inicios, se ha visto, sin embargo, justipreciado por lo estipulado por los mismos estados de la UE, estableciendo que la Comisión Europea debe elaborar un régimen de condicionamiento que incluya la observancia de los principios constitucionales, como el Estado de derecho, para recibir ayudas de la UE. En caso de violaciones del Estado de derecho se retendrán las ayudas para la pospandemia. Esta respuesta fue el resultado triunfalista a las manifestaciones de los presidentes de Hungría y Polonia, siempre los mismos, que tras la aprobación del Fondo de Recuperación pospandemia, a finales de julio de 2020, salieron exultantes anunciando su victoria en la Cumbre Extraordinaria europea al no vincular la garantía del Estado de derecho al cobro de ayudas. La realidad, afortunadamente, ha sido la contraria. (DW, 2020)

La situación real es, como han señalado recientemente, los dirigentes de los Estados miembros y de las instituciones europeas, que:

La Unión Europea se enfrenta a retos sin precedentes, tanto mundiales como interiores: conflictos regionales, terrorismo, presiones migratorias crecientes, proteccionismo y desigualdades sociales y económicas. Juntos estamos decididos a hacer frente a los retos de un mundo en rápida mutación y a brindar a nuestros ciudadanos tanto seguridad como nuevas oportunidades. Vamos a hacer a la Unión Europea más fuerte y resiliente, mediante una unidad y una solidaridad aún mayores entre nosotros y el respeto de las normas comunes. La unidad es una necesidad y nuestra libre elección. A nuestros países, tomados uno a uno, la dinámica mundial los condenaría a la marginación; permanecer unidos es nuestra mejor posibilidad de influir en ella y de defender nuestros intereses y valores comunes (Comisión Europea, 2017)

6. Referencias bibliográficas

- Comisión Europea, (2003), *Comunicación de la comisión al consejo y al parlamento europeo sobre el artículo 7 del tratado de la unión europea - Respeto y promoción de los valores en los que está basada la Unión*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0606&from=ES>
- Comisión Europea, (2014), *Comunicación de la comisión al parlamento europeo y al consejo. Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho*. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:caa88841-aa1e-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0005.01/DOC_1&format=PDF
- Comisión Europea, (2014), *Anexos de la comunicación de la comisión al parlamento europeo y del consejo. Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho*. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7632-2014-ADD-1/es/pdf>
- Comisión Europea, (2016), *Informe de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones Informe de 2015 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0265>
- Comisión Europea, (2017), *Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones. Informe de 2016 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52017DC0239>
- Comisión Europea, (2017), *Documento de reflexión sobre el encauzamiento de la globalización*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0240&from=PL>
- Comité Económico y Social Europeo, (2016). *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El mecanismo europeo de control del Estado de Derecho y los derechos fundamentales»*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IE1275&from=ET>
- Comité Económico y Social Europeo, (2019). *Comunicación de la comisión al parlamento europeo y al consejo. Reforzar en mayor medida el Estado de Derecho en la Unión. Situación y posibles próximas etapas*. <https://www.ccoo.es/e1de34f842fbc4783e4164086afa9d5d000001.pdf>
- Parlamento Europeo, (2016), *Proyecto de informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el establecimiento de un mecanismo de la Unión para la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales*, [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2015/2254\(INL\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2015/2254(INL))
- Pellicer, L, (2020, abril 10). La UE acuerda desbloquear las ayudas de medio billón de euros contra la crisis del coronavirus. *El País*. <https://elpais.com/economia/2020-04-09/la-ue-acuerda-desbloquear-las-ayudas-de-medio-billon-de-euros-contr-la-cri-sis-del-coronavirus.html>
- Perez, Bernardez, C. (2016), “La Unión Europea frente a la erosión del Estado de Derecho: las respuestas jurídico-políticas al caso polaco”, *Revista General de Derecho Europeo*, 40, 49-94.
- Pérez Luño, A, (2003), *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos.

- Riegert, B. (2020, septiembre 23), La UE condiciona ayudas pospandemia al respeto del Estado de derecho. *DW*. <https://www.dw.com/es/la-ue-condiciona-ayudas-pospandemia-al-respe-to-del-estado-de-derecho/a-54270629>
- Sánchez, A. (2017), “Algunas reflexiones sobre la crisis de refugiados en Europa: de la solidaridad a los muros”, *Refugiados e Migrações no século XXI: direitos fundamentais e relações internacionais*, Belo Horizonte-MG, Arraes Editores.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), (1981). *Asuntos acumulados 212 a 217/80 Amministrazione delle finanze dello Stato contra Salumi*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61980CJ0212&qid=1604460015159>
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (1989), *Asuntos acumulados 46/87 y 227/88, Hoechst contra Comisión*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61987CJ0046>
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta), (2004), *Asunto C-496/99 P, Comisión contra CAS Succhi di Frutta Rec. 2004, I-03801*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61999CJ0496>
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala segunda), (2010), *Asunto C-279/09 DEB*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62009CA0279&qid=1604460997430>
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (gran sala), (2010), *Asunto C-550/07 P Akzo Nobel Chemicals y AkrosChemicals contra Comisión*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62007CJ0550>
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (gran sala), (2013). *Asunto C-583/11 P Inuit TapiriitKanatami y Otros contra Parlamento y Consejo*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0583>
- Unión Europea, (2010), *Versión consolidada del tratado de la unión europea*. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:FULL:ES:PDF>
- Unión Europea, (2016), *Recomendación (UE) 2016/1374 de la Comisión, de 27 de julio de 2016, relativa al Estado de Derecho en Polonia*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016H1374&from=IT>
- Unión Europea, (2016), *Informe anual de la unión europea sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo en 2015*, <https://www.consilium.europa.eu/media/29701/qc0216616esn.pdf>
- Unión Europea, (2016), *Recomendación (UE) 2017/146 de la Comisión, de 21 de diciembre de 2016, sobre el Estado de Derecho en Polonia que complementa la Recomendación (UE) 2016/1374*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017H0146&from=ES>

Situación actual sobre la violencia política de género en México: Estereotipos que dificultan el derecho político de la mujer de acceder a cargos públicos

Current Situation on Gender-based Political Violence in Mexico: Stereotypes That Hinder Women's Political Right to Access Public Office

Rogelio López Sánchez¹

Recibido: 25/08/2020 Aceptado: 10/11/2020 Publicado: 30/11/2020

Resumen

El paradigma actual empleado por los órganos encargados de procurar y administrar justicia, además de carecer de una visión de intersección del género, reproducen estereotipos que perpetúan una cultura patriarcal, misógina y anquilosada de roles, disminuyendo y afectando de manera grave la participación política de la mujer así como su acceso efectivo a los cargos de representación política. Por ello, el impacto y trascendencia en la línea de investigación será a través del aporte original forense que brindará herramientas epistemológicas para la solución de casos, combinado con el riguroso estudio de las principales teorías que auxilian en la adopción del enfoque de género transversal y de derechos humanos de las mujeres. de la violencia política de género contra la mujer basada en la interseccionalidad de género.

El aporte principal del mismo radica en el estudio crítico del modelo que actualmente emplea el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación así como los Tribunales locales cuando sancionan conductas relativas a la violencia política de género. En principio, por la ausencia de tipos penales e infracciones administrativas en la legislación, pero sobre todo, por la carencia de un enfoque interseccional de género que evalúe las pruebas bajo un modelo diverso al actual, más flexible y acorde a los estándares del Derecho Internacional

Palabras clave: Interseccionalidad de género, políticas públicas, derechos humanos de la mujer, derecho internacional.

¹Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Jaén, España. Abogado Postulante en materia de Amparo y Derechos Humanos por la Firma Legal: OGAIUS México. Director de la Academia Libre de Derechos Humanos (México). Contacto: academia@aldh.mx

Abstract

The current paradigm used by the bodies in charge of procuring and administering justice, in addition to lacking a vision of intersection of gender, reproduce stereotypes that perpetuate a patriarchal, misogynistic and role stagnant culture, diminishing and seriously affecting the political participation of the women as well as their effective access to positions of political representation. Therefore, the impact and transcendence in the line of investigation will be through the original forensic contribution that will provide epistemological tools for the solution of cases, combined with the rigorous study of the main theories that aid in the adoption of the transversal gender approach and human rights of women. of political gender violence against women based on gender intersectionality.

Its main contribution lies in the critical study of the model currently used by the Electoral Tribunal of the Federal Judicial Branch as well as the local Courts when they sanction conduct related to political gender violence. In principle, due to the absence of criminal offenses and administrative offenses in the legislation, but above all, due to the lack of an intersectional gender approach that evaluates evidence under a different model than the current one, more flexible and in accordance with the standards of International Law.

Keywords: Gender intersectionality, public policies, women's human rights, international law, international right.

1. Introducción: el enfoque interseccional de género

Actualmente, el Estado mexicano sufre una crisis institucional por niveles alarmantes de violencia contra la mujer. Según datos estadísticos de la ONU (2019) , entre diez y nueve mujeres son asesinadas cada día en México. Este hecho significa la cifra más alta en toda la historia contemporánea del país. Desde el año 2015 a la fecha, se tiene registro de 3,578 feminicidios a nivel nacional y se han declarado en el país alertas de género en 13 Estados y casi 90 municipios por causas graves, es decir, donde está en peligro la vida e integridad de las mujeres. Conforme a cifras del Secretariado Ejecutivo tan sólo en 2019, se cometieron 1006 feminicidios.

De acuerdo con la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción de la Seguridad Pública (ENVIPE) realizada por el INEGI (2019), se tuvo como resultado que en ese mismo año, el 90% de los delitos sexuales fueron cometidos en contra de mujeres mostrando un alarmante panorama en el cual el lugar más inseguro son las áreas públicas a diferencia de los hombres, mostrando incluso un 26% a la alza en relación con su propio hogar. La propia Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (2016) indica también niveles muy altos de violencia de algún tipo ejercida por las parejas en contra de las mujeres (64%).

Lo anterior implica que el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado mexicano al suscribir la Convención Americana de Derechos Humanos (1981) ha quedado

al descubierto en el plano interamericano, a través de las distintas sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde hace casi una década (Caso González y otras, 2009; Caso Rosendo Cantú y otra, 2010; Fernández Ortega y otros, 2010), ya que en las mismas se condenó al Estado mexicano por violencia de género institucionalizada, en virtud de los hechos probados que atentaban contra la integridad y la vida de las demandantes.

La violencia política de género constituye uno de los ataques frontales a la dignidad humana de las mujeres al disminuir sus oportunidades de participación y denigrar su papel en la conformación de Estado, en cualquiera de sus modalidades: física, psicológica, económica, sexual, simbólica, entre otras; con la particularidad que se desarrollan específicamente en la persecución (periodos electorales) o ejercicio de representación política, con una carga particular por ser mujer. Sin embargo, es posible argumentar que la violencia política de género es de rango estructural (Otálora, 2017), al existir y afectar en la persecución de representación política aun cuando es fuera de los periodos asignados.

A pesar de este panorama desolador, existen algunos avances alcanzados en materia de integración paritaria de algunos órganos de representación política. Al día de hoy, el Congreso federal está compuesto por el 48% y 49% de espacios (Cámara de Diputados y Senadores respectivamente) para legisladoras. Las legislaturas de las Entidades Federativas en su mayoría con integración paritaria (23 de 27 Congresos que tuvieron elecciones en 2018), en tanto que un porcentaje de apenas el 23 % de los Municipios tienen Presidentas Municipales (INEGI, 2019). Es decir, en la mayoría de los municipios de las Entidades Federativas no se alcanza la paridad transversal, por lo que a partir de junio de 2019 entró en vigor la reforma que obliga a integrar los órganos del poder público.

Este orden evolutivo de las medidas para integrar de manera paritaria los órganos públicos, debería ser paralela al nivel de cultura cívica y política, lo cual no es así, ya que durante 2018 se han registrado el nivel más alto de denuncias por violencia política de género en el país. Tan sólo durante el pasado proceso electoral 2017-2018 se presentaron un total de 107 quejas ante el INE y Poder Judicial Federal, mientras que en las Entidades de la República se registraron un total de 19. Por su parte, las denuncias ante la FEPADE por violencia política de género constituyeron un total de 47 carpetas, judicializándose sólo el 3% de aquéllas.

Las Entidades Federativas con más denuncias son Chiapas, Chihuahua, Ciudad de México, Campeche y Baja California, aunado a que el pasado proceso electoral ha sido el más violento de toda la historia política moderna, registrándose un nivel alarmante de violencia en contra de mujeres, lo cual ha derivado en la muerte de 17 candidatas. Ahora bien, es necesario resaltar que las formas de socialización política no han sido ajenas a las transformaciones de la era moderna, lo cual ha promovido su mutación hacia el ámbito digital. Particularmente durante el proceso electoral 2017-2018, el medio empleado con más frecuencia para comunicarse fue internet (94%), claramente decantado en las diferentes Redes Sociales, siendo los más activos políticamente las personas de 18 a 29 años (27%). En el Informe de violencia política a través de las tecnologías

contra las mujeres en México, se destaca de manera importante como ha migrado la violencia de género hacia este ámbito, constituyendo así una de las nuevas formas directas e indirectas de discriminación y violencia en contra de la participación política de la mujer, siendo los motivos más frecuentes: el juicio de carácter sexual, la objetualización sexual, agresiones contra la familia, roles de género y la apariencia.

En el mismo sentido, escasean criterios jurisdiccionales y orientadores para sensibilizar sobre el fenómeno de la violencia política de género en contra de mujeres indígenas. Tal es el caso de las mujeres de la comunidad de Guevea de Humboldt, Tehuantepec, quienes vieron violados sus derechos políticos electorales hasta que en 2016, cuando se les reconoció tal prerrogativa y efectivamente ejercieron su voto. Este escenario violento ha propiciado la creación del Protocolo para Atender la Violencia Política Contra las Mujeres, el cual surge como resultado del esfuerzo conjunto interdisciplinar llevado a cabo entre distintas dependencias públicas, convirtiéndose en una de las herramientas más valiosas para atender de manera integral la violencia política por razón de género. Sin embargo, además de los elementos de discriminación y violencia directa antes descritos, existen en el plano discursivo y en la construcción social otros tipos de violencia indirecta que afectan de manera grave los esfuerzos de la mujer en su camino para alcanzar la igualdad real y efectiva.

La violencia política de género en medios digitales debe ser prevenida y castigada a través de la aplicación de estándares hermenéuticos y racionales más flexibles (de los tradicionales) a fin de que se ajusten a la realidad digital permitiendo la construcción de criterios jurisprudenciales género-sensitivos y legislación reglamentaria que prevenga y castigue dichas conductas, ya que en los medios digitales se suele invisibilizar la violencia producida como consecuencia de la propia dinámica etérea y la vertiginosa forma de comunicación política digital, pero sobre todo, que los órganos encargados de procurar y administrar justicia minimizan la naturaleza de las infracciones, obstaculizando así el derecho de las mujeres a que se les administre justicia.

Es importante considerar el género más como una categoría de análisis que de personas, haciendo énfasis en innovadoras formas de ver la articulación del poder en una cultura dada. De este modo, Butler (2007), sugiere hacer más bien una *coalición abierta* para la creación de identidades más atemporales y abiertas que en función de objetivos concretos, en el entendido de encontrar las múltiples similitudes y divergencias que existen en el género. Por lo que *la mujer* nunca será exhaustivo ni inclusivo, en palabras de (Butler, 2007, p.137): porque el género no siempre se constituye de forma coherente o consistente en contextos históricos distintos, y porque se entrecruza con modalidades raciales, de clase, étnicas, sexuales y regionales de identidades discursivamente constituidas. Así, es imposible separar el «género» de las intersecciones políticas y culturales en las que constantemente se produce y mantiene.)

Por ende, es necesario abogar por la participación de *las mujeres*, en plural y pluralizado. Es decir, que existan mujeres heterosexuales, bisexuales, lesbianas, transexuales, blancas, mestizas, afrodescendientes, indígenas de todas las comunidades, con y sin discapacidades de todos los tipos. No es sólo una mujer, sino que todas las mujeres

deben sentir, por lo menos, que están siendo representadas ellas y sus intereses. Es decir, debe evitarse la discriminación interseccionada o transversal.

2. Derechos humanos de la mujer

La legislación más avanzada en materia de igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres es la europea. España y Alemania se encuentran entre los primeros lugares en ofrecer oportunidades laborales y sociales para las mujeres. Los criterios de ambos países, así como del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, servirán para comprender los modernos criterios que han servido para solucionar casos difíciles en aquellas latitudes.

Existe una marcada diferencia entre el sistema europeo y el sistema americano de protección y defensa de los derechos de las mujeres. Mientras que el primer modelo cuenta con normas y directrices específicas para la defensa de estos derechos, en América Latina aún nos encontramos en una fase prematura de desarrollo de instrumentos para lograr la efectividad de los derechos. En nuestro continente, contamos con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) (1998), y de manera específica, tenemos la Convención Interamericana sobre Nacionalidad de la Mujer (Montevideo, 1933), la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer (Bogotá, 1948), la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (Bogotá, 1948) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará, 1994).

En el sistema europeo se cuenta con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) (2017), especialmente el artículo 13; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE) (2000), particularmente los artículos 21, 23, 24, 25, 26 y 33; la Carta Social Europea (2000). A lo anterior se suman las distintas Directivas de la Comunidad Europea, entre las que destacan:

- La Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO L 180 de 19 de julio de 2000);
- La Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303 de 2 de diciembre de 2000);
- La Directiva 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; y

- La directiva 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo relativa a la aplicación de igualdad de trato e igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Por otra parte, en el sistema universal de defensa y protección para los derechos de la mujer contamos con:

- La Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1952);
- La Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967);
- La Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado (1974);
- La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) (conocida como CEDAW por sus siglas en inglés), así como su Protocolo Facultativo y su recomendación sobre la protección de la maternidad; y
- El Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) Relativo a la Revisión del Convenio sobre la protección de la Maternidad.

Asimismo, otro de los instrumentos internacionales, fue la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en Pekín en el año de 1995, en donde se reafirmó el compromiso celebrado con anterioridad en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979. En dicha Conferencia se abordó el problema de la discriminación *de facto* hacia las mujeres, sustentando que.

“Para la eliminación de la discriminación contra la mujer no basta un cambio jurídico”, sino que era necesario modificar los prejuicios y costumbres arraigados en una idea de inferioridad o superioridad basadas en el género” (Real, 1996, p.34)

Precisamente, esta última cuestión referente a la igualdad real y efectiva entre los hombres y mujeres ha sido redefinida por la doctrina constitucional contemporánea de los derechos fundamentales. En la actualidad, la fórmula del *Estado Democrático y Social de Derecho* (presente en gran parte de las constituciones europeas, pero ausente en el texto fundamental mexicano) ha permitido la reinterpretación del clásico modelo de igualdad formal o legal que predominó por largos años en los Estados de Derecho durante gran parte del siglo pasado, la cual reducía la igualdad a un mero asunto de legalidad, dejando de lado las nuevas necesidades y problemas sociales que exigían a la jurisdicción constitucional resoluciones ajustadas a un modelo de Estado más equitativo. Por ejemplo, el establecimiento de prestaciones sociales distintas a las mujeres trabajadoras no son las mismas que las otorgadas a los hombres, y sin embargo, esto no implica que se rompa la igualdad entre los sexos; incluso, algunas legislaciones como la alemana han ido más allá, (Ley Reguladora del Permiso de Paternidad y la Reducción de Jornada por Cuidado de Hijo) buscando fomentar la crianza de los hijos por parte de los padres, sin que esto perjudique los derechos sociales adquiridos por éstos.

De tal forma, para algunos tratadistas la igualdad debiera ser entendida como:

“La concreción de criterios materiales para llevar a cabo el valor solidaridad, a través de la creación de las condiciones materiales para una libertad posible para todos, y en contribuir a la seguridad con la satisfacción de necesidades a quien no puede hacerlo por su propio esfuerzo” (Peces-Barbas, 199, p.283).

Así, los teóricos distinguen dos dimensiones en torno a la igualdad: la *formal* y la *sustancial*. La primera hace referencia al principio de la igualdad ante la ley. Ésta aparece como una exigencia de que todos los ciudadanos se hallen sometidos a las mismas normas y tribunales. Por otra parte, la igualdad material o sustancial, se encuentra íntimamente vinculada con el principio de *Estado Democrático y Social de Derecho*, conforme a dicha concepción material-formal de la igualdad, la dimensión jurídica no puede desconectarse de las condiciones políticas, económicas y sociales que gravitan sobre su realización, es decir, implica la integración de aquellas personas que han sido socialmente desfavorecidas por distintas circunstancias, como es el caso de las mujeres.

Sin duda alguna, la mayor parte de los criterios a nivel internacional y de legislación comparada en el ámbito europeo se inclinan hacia una concepción sustancial de la igualdad entre hombres y mujeres, procurando en mayor medida, la plena efectividad entre los derechos de ambos. En el sistema alemán por ejemplo, fue consagrado de manera expresa el principio de igualdad sustancial, a través de una reforma constitucional en el año de 1994, para quedar como sigue:

Artículo 3 [Igualdad ante la ley]

(1) Todas las personas son iguales ante la ley.

(2) El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes². (Artículo Constitucional 1994)

Sin duda alguna, esto se refiere a las medidas de acción positiva que debe realizar el Estado para mejorar la situación de los grupos vulnerables que históricamente se han encontrado en desventaja ante otros, como es el caso de las mujeres. Dichas medidas implementadas por el Estado nacieron en el derecho norteamericano y tuvieron como principal inspiración la cláusula de igualdad contenida en la decimocuarta enmienda de la declaración de derechos de esa nación. Desde aquella perspectiva, las acciones afirmativas constituyen:

“Cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar por una discriminación presente o pasada o para impedir que la discriminación se produzca en el futuro” (VIDA, 2003, p. 35)

² Señalamos con cursiva el texto añadido en la reforma.

De esta forma, desde el punto de vista teórico, las medidas de acción positiva deben contar con tres características o elementos esenciales:

- Es indispensable que una persona se halle en una situación en desventaja por su pertenencia a determinado colectivo respecto del grupo dominante;
- La puesta en práctica de dicha medida deberá suponer un beneficio inmediato para esa persona o colectivo;
- Finalmente, la última característica está relacionada con la finalidad perseguida por la medida, es decir, debe tener como objeto poner fin a la situación de desventaja en la que se encuentra determinado colectivo, es decir, reducir los niveles de desigualdad. (VIDA, 2003, p. 35)

3. Situación actual de la violencia política de género en México

Desde la óptica forense, los órganos jurisdiccionales nacionales como los Tribunales Electorales locales y la Sala Superior también han sido reticentes en analizar desde otro enfoque la violencia política de género. Es decir, los órganos jurisdiccionales se han limitado a emplear los métodos probatorios tradicionales, a pesar de la existencia del Protocolo para Atender la Violencia Política Contra las Mujeres, antes referido, así como el elaborado año atrás por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, denominado: Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Por citar alguna evidencia, las infracciones más comunes son analizadas desde la óptica probatoria tradicional, sesgando los problemas hermenéuticos más complejos como la violencia simbólica que es ejercida continuamente en contra de la mujer. Como muestra y prueba de lo anterior, de un análisis de las resoluciones emitidas la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se obtuvieron los siguientes resultados.

Tabla 1

SENTENCIAS EMITIDAS POR SALA				
Sentencias	Tipo de Violencia ejercida	¿Emplea un enfoque de perspectiva de género la sentencia?	¿Obstaculiz a el acceso a la justicia de la mujer?	¿Qué estereotipo perpetúa la sentencia?
SUP-JDC-156/2019	Simbólica	Sí	Sí	No explica qué tipo de violencia es ejercida
SUP-JDC-9/2019	Física, psicológica, económica	No	Sí	Omite analizar el acoso laboral como una forma de violencia en contra de la mujer

SENTENCIAS EMITIDAS POR SALA				
Sentencias	Tipo de Violencia ejercida	¿Emplea un enfoque de perspectiva de género la sentencia?	¿Obstaculiz a el acceso a la justicia de la mujer?	¿Qué estereotipo perpetúa la sentencia?
SUP-JDC-1862/2019 SUP-JDC-5/2017	Violencia política	No	Sí	Omite analizar la obstaculización del ejercicio a un cargo bajo el enfoque de violencia política de género
SUP-REC-594/2019	Violencia política e institucionalizada	No	Sí	Omite dar directrices para encauzar la petición de la mujer a la que se le negó el acceso a la justicia
SUP-REP-116/2019	Violencia simbólica a través del empleo de lenguaje sexista	Sí	No	N/A
SUP-JE-115/2019	Violencia política	No	Sí	Omite adoptar medidas cautelares para la rapidez en la protección de los derechos de la afectada
8 SUP-JE-43/2019	Violencia política por obstaculizar el desempeño de un cargo electoral en condiciones de igualdad	No	Sí	Falta de análisis probatorio con enfoque de género: prueba dinámica
9 SUP-JDC-158/2017				
10 SUP-JE-107/2016				
11 SUP-JE-102/2016	Violencia política por obstaculizar el desempeño de un cargo electoral en condiciones de igualdad	Sí	Sí	N/A
12 SUP-JDC-383/2018	Violencia simbólica a través del empleo de lenguaje con estereotipos de género durante una campaña electoral a través de radio o televisión	Sí	Sí	Falta de análisis probatorio con enfoque de género: prueba dinámica
13 SUP-JDC/357/2018				
14 SUP-REP-250/2018				
15 SUP-REP-56/2018				
16 SUP-REP-103/2017				
17 SUP-REP-84/2017				
18 SUP-REP-70/2017				
19 SUP-REP-140/2016				
20 SUP-REP-129/2016				
21 SUP-REP-122/2016				
22 SUP-REP-119/2016				
23 y acumulado SUP-REP-120/2016				
24				

SENTENCIAS EMITIDAS POR SALA				
Sentencias	Tipo de Violencia ejercida	¿Emplea un enfoque de perspectiva de género la sentencia?	¿Obstaculiza el acceso a la justicia de la mujer?	¿Qué estereotipo perpetúa la sentencia?
	Violencia simbólica a través del empleo de lenguaje con estereotipos de género durante una campaña electoral a través de Redes Sociales	No	No	Falta de análisis probatorio con enfoque de género: prueba dinámica
30	SUP-JDC-383/2017			
31	SUP-JDC-8/2017	No	Sí	Falta de adopción de medidas cautelares de protección a la víctima y el enfoque de perspectiva de género interseccional, tratándose del asunto SUP-JDC-1654/2016 (Caso Chenalhó, por tratarse de un asunto indígena)
32	SUP-JDC-1773/2016 y acumulados SUP-JDC-1654/2016			

Análisis propio

*N/A: No Aplica

Es decir, de un total de 32 resoluciones que van de 2016 a 2019 (no se encontraron precedentes de 2015 o anteriores) en casi un 82% está ausente un enfoque de género en torno al análisis del caudal probatorio que obraba en los expedientes, siendo la más frecuente la violencia simbólica por el empleo del lenguaje a través de estereotipos de género durante las campañas electorales (50%). Sin embargo, tal y como ha sido expresado, la ausencia de un enfoque con perspectiva de género en las resoluciones, demuestra el notorio desconocimiento desde la perspectiva probatoria a favor de la mujer, pues ello hubiese implicado una valoración de los hechos más amplia, en virtud de tratarse el 90% de la totalidad de asuntos analizados de denuncias, donde debe predominar el principio de interés público, por encima de un interés estricto o particular a diferencia de las demandas de Partidos Políticos por ejemplo.

Por su parte, en el caso de la Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) la situación es muy similar a la de Sala Superior, adoleciendo claramente de un enfoque de género al momento de evaluar las pruebas de una denuncia dentro de un procedimiento sancionador, tal y como se muestra enseguida.

Tabla 2

SENTENCIAS EMITIDAS POR SALA REGIONAL ESPECIALIZADA POR VIOLENCIA POLÍTICA DE GÉNERO				
Sentencias	Tipo de Violencia ejercida	¿Emplea un enfoque de perspectiva de género la sentencia?	¿Obstaculiza el acceso a la justicia de la mujer?	¿Qué estereotipo perpetúa la sentencia?
1 SRE-PSC-13/2019	Violencia simbólica por empleo de lenguaje discriminatorio en Redes Sociales	Sí	No	N/A
2 SRE-JE-107/2018	Violencia simbólica por emplear lenguaje discriminatorio en Redes Sociales	Sí, ordena	No	N/A
3 SRE-JE-32/2018		abrir un expediente por violencia política		
4 SRE-PSC-266/2018	Violencia simbólica por	Sí	No	N/A
5 SRE-PSC-166/2018	emplear lenguaje discriminatorio en			
6 SRE-PSC-108/2018	Redes Sociales			
7 SRE-PSD-93/2018				
8 SRE-PSC-221/2018	Violencia simbólica por	No	Sí	Evade el análisis del
9 SRE-PSC-172/2018	emplear en el discurso estereotipos de género en			lenguaje en el discurso político que podría perpetuar estereotipos de género en contra de la mujer y falta de
10 SRE-PSC-69/2018	televisión			pruebas para analizar de
11 SRE-PSC-62/2018				manera global el asunto
12 SRE-PSC-57/2017				
13				
14 SRE-PSC-195/2018	Violencia simbólica por	Sí	No	N/A
15 SRE-PSC-43/2016	emplear en el discurso estereotipos de género en			
	televisión			
16 SRE-PSD-123/2018	Violencia simbólica por	No	Sí	Indebido análisis
17 SRE-PSD-108/2018	emplear lenguaje discriminatorio en			probatorio sin perspectiva de género
18 SRE-PSL-83/2018	Redes Sociales			

Análisis propio

*N/A: No Aplica

Una de las diferencias centrales es que en este órgano especializado las denuncias por violencia política de género sucedidas en medios digitales aumenta de manera exponencial en relación con las presentadas en la Sala Superior (55%). No obstante, tal y como se adelantaba en los resultados anteriores, la Sala Especializada continúa el mismo criterio desgastado de su homóloga, al carecer de una metodología con enfoque de género al momento de valorar todo el caudal probatorio que se le presenta en un caso de violencia política tratándose de medios digitales presentando ante similares hechos criterios divergentes, por no decir contrapuestos uno con otro, sobre todo aquellos que tienen relación con la violencia política de género sucedida en medios tradicionales de difusión como la radio y la televisión.

Las afirmaciones aquí vertidas en torno al deficiente modelo de prueba sin enfoque de género plasmado en las resoluciones aquí criticadas tiene sustento en un sistema de fuente convencional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que desde 2006 ha incorporado un estándar de prueba más flexible tratándose de casos donde esté involucrado el tema de violencia de género en contra de la mujer. Concretamente se deben referir diversos asuntos, el primero de ellos es el ocurrido en 2006 (Caso del Penal Miguel Castro vs Perú) donde la Corte Regional desarrolló un estándar probatorio más flexible tratándose de asuntos que guarden relación con la violencia de género, mediante la aplicación de la Convención de Belém do Pará (1994). Uno de los elementos caracterizadores de ese criterio ha sido adoptar que el elemento de género traspasaba la violencia infligida en ellas de manera general, ya que en ese caso concreto, la tortura sufrida por las prisioneras tomó en cuenta la especificidad del género para infligir daño físico y mental, además de atacar la identidad femenina de la mujer.

Igualmente, este Organismo supranacional ha tomado como criterio la ponderación de la evidencia indirecta como las declaraciones de las víctimas así como las pruebas indiciarias (Casos: Rosendo Cantú y otra vs México, 2010; Loayza Tamayo vs Perú, 1997; Chitay Nech y otros vs Guatemala, 2010; Manuel Cepeda Vargas vs Colombia, 2010). Estas pautas hermenéuticas para la valoración de la prueba incluyen además el esclarecimiento judicial oportuno en torno a los actos de violencia sexual además de los perfiles psicológicos y otras pruebas materiales como certificados forenses, entre otros.

4. Conclusiones

Tal y como se ha denunciado, se advierte que hasta el día de la presentación de esta propuesta, se carece de una legislación efectiva para atacar de manera frontal la violencia política de género, toda vez que esta infracción no está contemplada en la legislación nacional, siendo únicamente 8 Entidades Federativas las que tienen regulada esta infracción en su legislación, y únicamente 7 Estados tienen el tipo penal de violencia política de género, estando también ausente esta figura jurídica en la Ley General de Delitos Electorales así como recientemente se incorporó a la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales. Se propone incorporar a los Órganos Electorales de todo el país sobre los criterios y estándares probatorios con los que actualmente se resuelven y castigan las conductas de violencia política de género, será

crear una propuesta para un mejor diseño legislativo a partir de esta experiencia jurisdiccional de casos judiciales.

Se afirma lo anterior, ya que si bien el Protocolo para Atender la Violencia Política contra las Mujeres es uno de los avances más importantes en los últimos años, es necesario replantear nuevos escenarios a la luz de la violencia suscitada en los últimos años en el país, pero que incluyan sobre todo, asumir nuevos parámetros y estándares probatorios que incluyen pruebas indirectas a fin de generar jurisprudencia género sensitiva (ONU-Órgano Judicial Guatemala, 2015) que deberá incluir además de lo establecido actualmente en el Protocolo para Atender la Violencia Política Contra las Mujeres, incorporen estándares y parámetros de la jurisprudencia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos que hagan más dinámica la resolución de casos.

Las formas de discriminación indirecta han mutado y se hacen casi invisibles, máxime que ante el escenario de nuevas tecnologías, se ha transformado de manera vertiginosa la imperiosa necesidad de hacer política. Por consiguiente, es urgente concientizar y brindar las herramientas suficientes que doten tanto a los órganos jurisdiccionales, administrativos y legislativos de las pautas hermenéuticas que sirvan de guía para comprender el fenómeno de la violencia política de género en medios digitales. Por consiguiente, es urgente rediseñar un nuevo modelo para resolver casos de violencia política de género en medios digitales a través de la eliminación de estereotipos empleados comúnmente por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), Tribunales Electorales locales, Órganos administrativos (Instituto Nacional Electoral –INE y Organismos Públicos Locales Electorales - OPLES) y Fiscalías (Fiscalía Especializada en Delitos Electorales – FEPADE y Fiscalías Especializadas en Delitos Electorales de las Entidades Federativas), dedicados a investigar y sancionar estos hechos.

5. Referencias bibliográficas

Bourdieu, P. (2000). *La dominación masculina*. Barcelona, España: Anagrama

Colección argumentos.

Butler, J. (2007). *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Barcelona: Paidós.

Carreras Presencio, Ana Isabel (2019). *Concepto jurídico de violencia de género*. Madrid: Dykinson.

Castillejo Mazaneres, R. (2020). *Política legislativa y violencia de género*. Valencia: Tirant lo Blanch.

COIDH (2002) Ficha Técnica Rosendo Cantú y otras Vs. México Recuperado (2020, 27 de enero) https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Fich=339

Davis, K. (2009) *Intersectionality. Intersectionality as buzzword: A sociology of science perspective on what makes a feminist theory successful*. *Feminist Theory*, 2008. SAGE Publications 9(1), pp. 67-85.

- Del Pozo Pérez, Marta (2019). *Formación judicial en violencia de género: "análisis crítico"*. Aranzadi: Pamplona.
- DOF CE (2000) Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Recuperado: (2020, 27 de enero) https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf
- Galtung, J. (1969). *Violence, Peace, and Peace Research*. Journal of Peace
- García del Real, Carlota Bustelo. (1995). "Progresos y obstáculos en la aplicación de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer" en AA. VV. *La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995*, (Edición de Fernando M. Mariño Méndez), Instituto de Estudios Internacionales y Europeos <<Francisco de Vitoria>>-Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, p. 34. Research, 167-191.
- Giménez Acosta, Ana (2020). *Respuestas del derecho ante la violencia de género desde un enfoque multidisciplinar*. Aranzadi: Pamplona.
- González Monje, Alicia (2019). *La dispensa del deber de declarar en violencia de género*. Aranzadi: Pamplona.
- INEGI (2019) Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública.
Recuperado INEGI (2020, 27 de enero): https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2019/doc/envipe2019_presentacion_nacional.pdf
- INEGI (2016) Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH). Recuperado de: (2020, 27 de enero): <https://www.inegi.org.mx/programas/endireh/2016/>
- Lagarde, Marcela (2005) 4ª ed. *Los cautiverios de las mujeres: madresesposas, monjas, putas, presas y locas*. Ciudad de México: UNAM.
- Lagarde, Marcela. (1996). *Género y feminismo: desarrollo humano y democracia*. Siglo Veintiuno Editores. México.
- López de Zuribia, S. (2020). *Tratamiento de la violencia de género desde la perspectiva criminológica*. Madrid: Wolters Kluwer.
- OEA (1969) Convención Americana Sobre Derechos Humanos Suscrita en la Conferencia Especializada Inrericana Sobre Derechos Humanos. Recuperado de: (2020, 27 de enero) https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- OEA (1988) Protocolo Adicional A La Convencion Americana Sobre Derechos Humanos En Materia De Derechos Economicos, Sociales Y Culturales «Protocolo De San Salvador» Recuperado (2020, 27 de enero) [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Axy0023#:~:text=Tratado%20constitutivo%20de%20la%20Comunidad%20Económica%20Europea%20\(Tratado%20CEE\).&text=Estableció%20la%20Comunidad%20Económica%20Europea,económico%20a%20través%20del%20comercio](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Axy0023#:~:text=Tratado%20constitutivo%20de%20la%20Comunidad%20Económica%20Europea%20(Tratado%20CEE).&text=Estableció%20la%20Comunidad%20Económica%20Europea,económico%20a%20través%20del%20comercio)
- OEA (1969) Convención Americana Sobre Derechos Humanos Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Recuperado (2020, 27 de enero) https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

OEA (1948) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Recuperado (2020, 27 de enero) https://www.oas.org/dil/esp/declaración_americana_de_los_derechos_y_deberes_del_hombre_1948.pdf

ONU Mujeres (2019), Iniciativa Spotlight en el Día Internacional para Eliminar la Violencia contra las mujeres. Recuperado de ONU MUJERES (2020, 27 de enero): <https://mexico.unwomen.org/es/noticias-y-eventos/articulos/2019/11/spotlighteliminacionviolenciamujeres>

Otálora (2017), Participación y Violencia Política Contra Las Mujeres en América Latina: Una Evaluación de Marcos y Prácticas. UNAM: México

Peces Barba Martínez, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III-B.O.E., Madrid, 1999, p. 283.

Pérez Luo, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III, Madrid, 2005, p. 38.

Sabaté, L. M. (2019). *Guía integral para mejor probar la violencia de género*. Barcelona: Bosch Editor.

Sánchez Barrios, María (2019). *(Des) igualdad y violencia de género*. Valencia: Tirant lo Blanch.