



Universidade  
de Itaúna

# Revista Confrontos

## CONFRONTOS JOURNAL OF LAW

---



**REVISTA CONFRONTOS**  
**CONFRONTOS JOURNAL OF LAW**

Itaúna – Minas Gerais – Brasil  
Publicação semestral

Ano III, Número 4 – jan. a jul. 2021  
ISSN 2675-260X



Universidade  
de Itaúna

Itaúna

2021

REVISTA CONFRONTOS  
CONFRONTOS JOURNAL OF LAW  
Itaúna – Minas Gerais – Brasil  
Publicação semestral  
Ano III, Número 4 – jan./jul. 2021  
ISSN 2675-260X

**EDITORES**

Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil, UIT,  
Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira  
Pedrosa Morais, UIT, Itaúna, Brasil.

**CONSELHO EDITORIAL**

Prof. Dr. Alejandro González-Varas  
Ibáñez, Universidad de Zaragoza,  
Espanha.

Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de  
Tomaz, UNIT, Aracaju, Brasil.

Profª Dra. Cleide Calgaro, USC, Caxias  
do Sul, Brasil

Prof. Dr. Erivaldo Moreira Barbosa,  
UFMG, Campina Grande, Brasil.

Prof. Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva  
Filho, UEA/UFAM, Manaus, Brasil

Profª Dra. Flávia Piva Almeida Leite,  
UNESP, São Paulo, Brasil.

Prof. Dr. Gonçalo S. de Melo Bandeira,  
IPCA, Barcelos, Portugal.

Profª Dra. Giulia Parola, UFF, Rio de  
Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira  
da Gama, UERJ/Estácio de Sá, Rio de  
Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Gustavo Oliveira Vieira,  
UNILA, Foz do Iguaçu, Brasil.

Prof. Dr. Heron José de Santana  
Gordilho, UFBA, Bahia, Brasil.

Prof. Dr. Jahyr-Philippe Bichara,  
UFRN, Natal, Brasil.

Profª Dra. Jamile Bergamaschine Mata  
Diz, UIT/UFMG, Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Jean-Marc Sorel,  
Université Panthéon-Sorbonne,  
Paris, França.

Prof. Dr. José Luis Bolzan de Morais,  
UIT/ESDHC, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. José Ribas Vieira,  
UFRJ/PUC-Rio, Rio de Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Juarez Freitas,  
UFRGS/PUC/RS, Porto Alegre, Brasil.

Prof. Dr. Lucas Carlos Lima, UFMG,  
Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de  
Araújo, UNICAP, Recife, Brasil.

Profª Dra. Márcia Rodrigues Bertoldi,  
UFPEL, Pelotas, Brasil.

Profª Dra. Maria Cláudia da Silva  
Antunes de Souza, UNIVALI, Itajaí,  
Brasil.

Profª Dra. Marta Carolina Gimenez  
Pereira, UFBA, Salvador, Brasil.

Prof. Dr. Paulo Velten, UFES, Vitória,  
Brasil.

Prof. Dr. Pedro Curvello Saavedra  
Avzaradel, UFF, Rio de Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Rafael Costa Freiria,  
UNICAMP, Campinas, Brasil.

Prof. Dr. Rubens Beçak, USP, São Paulo,  
Brasil.

Prof. Dr. Rubén Miranda Gonçalves,  
USC, Santiago de Compostela, Espanha

Prof. Dr. Tagore Trajano de Almeida  
Silva, UFBA, Salvador, Brasil.

Prof. Dr. Valério de Oliveira Mazzuoli,  
UIT/UFMT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Valmir César Pozzetti, UEA/  
UFAM, Manaus, Brasil.

Profª Dra. Vasilka Sancin, Universidade  
de Liubliana, Eslovênia.

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo,  
UNIMAR, Marília, Brasil.

### **QUADRO DE PARECERISTAS**

Prof. Dr. André Cordeiro Leal, FUMEC,  
Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Arnaldo de Souza Ribeiro,  
UIT, Itaúna, Brasil

Profª Dra. Carla Ribeiro Volpini, UIT,  
Itaúna, Brasil.

Profª Dra. Cintia Garabini Lages, UIT,  
Itaúna, Brasil.

Profª Dra. Edilene Lobo, UIT, Itaúna,  
Brasil.

Prof. Dr. Élcio Nacur Rezende,  
ESDHC, Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Júnior,  
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa, UIT,  
Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. José Emilio Medauar Ommati,  
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior,  
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Magno Federici Gomes,  
ESDHC, Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago,  
IDP, Brasília, Brasil.

Profª Dra. Miracy Barbosa de Sousa  
Gustin, UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Milton Vasques Thibau de  
Almeida, UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Paulo Roney Ávila Fagundes,  
UFSC, Florianópolis, Brasil.

Profª Dra. Renata Mantovani de Lima,  
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona  
Freitas, FUMEC, Belo Horizonte, Brasil.

Profª Dra. Wânia Guimarães Rabêllo de  
Almeida, PUC-Minas,  
Belo Horizonte, Brasil.

Diagramação: Ana Cláudia Dias Rufino

Capa: Waneska Diniz

Foto Capa: Vitória de Samotrácia  
(Museu do Louvre, Paris)

Edição: Conhecimento Editora

Contatos

31.98309-7688 (whatsapp)

31.98847-8910 (whatsapp)

conhecimentojuridica@gmail.com

marcos@conhecimentolivrraria.com.br

www.conhecimentolivrraria.com.br

## EDITORIAL

Apresentamos, como muita satisfação, a **Revista Confrontos – Confrontos Journal of Law (ano III, nº 04, jan./jul., 2021)** que é uma iniciativa do PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - MG e que tem como interesse a publicação de trabalhos acadêmicos de cunho acadêmico, jurisprudência comentada, ensaios, monografias e resenhas de obras jurídicas, legislação nacional ou internacional comentada e pareceres.

São aceitas colaborações do Brasil e do Exterior, que envolvam as linhas de pesquisa do programa do Mestrado e Doutorado referentes ao direito processual coletivo e efetividade dos direitos fundamentais e às organizações internacionais e a proteção dos direitos fundamentais. Ela possui fluxo contínuo e periodicidade semestral.

Esta edição, nº 4, é constituída por 05 (cinco) artigos. O primeiro texto intitulado **“Desarrollo sostenible & economia circular”** de autoria de Alcides Antúnez Sánchez, Magno Federici Gomes e Ana Gorgoso Vázquez; o segundo artigo com o verbete **“Resistencia indígena y comunalidad en México. Uma aproximación histórica sobre los derechos indígenas”** de Alex Munguía Salazar e David Mungía Salazar; o terceiro da lavra de Alfonso Jaime Martínez Lazcano e Merly Martínez Hernández com o tema sobre **“Democracia sustantiva”**; o quarto trabalho com o título **“Cybersecurity in international law”** de autoria de Andrey A. Danelyan e Elena E. Gulyaeva. Por último, o quinto artigo **“Discrimination and abuse of third genders in South Asia”**, de Ranjana Ferrao.

Agradecemos, a todos os leitores, autores e avaliadores pela colaboração e confiança e pelo excelente trabalho realizado.

Boa leitura a todos!

**Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil**

**Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais**

*Editores*

## FOCO E ESCOPO

A *Revista Confrontos* é uma publicação semestral apoiada pelo PPGD – Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG que tem por finalidade divulgar artigos científicos, artigos de reflexão e resenhas cujo conteúdo afine-se com as seguintes as linhas de pesquisas:

Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais

Organizações Internacionais e a Proteção dos Direitos Fundamentais

Os artigos ou trabalhos inéditos serão publicados em português, inglês, italiano, francês ou espanhol. Todos os trabalhos submetidos à *Revista Confrontos* são avaliados, em primeiro lugar, pelos editores, que examinam a adequação do trabalho à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares, entre outros, considerando, ainda, o espaço disponível para publicação. Após essa etapa, cada texto foi enviado a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, que garante a privacidade de autor e avaliadores, para análise de forma e conteúdo, bem como emissão do parecer a ser disponibilizado ao autor do trabalho.

## FORMATO E NORMAS EDITORIAIS

**Extensão:** O texto deverá ter extensão máxima de 20 a 22 páginas, com espaçamento de 1,5, incluídas referências bibliográficas e notas. **O título (no idioma original e em Inglês) devem conter no máximo 240 caracteres incluindo espaços.**

**Imagens:** se o artigo contiver imagens fotográficas e/ou desenhos gráficos, esses deverão ser encaminhados em formato original (.jpeg, .png, .tiff) e em arquivos separados (não inseridos no interior do próprio texto), **com resolução mínima de 300 dpi**. No arquivo referente ao texto, deverá ser indicado através da inserção das **legendas (no idioma do artigo e também em Inglês)**, o local aproximado onde devem ser inseridas as figuras, gráficos, tabelas e/ou quadros.

**Citações:** as citações no interior do texto devem obedecer às seguintes normas:

- a. Um autor: (Leipnitz, 1987);
- b. Dois autores: (Turner e Verhoogen, 1960);
- c. Três ou mais autores: (Amaral et al., 1966);
- d. Trabalhos com o(s) mesmo autor(es) e mesma data devem ser distinguidos por **letras minúsculas logo após a data**. Ex: (Amaral, 2008a) (Amaral, 2008b);

### **Apresentação das citações:**

Citações com **menos de três linhas** deverão ser **incorporadas ao texto entre aspas**;

Citações com **mais de três linhas** deveram ser apresentadas **em parágrafo isolado, com espaçamento simples entre as linhas, corpo de 11 pt e recuo de 4 cm** da margem esquerda do texto.

**Notas de rodapé:** As notas de rodapé devem ser usadas de forma **parcimoniosa**. Somente são permitidas notas de rodapé



explicativas e não são permitidas notas que contenham apenas referências. Estas deverão estar listadas, ao final do texto, no item ‘Referências’.

Não utilize as expressões *op. cit;* *ibid;* *ibidem;* *id;* *idem;*

Não utilize a expressão *apud*, dê preferência pelo emprego da expressão *in*.

**A matéria dos originais deverá conter, na seguinte ordem:**

**Título do texto:** Título no idioma do artigo e em Inglês. Se o artigo for redigido em Inglês deve apresentar também o título em Português. Com no máximo 240 caracteres com espaço.

**Resumos:** no idioma do artigo e em inglês, em um único parágrafo, com até 20 linhas, acompanhado de três palavras-chave. Nos casos em que o artigo é escrito em inglês, solicita-se também a apresentação de **resumo e palavras-chave em português**.

**Texto completo do artigo:** formatado em Times New Roman, 12 pt, espaçamento 1,5.

**Referências:** as referências bibliográficas e de outra natureza devem ser listadas ao final do texto, em ordem alfabética, em 12 pt, espaçamento simples, como nos modelos abaixo:

**Artigos em periódico:**

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do artigo. *Título do periódico*, **volume** (número/fascículo): pág inicial-pág final.

Ex.: JULIO-CAMPUZANO, A. 2009. Estado de Derecho, democracia y justicia constitucional. *Revista de Estudios Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. 1(2):8-20.

### **Artigos relativos a eventos:**

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do trabalho. *In:* Nome do Congresso (Encontro, Simpósio, etc.), nº, cidade, ano. *Anais...* Cidade, Sigla. **volume:**pág inicial-pág final.

Ex.: SALDANHA, J.M.L.; ESPINDOLA, A.A.S.; BOLZAN DE MORAIS, J.L. 2008. A superação do funcionalismo processual e a construção de mudanças processuais ‘estruturais’ e ‘metodológicas’: uma (nova) identidade para o sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. *In:* XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, Brasília, 2008. *Anais...* Brasília, Fundação Boiteux. 4310-4333.

### **Artigos em coletânea:**

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do artigo. *In:* Inicial(is) do nome. SOBRENOME (org.), *Título da coletânea*. Cidade, Editora, p. pág inicial-pág final.

Ex.: GRANDO, A. 2003. Os reality shows. *In:* V. HOEWELL (org.), *Coletânea GT Produção de sentido nas mídias*. Pernambuco, UNICAD, p. 75-81.

### **Livros:**

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. *Título do livro*. ed., Cidade, Editora, total de páginas p.

Ex.: FERRAJOLI, L. 2003. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo, Martins Fontes, 116 p.

### **Capítulos de livros:**

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do capítulo. *In:* Inicial(is) do nome. SOBRENOME (ed.), *Título do livro*. Cidade, Editora, p. pág inicial-pág final.

Ex.: CANÇADO TRINDADE, A. A. 2000. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: Recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, L. F. PIOVESAN, F. (Coord.) *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, p. 103-152.

GADAMER, H.G. 1991. Problemas de la razón práctica. In: H.G. GADAMER (ed.), *Verdad y metodo II*. Salamanca, Sígueme, p. 293-308.

### **Dissertações e Teses:**

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. *Título da tese*. Cidade, Sigla do Estado. Tipo de tese (mestrado, doutorado). Universidade, número total de páginas p.

Ex.: LUCAS, D.C. 2008. *Direitos Humanos e Interculturalidade: um Diálogo entre a Igualdade e a Diferença*. São Leopoldo, RS. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 266 p.

### **Citações de Sites e textos eletrônicos:**

Caso seja possível identificar os autores de textos eletrônicos, a referência deve ser feita do seguinte modo:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do texto. Disponível em: <http://>. Acesso em: dd/mm/aaaa.

Ex.: LENKER, A.; RHODES, N. 2007. Foreign Language Immersion Programs: Features and Trends Over 35 Years. Disponível em: <http://www.cal.org/resources/digest/flimmersion.html>. Acesso em: 28/04/2007.

\* Neste caso, no corpo do texto, a referência é identificada por (Lenker e Rhodes, 2007).

Se não for possível identificar os autores de textos eletrônicos, deve-se fazer a referência do seguinte modo:

FONTE/SITE. Ano de publicação. Título do texto. Disponível em: <http://>. Acesso em: dd/mm/aaaa.

Ex.: GLOBO ONLINE, O. 2006. Brasil será o país com mais sedes do Instituto Cervantes. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/cultura/mat/2006/10/25/286393283.asp>. Acesso em: 05/04/2008.

\* No corpo do texto a citação será (O Globo Online, 2006).

### **Jornais e revistas, órgãos e instituições:**

Todos os textos de jornais e revistas devem constar nas referências bibliográficas. Caso haja autor explícito, a referência é feita pelo seu sobrenome:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do texto. Fonte (Órgão, Instituição, etc.). Sessão (Coluna, etc.). Cidade, dia mês (abreviado).

Ex.: MICELLI, S. 1987. Um intelectual do sentido. Folha de S. Paulo. Caderno Mais! São Paulo, 7 fev.

\* No corpo do texto, indica-se (Micelli, 1987).

Caso não haja um autor e o texto seja de responsabilidade do órgão, faz-se a referência assim:

Fonte (Órgão, Instituição, etc.). Ano de publicação. Título do texto. Cidade, dia mês (abreviado), p. número da página.

Ex.: CORREIO DO POVO. 1945. Os métodos objetivos de verificação que empregamos no RS. Porto Alegre, 5 out., p. 14.

\* No corpo do texto, indica-se (Correio do Povo, 1945).

## ESCREVEM NESTE NÚMERO

### **ALCIDES ANTÚNEZ SÁNCHEZ**

Máster en Asesoría Jurídica mención administrativo ambiental por la Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Profesor Auxiliar Derecho Ambiental e Internacional. Profesor en la Maestría en Gestión Ambiental. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. República de Cuba. Miembro de AIDCA en Argentina. Email: aantunez@udg.co.cu, antunez63@nauta.cu ORCID No. 0000-0002-8561-6837

### **ALEX MUNGUÍA SALAZAR**

Dr. en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor Investigador de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla BUAP. amunguiasalazar@hotmail.com

### **ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO**

Investigador del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt Nivel I, Doctor en Derecho Público, profesor e investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas y profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Director de la Revista Primera Instancia. Contacto: alfonso.martinez@unach.mx

### **ANA GORGOSO VÁZQUEZ**

Máster en Desarrollo Cultural Comunitario. Profesora Auxiliar en la carrera gestión socio cultural para el desarrollo. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. República de Cuba. Email: agorgosov@udg.co.cu ORCID No. 0000-0001-8207-2902

## **ANDREY A. DANELYAN**

Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of Russia

53/2-1, ul. Ostozhenka, Moscow, Russian Federation, 119021

danel1@mail.ru

ORCID: 0000-0001-5771-0888

## **DAVID MUNGUÍA SALAZAR**

Antropólogo Social por la Escuela Nacional de Antropología e Historia ENAH Coordinador del Centro de Investigación Capacitación y Asesoría para el Desarrollo Integral Comunitario CICADIC A.C. contactodavidmunguia@gmail.com

## **ELENA E. GULYAEVA**

Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of Russia

53/2-1, ul. Ostozhenka, Moscow, Russian Federation, 119021

gulya-eva@yandex.ru

ORCID: 0000-0001-8376-7212

## **MAGNO FEDERICI GOMES**

Prácticas Postdoctorales en Derecho Público y Educación en la Universidade Nova de Lisboa-Portugal (CAPES/BEX 3642 / 07-0). Prácticas Postdoctorales en Derecho Civil y Procesal Civil, Doctorado en Derecho y Máster en Derecho Procesal, por la Universidad de Deusto-España (Cátedra UNESCO y Beca Gobierno Vasco-España). Maestría oficial en Educación de la PUC Minas. Profesor del Doctorado y Maestría Académica en Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible en la Escola Superior Dom Helder Câmara, Brasil. Profesor Titular de la Facultad de Derecho Arnaldo Janssen. Abogado socio de Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder del Grupo de Investigación: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA) / CNPQ-BRA y

miembro de los grupos: Centro de Investigaçã e Desenvolvimento em Direito e Sociedade (CEDIS) / FCT-PT, Centro de Estudos sobre Gestã de Políticas Pùblicas (NEGESP) / CNPQ-BRA y Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA. Email:magnofederici@gmail.com ORCID N° 0000-0002-4711-5310. Curriculum: <http://lattes.cnpq.br/1638327245727283>.

### **MERLY MARTÍNEZ HERNÁNDEZ**

Maestra en Derecho Constitucional y Amparo, Estudiante de la Maestría en Defensa de los Derechos Humanos, CECOCISE-UNACH. Contacto: [abogadamerly@hotmail.com](mailto:abogadamerly@hotmail.com)

### **RANJANA FERRAO**

Assistant Professor, V.M. Salgaocar College of Law, Miramar – Goa, India.

# SUMÁRIO

## 1 DESARROLLO SOSTENIBLE & ECONOMÍA CIRCULAR

*Alcides Antúnez Sánchez*

*Magno Federici Gomes*

*Ana Gorgoso Vázquez ..... 1*

## 2 RESISTENCIA INDÍGENA Y COMUNALIDAD EN MÉXICO. UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA SOBRE LOS DERECHOS INDÍGENAS

*Alex Munguía Salazar*

*David Munguía Salazar..... 51*

## 3 DEMOCRACIA SUSTANTIVA

*Alfonso Jaime Martínez Lazcano*

*Merly Martínez Hernández ..... 82*

## 4 CYBERSECURITY IN INTERNATIONAL LAW

*Andrey A. Danelyan*

*Elena E. Gulyaeva..... 123*

## 5 DISCRIMINATION AND ABUSE OF THIRD GENDERS IN SOUTH ASIA

*Ranjana Ferrao ..... 143*



# 1

## DESARROLLO SOSTENIBLE & ECONOMÍA CIRCULAR: UN ESTUDIO DESDE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL EN CUBA Y BRASIL

### SUSTAINABLE DEVELOPMENT AND CIRCULAR ECONOMY: A STUDY FROM THE ENTREPRENEURIAL SOCIAL RESPONSIBILITY IN CUBA AND BRAZIL

#### **Alcides Antúnez Sánchez**

Máster en Asesoría Jurídica mención administrativo ambiental por la Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Profesor Auxiliar Derecho Ambiental e Internacional. Profesor en la Maestría en Gestión Ambiental. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. República de Cuba. Miembro de AIDCA en Argentina. Email: aantunez@udg.co.cu, antunez63@nauta.cu, ORCID No. 0000-0002-8561-6837

#### **Magno Federici Gomes**

Prácticas Postdoctorales en Derecho Público y Educación en la Universidade Nova de Lisboa-Portugal (CAPES/BEX 3642 / 07-0). Prácticas Postdoctorales en Derecho Civil y Procesal Civil, Doctorado en Derecho y Máster en Derecho Procesal, por la Universidad de Deusto-España (Cátedra UNESCO y Beca Gobierno Vasco-España). Maestría oficial en Educación de la PUC Minas. Profesor del Doctorado y Maestría Académica en Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible en la Escola Superior Dom Helder Câmara, Brasil. Profesor Titular de la Facultad de Derecho Arnaldo Janssen. Abogado socio de Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder del Grupo de Investigación: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA) / CNPQ-BRA y miembro de

los grupos: Centro de Investigação e Desenvolvimento em Direito e Sociedade (CEDIS) / FCT-PT, Centro de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP) / CNPQ-BRA y Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA. Email: [magnofederici@gmail.com](mailto:magnofederici@gmail.com) ORCID N° 0000-0002-4711-5310. Curriculum: <http://lattes.cnpq.br/1638327245727283>.

### **Ana Gorgoso Vázquez**

Máster en Desarrollo Cultural Comunitario. Profesora Auxiliar en la carrera gestión socio cultural para el desarrollo. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. República de Cuba. Email: [agorgosov@udg.co.cu](mailto:agorgosov@udg.co.cu) ORCID No. 0000-0001-8207-2902

## **RESUMEN**

Se realiza en el artículo una caracterización al principio jurídico del desarrollo sostenible y su evolución hacia la economía circular concomitante con la implementación de la Responsabilidad Social Empresarial, para ello se realiza una revisión teórica desde su génesis, su relación con la Sociología Ambiental, y su reconocimiento normativo desde el texto constitucional como paradigma de la Administración Pública para la disminución de la contaminación ambiental generada por los desechos electrónicos en Cuba y Brasil. El desafío que impone el logro del desarrollo sostenible para los Estados en el siglo XXI, permitirá fomentar técnicas preventivas ambientales para garantizar el derecho humano a un ambiente sano, entre los derechos de tercera generación, toda vez que la contaminación ambiental ha ido en crecimiento, sobre todo el sector urbano; hoy en evolución con un nuevo paradigma para los Estados a través de “la economía circular”.

**Palabras claves:** desarrollo sostenible; economía circular; minería urbana.

**Material y métodos:** El artículo realiza una caracterización del principio jurídico del desarrollo sostenible y su evolución hacia la economía circular concomitante con la implementación de la Responsabilidad Social Empresarial, para ello se realiza una revisión teórica desde su génesis, su relación con la Sociología Ambiental, y su reconocimiento normativo desde el texto constitucional como paradigma de la Administración Pública para la disminución de la contaminación ambiental generada por los desechos electrónicos en Cuba y Brasil. Para ello, han sido utilizados en el estudio como métodos de investigación: el histórico-lógico, análisis-síntesis, inducción-deducción, revisión bibliográfica, y comparación jurídica.

## INTRODUCCIÓN

Los temas ambientales se caracterizan por tener una visión transectorial de la realidad, en ello confluyen visiones e intereses variados, como son los científicos y la apreciación de los profesionales, de aquí su transectorialidad y multisectorialidad. Al concluir la década del 70' del pasado siglo, los problemas relacionados con la protección ambiental por parte de los países industrializados han sido identificados por la contaminación generada a través de la destrucción de hábitats y de especies en peligro de extinción, elementos que han coadyuvado al debilitar el paradigma dominante en el siglo XX con la institucionalización del ambiente como bien público.

En el nuevo siglo, la tendencia actual es que los problemas ambientales sean parte de la estrategia corporativa de los sujetos de gestión. Los empresarios implementan una estrategia empresarial que además de los componentes tradicionales, incluye aspectos ambientales, ponderando las herramientas de gestión

-auditoría e inspección ambiental- Surgieron instrumentos económicos como la contabilidad ambiental, el impuesto ambiental, el seguro ambiental, el cobro de servicios ambientales, entre otros como parte de la certificación ambiental dentro de la gestión ambiental.

La evolución de los paradigmas en el siglo XXI, las empresas reformulan su enfoque con relación al ambiente, a través de la presión ejercida por los diversos segmentos de la sociedad con los cuales las empresas mantienen relación en su entorno para mitigar la contaminación con el uso de tecnologías limpias. Uno de estos paradigmas es el que se estudia en el cuerpo del artículo, “la economía circular” por su relación con el desarrollo sostenible en la conformación de empresas responsable con el medio ambiente a través de la implementación de la responsabilidad social (RSC).

## 1 EL PARADIGMA JURÍDICO DEL DESARROLLO SOSTENIBLE EN LA PROTECCIÓN AMBIENTAL

Ante la necesidad alcanzar el desarrollo sostenible como paradigma jurídico global, en el siglo XX el Informe “Nuestro Futuro Común” de 1984 lo señala como el mega principio del Derecho Ambiental Internacional. Este paradigma jurídico para su contextualización es necesario cómo establecer las políticas públicas adecuadas para llevarlo a vías de hecho en cada nación del planeta.

En consecuencia, se hace la valoración que el ambiente en el siglo XXI se encuentra en el centro de atención de la colectividad mundial. Se parte como punto de análisis de los grandes acuerdos internacionales desde el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), y el Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales (1966), textos jurídicos que proclaman en su artículo 1: “el derecho de los pueblos a la libre determinación, y en virtud “establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico social y cultural” (NACIONES UNIDAS, 1966). Para el desarrollo de sus fines (artículo 1.2) “todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional” (NACIONES UNIDAS, 1966).

Se ha dicho por estudiosos del tema que, los derechos surgidos desde la segunda parte del siglo XX y en el siglo XXI, tienen que ver, básicamente, con el advenimiento de las declaraciones referidas genéricamente a la justicia, la paz y la solidaridad. Por ello, cuando se contribuye a separar la basura para contribuir a su reciclaje, o cuando se depositan las baterías agotadas en recipientes adecuados, no se está pensando sólo en sí mismo, sino en el bienestar de las generaciones futuras, de aquí la filosofía de la minería urbana para mitigar la contaminación ambiental en las zonas urbanas.

Se asevera, que estos instrumentos jurídicos internacionales, desde su eficacia horizontal como pautas sobre los derechos humanos, obliga a todos los sujetos de Derecho, a cumplir, hacer cumplir y respetar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cuestión que aún no se cumple por todos los Estados de manera adecuada, con una brecha social entre los países desarrollados y los que aún están por alcanzarlo, ante la no adecuada cultura ambiental.

En el mundo, a partir del contexto analizado, se aprecia como hubo intentos de dar respuesta desde la Sociología vinculado a la cuestión ambiental desde la década de los años 60’ del siglo

pasado, ante la problemática desde el campo científico y el político desde las ciencias sociales para el estudio de la relación hombre-naturaleza como su campo de acción, acrecentada con la contaminación al medio ambiente.

Por ende, lo acontecido en la ciudad Estocolmo en 1972, se justiprecia que fue el escenario internacional donde se realiza la deliberación sobre los problemas ambientales y las causas que lo contaminan, con ello se constata cómo se emprende la visualización de los problemas ambientales como resultado de los procesos del desarrollo, surge entonces la idea de “ecodesarrollo” de MAURICE STRONG, promovida en los años de 1980 al 1982.

En la literatura jurídica se consigna en este sentido, en 1972 se incluye en la defensa del ambiente la gestión cultural, al aprobarse la Convención para la protección del patrimonio mundial cultural y natural, aunque la misma no tuviera una influencia adecuada en la educación ambiental, surge la necesidad de sistematizar la legislación ambiental en pos de proteger el patrimonio cultural en la relación sociedad-cultura-naturaleza. Como nota distintiva coincidieron con la conferencia de Estocolmo sobre desarrollo y medio ambiente, la divulgación del informe del Club de Roma sobre los límites al crecimiento. Sucesos en el orden legal, que se diferenciaron por la dificultad con el petróleo y las primeras expresiones que acontecieron en el movimiento ecologista y el antinuclear.

Se valora por los articulistas, como en la región de Europa los problemas ambientales y la crisis social estuvieron vinculados al fenómeno de la contaminación ambiental. Desigual a lo que ocurrió en los Estados Unidos, al estudiar el tema de la contaminación, surgió el pronunciamiento de los movimientos sociales por la aptitud contaminadora de los sujetos de gestión

del sector industrial, entre otros aspectos vinculados a la cuestión ambiental que se estudia en el artículo.

Continuando este análisis, en 1974, la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, en virtud de su artículo 2 estableció que cualquier Estado “tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas” (NACIONES UNIDAS, 1974).

En este punto, se valora como el estadista RUZ señalaba en su discurso al mundo con su visión futurista:

La humanidad del futuro tiene retos muy grandes en todos los terrenos. Una humanidad que se reproduce rápidamente, una humanidad que ve con preocupación cómo se agotan sus recursos naturales, una humanidad que necesita dominar la técnica, y no solo la técnica sino los problemas que la técnica pueda crear a futuro, como la contaminación ambiental (RUZ, 1974, p. 1).

Los autores del artículo valoran que el pensamiento del Estadista y abogado, lo convierte en uno de los primeros líderes a nivel mundial en informar los cambios futuros de la naturaleza y su influencia sobre los fenómenos naturales que se aprecian por los resultados adversos de hechos como el cambio climático, la desertificación, la sequía, inundaciones, catástrofes naturales por inundaciones, incendios, desaparición de las especies y el peligro de la desaparición de la humanidad, por las secuelas de las anomalías negativas provocadas por la acción del hombre sobre la naturaleza, señaladas en la Cumbre de Río en 1992, al resumir en su arenga por Ruz las causas más profundas del problema “(...) la necesidad de intercambiar mejor las riquezas y de aplicar las tecnologías para el desarrollo humano, y no para lujo

y despilfarro que acontece en las sociedades de consumo (...)” (RUZ, 1992, p. 1).

Con posterioridad, la situación antes apuntada, en el año 1998, la UNESCO como parte del Sistema de las Naciones Unidas en su conferencia sobre la Educación Superior, declaró la importancia que la Universidad tome su papel en la era de la información y del conocimiento. A partir de este planteamiento, se acuña el término que revolucionaría al mundo a partir del Derecho Internacional en el cuidado de proteger en lo jurídico-político al ambiente y crear el cimiento del sistema socio-económico “desarrollo sostenible”.

La literatura científica, se aprecia como hace la propuesta que el desarrollo sostenible busca garantizar el apropiado equilibrio entre desarrollo económico y protección ambiental, para que satisfaga las necesidades de las generaciones presentes, sin comprometer las generaciones futuras para que estas puedan satisfacer sus propias necesidades, ponderado en los objetivos del milenio para el 2030.

Si bien es cierto, hay que reconocer como DE ZOGON en sus estudios sobre el mega principio -desarrollo sostenible- considera:

(...) el sector privado (grandes empresas y pequeñas) tiene el deber de apoyar a conformar sociedades equitativas y sostenibles (Principio 24), y que las empresas del sector privado cumplan la obligación de rendir cuentas, los reglamentos, con transparencia y estabilidad (Principio 26) (DE ZOGON, 2015, p. 1).

En contexto, se justiprecia que el núcleo duro del desarrollo sostenible desde la literatura científica se señala está en considerar tres pilares elementales -sociedad, economía-ambiente. En el sentido jurídico, la idea básica del desarrollo sostenible es el vínculo entre el bienestar de la generación actual y el de la ge-



neración futura. Estos elementos, los sistemas de valores no los han tenido en cuenta de manera adecuada, la naturaleza ha ido en una insensata carrera por el consumismo como forma de vida y de desarrollo sin la pertinencia del “principio de responsabilidad ambiental”.

Sobre este tema se analiza lo ponderado por URLICH BECK en cuanto al postmodernismo, precisa en el campo de acción del tema de la denominada “Sociedad del Riesgo”. Concepto que distingue una fase de desarrollo de la sociedad moderna en la que los riesgos sociales, políticos, económicos e individuales alargan cada vez a escapar a las instituciones de control y protección de la sociedad industrial (BECK, 1998, p. 13).

Más que un concepto científico, se destaca por la literatura analizada, que el desarrollo sostenible es una proposición ideológica y política. No obstante, se valora que su ambigüedad es extensa. Reconocer que algo no anda bien en el modelo social vigente, que el desarrollo necesita reformas o ajustarlo porque su continuidad está amenazada. Implica, una reafirmación de dicho modelo, en el doble sentido de no visualizar alternativas al desarrollo y de considerar que es deseable hacerlo durar. De esta forma, es aceptable para los críticos, ecologistas y desarrollistas el viejo conflicto que perdura entre economía y ecología, bajo la forma de diversas lecturas o interpretaciones como concepto compartido. Acrecentado a consideración de los articulistas con los problemas ambientales, económicos, sociales y alimentarios con los efectos de la pandemia del Covid.

El reto a criterio de los autores del artículo, es ponderar por los Estados que es una necesidad desarrollar una sociedad ante los desafíos adversos que se presentan para lograr alcanzar el desarrollo sostenible como una estrategia corporativa por los empre-

sarios a partir de que es un derecho humano “aquel que satisface las necesidades esenciales de la generación presente sin comprometer la capacidad de satisfacer las necesidades esenciales de las generaciones futuras” (BRUNDTLAND, 1987). La Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible (2002), desde el Derecho Internacional acepta de manera expresa “la realidad de que la sociedad mundial tiene los medios y recursos para responder a los retos” (NACIONES UNIDAS, 2002) planteados para superar la supuesta dicotomía entre protección ambiental y desarrollo económico por vía de la armonización de ambos procesos. Al respecto, DE ZSOGON expresa desde su postura:

(...) el hombre contemporáneo emprende la devastación de la naturaleza, sin tener conciencia que, en más o menor medida, es parte de la misma, al alterarla, el se desnaturaliza, altera y traiciona su propia esencia como ser social (DE ZSOGON, 2004, p. 1).

Se afirma por la autora estudiada que es una mezcla de técnicas, reglas e instrumentos jurídicos dirigidos a proteger todos los elementos que componen el ambiente natural y humano, a través de un número de normas legales que, por su naturaleza interdisciplinar, no admiten regímenes separados y de manera recíproca establecen e influyen en el ámbito de todas las ramas jurídicas y científicas reconocidas por la academia.

Fraga señalaba desde su posición sobre lo analizado:

El mundo de las preferencias es complejo. En el Derecho Ambiental las modificaciones se producen a tal velocidad que posiblemente sólo hacen ver al observador una foto fija de lo que acontece. Como Derecho apegado a la realidad planetaria está influido por el hecho social, económico, tecnológico y cultural. Podemos hablar de tendencias internas y externas (globalización e integración en ámbitos supranacionales como la Unión Europea del Derecho Ambiental, que ya está provocando un auténtico surgimiento de

un verdadero *ius commune* ambiental (Seerden); de tendencias estructurales del propio Derecho Ambiental (la constitucionalización, codificación, globalización, desregulación, etc.); técnicas (de técnica jurídica, de organización administrativa), etc. Debe advertirse que las tendencias en Derecho ambiental son especialmente complejas (...) (FRAGA, 2007, p. 1).

El análisis de la problemática contaminación ambiental, FRAGA ha considerado “(...) el Derecho Ambiental es la preservación y desarrollo del ambiente, y la obligación de que el hombre implemente y desarrolle un modelo de desarrollo sostenible, que permita coexistir al hombre con la naturaleza (...)” (FRAGA, 2009, p.1).

Queda claro para los articulistas que, la aceptación del paradigma del desarrollo sostenible tiene implícito reorganizar cada proceso básico de producción para aumentar la ecoeficiencia, y reducir el consumo de energía fósil y no generar contaminación. El tema tiene una dimensión científica para desarrollar instrumentos analíticos en pos de lograr conocer el impacto ambiental con ideas que ponderen la innovación y apliquen ciencia por los sujetos de gestión, ello es evidente que requiere dinero. Por otro lado, la dimensión normativa, debe estimular el uso eficiente de los recursos naturales a través de los instrumentos de tutela ambiental en el ordenamiento jurídico a los sujetos de gestión con una adecuada implementación de la gestión ambiental.

Está señalado en la literatura científica que el principio jurídico del desarrollo sostenible es un proceso de cambios en la explotación de los recursos naturales, por ello como antes se señalaba el desarrollo tecnológico tiene que estar concebido en armonía con el entorno, contextualizado en pautas a través de gestión ambiental con menor carga contaminante. Son retos a

los que se encuentra abocada la humanidad para alcanzar este mega principio jurídico.

Estos elementos sistematizados se aprecian recontextualizados con la concepción de la Empresa Responsable del Ambiente, la Empresa de Alta Tecnología y la Industria 4.0, en la que se imbrica el uso de las Tecnologías de la Informática y las Comunicaciones (TIC). Es lo que se ha definido como la “reconversión ecológica” de la industria, claro implicará cambios tecnológicos y su modernización, lo que coadyuvará a reducir la contaminación donde lo “verde vende”.

Al analizar que se define por contaminación, la literatura científica consigna: presencia o incorporación al ambiente de sustancias o elementos tóxicos que son perjudiciales para el hombre o los ecosistemas (seres vivos), al existir diferentes tipos de contaminación. Hoy la contaminación, sigue siendo preocupante en el mundo porque vivimos colapsado de enfermedades a causa del agua que tomamos, y por respirar aire contaminado.

Se valora que lograr alcanzar el principio del desarrollo sostenible en el siglo XXI, la lectura de la doctrina Hispanoamericana señala que se encuentra en la base de la categoría de “instrumentos de mercado de carácter cooperador”, el que debe ser compatible la tutela ambiental con el crecimiento económico, de aquí a consideración de los articulistas sea su articulación con el Derecho Administrativo Ambiental proyectado en Europa.

En el planeta, el modelo económico que predomina, llamado “economía marrón” ha generado el agotamiento de los recursos naturales, la degradación y la pérdida de ecosistemas, lo que ha dado espacio para que surja un modelo económico alternativo “economía verde” y, dentro de este, la “economía circular”, señalado por el PNUMA (2011) en su informe denominado

“economía verde”. Marcó un hito para estos desarrollos analizados en el cuerpo del artículo.

DE ZSÖGÖN, desde su atinado análisis nos dice que un desecho es:

“... calificación genérica de cualquier tipo de producto residual, restos, residuos, o basuras de la industria, comercio, campo o domicilios. Es cualquier objeto o substancia del cual su poseedor se desprende o tiene la intención u obligación de desprenderse...” (DE ZOGON, 2001, p. 27).

La propia autora analizada, refiere que el problema de los residuos en las zonas urbanas obedece “...a diversas causales agravadas año tras año. Por un lado, la explosión demográfica y la concentración de la población en grandes ciudades y, por otro lado, la utilización de bienes de rápido caducidad, la fabricación de envases no biodegradables que llevan al uso descontrolado e ilimitado de los recursos naturales, y de la energía” (DE ZOGON, 2004, p. 77).

Otro referente obligado es Caferrata, quien señala “...la contaminación, con su nociva proyección sobre la vida y la salud de las personas, genera deterioro reparable de sus potencialidades, con una inequívoca reducción de su horizonte o ocasiones futuras, con una sucesión de logros y tareas parcial o totales vedadas, de esperanzas y expectativas truncadas o realizables de diversas, más costosas y cuidadas maneras” (CAFERRATA, 2003, p. 4).

Es necesario significar que Río+20 (2012), sobre el paradigma del desarrollo sostenible, avanzó en el tema de la “economía verde” en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza, como el marco institucional para el desarrollo sostenible en las políticas públicas por los Estados; su evolución se valora que ha sido el tránsito hacia la “economía circular# en

el siglo XXI en la relación empresa-sociedad-naturaleza ante los problemas declarados con la protección del ambiente, la situación desfavorable de la economía, los problemas sociales, y el déficit de alimentos.

Lleva a señalar en este análisis a los autores del artículo, en el entendido que la “economía verde” integra al modo de producción variables ambientales y sociales, lo que no está en contra del libre mercado o del crecimiento dentro de los instrumentos económicos implementados a los derechos del consumo, como son: la etiqueta ambiental, la contabilidad ambiental, y la auditoría ambiental por los sujetos de gestión, entre otros.

Desde la perspectiva jurídica, el concepto de “economía verde” queda claro que no reemplaza al de “desarrollo sostenible”, pero si puede ser un camino para lograrlo. Como conjunto de modos de producción, premia maximizar la producción, al tener en cuenta variables ignoradas a la hora de concebir un negocio, para conservar los recursos naturales y erradicar la pobreza (MARTÍNEZ; PORCELLI, 2017, p. 129).

Estos elementos, justiprecian el nexo del Derecho Ambiental y sus principios que lo informan “precautorio, prevención, responsabilidad, legalidad, y responsabilidad ampliada del productor”, exigen a los productores aceptar la responsabilidad en las etapas del ciclo de vida de un producto, hasta la gestión final de su vida útil a través de cuerpos jurídicos que desde el Derecho Público lo regulen, sistematizado por Rota (1998, p. 87), García (2001, p. 43), Mateo (2003, p. 11), Cutanda (2006, p. 985), Mestre (2012, p.7), Prieur (2012, p. 39) y Chacón (2013, p. 16).

La bibliografía estudiada para conformar el artículo, ha permitido que se vaya consolidando como principio general del Derecho Administrativo Ambiental, con la actualización de las

“técnicas jurídicas de tutela ambiental” a partir de implementar la gestión ambiental compartida, como lo significa Ruiz (2012, p. 293) y otros autores europeos desde sus análisis.

De Gatta (2004), considera:

“...a causa de la progresiva degradación del ambiente, ha traído consigo que las empresas e industrias comiencen a utilizar nuevos instrumentos de protección ambiental, de carácter voluntario, con una nueva ética empresarial. Surge la RSC como el proceso mediante el cual las empresas deciden contribuir al logro de una sociedad mejor y a un ambiente limpio. Esta línea, ha contribuido a que surjan otros instrumentos para integrarse a esta ética empresarial” (DE GATTA, 2004, p. 65).

Otra lectura diferente acontece en el contexto de Latinoamérica en lo concerniente al Derecho Ambiental, ocurre a partir de los textos jurídicos supremos de naciones como Bolivia y Ecuador en la primera década del siglo XXI, tras su reconocimiento legal de forma expresa y tácita como referente en la región de América Latina diferente al Derecho Ambiental europeo a la naturaleza como sujeto de derechos en el Pluralismo jurídico.

A partir del reconocimiento del pluralismo jurídico, como la coexistencia de diversos órdenes jurídicos en un espacio geopolítico, cobra auge en los finales del siglo XIX y en la primera mitad del XX, fue una reacción ante el positivismo que emprendió la reducción del Derecho en el marco del proyecto moderno; pero no es hasta la década del 60' que se convertiría en argumento de discusión para la Antropología y la Sociología del Derecho.

En este sentido, los estudios realizados en el 2013 por CAFERATA, BELLORIO CLABOT, RINALDI sobre la situación del Derecho Ambiental en América Latina, coinciden en el informe entregado

al PNUMA “...las Constituciones, las Leyes marco o generales, conforman el núcleo duro y estable de la institucionalidad ambiental de los países de la región objeto muestral, para reconocer si estas resultan ser productivas con la aparición de la economía y contabilidad ambiental en pos del desarrollo sustentable vinculadas a la práctica de la auditoría ambiental...”

Sánchez y Ocampo aseveran en sus estudios que para poder desarrollar y aplicar el pluralismo jurídico ambiental hay que partir desde su origen, para que permita generar derechos ambientales efectivos para todos los ciudadanos, para que sean respetadas las diversas cosmovisiones desde el “sumak kwasay”, a partir del derecho humano al ambiente, para conformar cuerpos legales en el ordenamiento jurídico ambiental con la dimensión de los pueblos originarios desde la “Pacha Mama”, será una novedad en desarrollo en el siglo XXI, desde el “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano” (SÁNCHEZ; OCAMPO, 2018, p. 1).

En contexto, se aprecia que el valor jurídico de los instrumentos internacionales de derechos humanos analizados, reconocen los derechos a colectividades, comenzando por el derecho a autodeterminación de los pueblos, se establece desde la palestra internacional en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas en el contexto Latinoamericano.

Se afirma, desde la perspectiva jurídica, que desde la Cumbre de la Tierra de 1992 analizada *up supra*, se generaron varios instrumentos jurídicos internacionales como la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, donde se estableció un marco jurídico y un reglamento eficaz, para luego entrar en vigor la Convención sobre la Diversidad Biológica en 1993, y



el Convenio de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático en 1992, los que han seguido evolucionando con el tiempo hasta la Cumbre del Clima celebrada en París en el 2015 y la de Polonia en 2018, al ser considerado por autores Sánchez y Viltres (2012, p.1), Santos (2016, p.7)

En esta misma línea de análisis, Ruz señalaba al mundo en su oratoria pública “(...) Una transcendental especie biológica está en riesgo de desaparecer por la rápida y creciente agotamiento de sus condiciones naturales de vida: el hombre como ser social.” (RUZ, 1992, p. 1).

Queda demostrado entonces, que la preocupación del Derecho Latinoamericano por la cuestión ambiental, reconoce sus orígenes en la demanialización de los recursos naturales por el constitucionalismo social, se impulsa como consecuencia del desarrollo del “derecho ambiental internacional” y se incrementa con el advenimiento del “nuevo constitucionalismo latinoamericano” y el desarrollo de un “constitucionalismo ambiental” que reconoce de forma amplia el derecho humano a un ambiente adecuado y sostenible, como lo señalan los objetivos del milenio para el 2030.

Se procedió para abordar el tema por los articulistas, partir de la revisión sustentada en dos criterios, el primero en cómo se desarrolla el tema y el segundo de lo general a lo particular; se revisó la bibliografía jurídica especializada en materia de Derecho Constitucional, y el Administrativo Ambiental. Dentro de ello, la “minería urbana”, la “economía circular”, la “formación jurídica ambiental” por la multidisciplinariedad y transdisciplinariedad, de aquí que se haga la revisión desde los aportes de la Sociología Ambiental.

## 2 LOS APORTES DESDE LA SOCIOLOGÍA AMBIENTAL VINCULADOS A LA CUESTIÓN AMBIENTAL

La Sociología, concebida como la ciencia encargada de estudiar las estructuras y sistemas sociales, y la forma en que interactúan con el individuo y los grupos sociales. Por su definición parece ser excluyente de la naturaleza, debido a que la evolución de ésta, mediante innumerables ciclos biogeoquímicos que le son inherentes, no depende de las actividades humanas, por lo que es un proceso asocial. estudia la producción y reproducción de lo social y de la sociedad, suele considerar al ambiente como sinónimo de naturaleza y a ésta como parte del entorno donde las personas realizan sus actividades.

Al analizar los aportes desde la Sociología, desde su impronta marxista, se considera como la mediación entre los seres humanos y la naturaleza, lo que la hacía susceptible de desarrollarse teniendo en cuenta los condicionantes impuestos por ésta. La contribución marxista a la temática ambiental, es de relevancia, se valora por los autores del artículo que al incluir el campo de la ecología política con ensayos dirigidos a los estudios de la Sociología Ambiental hacen más abarcador sus resultados trascendiendo hasta nuestros días.

Significamos en este sentido la postura de Marx al señalar

(...) solo conocemos una única ciencia, la ciencia de la historia de la naturaleza e historia de la humanidad. No hay que dividir estos dos espacios, mientras existan hombres, la historia de la naturaleza y la historia de los hombres se condicionaran recíprocamente... mi relación con mi ambiente y mi conciencia (...) (MARX, 1932, p. 12).

En este sentido, el aporte de Engels quien advertía en el siglo pasado que:

Todo nos recuerda a cada paso que el hombre no domina, ni mucho menos la naturaleza, a la manera que un conquistador domina un pueblo extranjero, es como alguien que es ajeno a la naturaleza, sino que somos parte de ella con nuestra carne, nuestra sangre y nuestro cerebro, que nos hayamos en medio de ella y que todo nuestro dominio sobre la naturaleza y la ventaja que llevamos a las demás criaturas es la posibilidad de conocer sus leyes y de saber aplicarlas (ENGELS, 1982, p.60).

La Sociología Ambiental, como ciencia social, tiene que afrontar la necesidad de repensar la interacción entre la acción social y los procesos de la naturaleza, en lo que respecta a los límites que imponen en lo relativo a las posibilidades que ofrece. Ejemplo de lo señalado se aprecia como la energía nuclear contribuyó en su momento a consolidar el poder económico de la extinta Unión Soviética, pero también fue un factor negativo el accidente ocurrido en Chernóbil en el pasado siglo. Cuestión que también ocurrió en la nación de Japón con otro accidente vinculado al uso de la energía nuclear. A criterio de los autores, por no ponderarse de manera adecuada los principios desde el Derecho Ambiental y no haber ejecutado una evaluación de impacto ambiental apropiada.

Es pertinente significar que, la Sociología Ambiental se encuentra ante la tarea de buscar una síntesis entre los componentes sistémicos o estructurales -incluyendo entre ellos el ambiente natural- y la agencia humana. En consecuencia, la tarea o fin de la Sociología Ambiental se limitaría al estudio de los procesos de construcción de informaciones científicas y difusión pública de versiones simplificadas de las mismas que llevan, primero, a la descripción de la intensificación artificial del efecto inverna-

dero como problema social y político y a seleccionar determinados aspectos del mismo como prioritarios o más significativos, como es el caso de la contaminación ambiental, donde se particulariza el nuevo paradigma “economía circular”.

La Sociología Ambiental tiene como fuentes directas o indirectas, los avances científico-tecnológicos, las confrontaciones políticas internacionales, la amenaza de la guerra nuclear, el incremento en la degradación ecológica, el desarrollo de movimientos sociales emergentes y la crisis teórica de la Sociología. Su génesis aparece en la década de los años 70’ en los Estados Unidos de América.

En Cuba, un referente obligado es el estudio y análisis de la obra de José Martí quien desde su análisis conceptualizara:

¿Qué es la naturaleza? El pino agreste, el viejo roble, el bravo mar, los ríos que van al mar como a la eternidad vamos los seres humanos: la naturaleza es el rayo de luz que penetra las nubes y se hace arco iris; el espíritu humano que se acerca y eleva con las nubes del alma y se hace bienaventurado. Naturaleza es todo lo que existe, en toda forma, espíritus y cuerpos; corrientes esclavas en su cauce; raíces esclavas en la tierra; pies, esclavos como las raíces; almas, menos esclavas que los pies. El misterioso mundo íntimo, el maravilloso mundo externo, cuanto es, deforme o luminoso u oscuro, cercano o terroso, regular todo, medido todo menos el cielo y el alma de los seres humanos es Naturaleza (MARTÍ, 1963, p. 364).

Demuestra a los articulistas, que la Sociología Ambiental tiene como uno de sus fines facilitar la reapropiación social de la naturaleza en esa relación hombre-naturaleza, no en términos de la explotación de la que puede ser objeto, sino de la valoración de su potencial ecológico productivo. Cuestión considerada desde los saberes tradicionales, cuando hablan del principio de

autogestión de las sociedades agrarias y de la productividad primaria de los ecosistemas naturales de los pueblos originarios, es el cambio de visión diferente al Derecho Ambiental en Europa, como es el Derecho Ambiental en América Latina con una cosmovisión novedosa, no por todos aceptada.

En este estudio, se analiza como Leff en distintos trabajos de su autoría, explica la interrelación desde el estudio de la complejidad ambiental tiene la biotecnología, las ciencias etnológicas, la sociodemografía, la ecología (política, productiva, social), la economía (ecológica, política del ambiente), la educación, la historia y la pedagogía ambiental, la ética (de la interculturalidad, para la sustentabilidad, por la vida), el psicoanálisis y la sociología del conocimiento (LEFF, 2000, p.9). Cuestión con la que los articulistas consideran válida, de aquí la transdisciplinariedad que tiene el Derecho Ambiental con la integración de contenidos y saberes, pertinente en la formación jurídica ambiental.

En consecuencia, la cuestión ambiental es necesaria abordarla desde ópticas interdisciplinarias que involucren las aportaciones de las ciencias sociales. Es importante argumentar la importancia de la Sociología para explicar las causas y los efectos que tienen las acciones humanas en la naturaleza y las formas en que ésta impacta en las formas de ser y estar en el mundo, ejemplo de ello, el elemento jurídico-contable “la economía circular”.

Relacionado con las aseveraciones anteriores, el gran reto a aplicar, es concebir una sociedad sin residuos, las políticas públicas de los Estados no han podido mitigar la contaminación ambiental. El ser humano actúa como productor y consumidor, y no como descomponedor de materia. Se asevera un vacío teórico sobre los residuos y la incorporación de la perspectiva sociológica sobre esta problemática. De aquí la “economía

circular” para lograr alcanzar la solución deseada por los Estados, de mitigar la contaminación ambiental en la relación controversial hombre-naturaleza.

### 3 LA ECONOMÍA CIRCULAR. NUEVO PARADIGMA JURÍDICO CONTABLE EN LA PROTECCIÓN AMBIENTAL

La economía circular, como modelo de negocio basado en el reciclaje, implementa la reutilización y reducción de los recursos naturales. El reciclado de los residuos de los aparatos eléctricos y electrónicos, o como se le denomina “minería urbana”, tiene un impacto positivo, permite recuperar metales o materiales cada vez más escasos; obtenerlos es importante para el desarrollo de los Estados que lo implementan, al contribuir a la mitigación de la contaminación.

Es importante ponderar que la innovación tecnológica, la aplicación de la ciencia, y la cultura de consumismo en el siglo XXI hacen que las personas cada vez más quieran sustituir los aparatos eléctricos y electrónicos por otros con mejores prestaciones, lo que genera cada año el aumento de la basura electrónica en zonas urbanas. Su objetivo busca que los residuos electrónicos no terminen en un vertedero o incinerador, y que tengan un tratamiento final a través de la economía circular, en pos de mitigar la contaminación ambiental, o ser trasladados o vendidos a los basureros de países del tercer mundo sin tratamiento tecnológico.

La internacionalización y liberalización mundial, ha causado desafíos políticos, económicos, culturales y sociales a los Estados. Ha traído irrupción en la innovación, apoyadas con la tecnología computacional y telemática en la 4ta Revolución Industrial. Han contribuido a crear nuevos productos, nuevos servicios

públicos, nuevos modelos de negocios, nuevas necesidades, son retos que cuestionan el formato y las claves competitivas de la industria del futuro “industria 4.0” en construcción y evolución bajo el slogan comercial de “lo verde vende”.

Al respecto, dada la naturaleza multidimensional de lo estudiado en el cuerpo del artículo, es la pertinencia del tema como parte de las políticas públicas de los Estados para lograr el desarrollo sostenible entre los objetivos del Milenio para el 2030, por ser una de las problemáticas globales la contaminación ambiental, en especial en los entornos urbanos.

Es importante tener en cuenta, el modelo de la economía circular se dirige hacia un nuevo paradigma, implica una hacer productos que desde su origen, diseño, permita hacer negocios atendiendo al crecimiento económico de la sociedad, a la sustentabilidad ambiental y a la disminución de los riesgos ante la incertidumbre de los precios de las materias primas y los recursos energéticos. Vinculado a criterio de los autores del artículo, al reconocimiento de la Responsabilidad Social Empresarial y su implementación por los Estados a través de su reconocimiento jurídico.

Como hecho jurídico, la intranquilidad mundial por el deterioro ambiental, incide en crear marcos normativos a nivel nacional, regional e internacional que impulsen la circularidad ante los impactos ambientales de la obsolescencia programada, desde la literatura científica se señala que se debe avanzar hacia una economía ecológica racional, ecoeficiente e inclusiva. Reto aún no logrado de manera adecuada.

En consecuencia, como objeto del artículo para los autores las nuevas legislaciones avanzan hacia un cambio de paradigma: de la economía lineal “extraer-fabricar-tirar”, a la economía circular “refabricar-recondicionar-reciclar”. Observada por las

formas de gestión para su implementación en sus negocios, potenciado con el uso de las Tecnologías de la Informática y las Comunicaciones con la quinta generación (5G) en la web 2.0.

#### 4 LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL. NEXO CON LA ECONOMÍA VERDE PARA LA MITIGACIÓN DE LA CONTAMINACIÓN AMBIENTAL POR LOS ESTADOS

En el siglo XXI, ante la insostenibilidad económica, social, ambiental y alimentaria a nivel global, surge la Responsabilidad Social Empresarial (RSE); conllevó a ponderar nuevas dimensiones, ampliaciones e introducción de las típicas nociones del Derecho Administrativo. La función administrativa, y el interés público contribuyen a que las empresas aporten al desarrollo sostenible en favor del equilibrio de crecimiento económico, bienestar social y aprovechamiento de los recursos naturales de manera adecuada. Equilibrio, a criterio de los autores del artículo de gran valor para la operación de los negocios y la pertinencia de observar en la competencia empresarial.

La RSE, término implementado desde mediados del siglo XX, impulsado según la lectura de Carroll (1999), desde la publicación del libro “Social Responsibilities of The Businessman” de Bowen (1953), se justiprecia como el inicio del concepto de RSC. No queda dudas que, con su libro, Bowen (1953), además de analizar la relación empresa-sociedad, ofreció la primera definición de RSC, en el entendido de como las obligaciones y decisiones que los hombres de negocios deben asumir en relación a la política de empresa, para seguir las líneas de acciones que son deseables en términos de los objetivos y valores de la sociedad y de su respeto al entorno. Cuestión a la que los autores del artícu-



lo se afilian por ser la de mayor pertinencia desde la bibliografía estudiada, hoy en avance con la relación empresa-universidad.

Con posterioridad, en el 2011, se valora como la Comisión Europea concibe a la RSC como:

(...) proceso consignado a integrar las preocupacion social, ambiental y ética, el respeto de los derechos humanos y las preocupaciones de los consumidores en sus operaciones empresariales y su estrategia básica, a fin de: 1) maximizar la creación de valor compartido para sus propietarios/accionistas y para las demás partes interesadas y la sociedad en sentido amplio; 2) identificar, prevenir y atenuar sus posibles consecuencias adversas (COMISIÓN EUROPEA, 2011, p. 07).

La situación apuntada, sobre la auditoría social por su vínculo con la RSE y el tema que se aborda, de las investigaciones realizadas hasta ese momento histórico, fueron limitadas. Sólo habían significado que es una herramienta útil para equilibrar el poder que las empresas poseen en la sociedad, lo que supone la legitimación y fortalecimiento de la imagen corporativa en relación a los consumidores, y su posición competitiva en el mercado. Implicó un cambio en la concepción de la RSE, considerada como una acción individual de los “hombres de negocios”, considerada como parte de la política de empresa, como una herramienta de trabajo dirigida a valorar aspectos relacionados con el seguimiento, la medición y la evaluación del desempeño en materia laboral empresarial.

Por consiguiente, la RSC se valora como debe ser parte de la estrategia empresarial, donde se establezcan la responsabilidad filantrópica, ética, legal, económica y la ambiental por los sujetos de gestión. Elementos que permitirán a criterio de los autores del artículo a los empresarios que la ponderen tener una gestión ambiental adecuada con una visión estratégica dentro de la cultu-

ra organizacional. Con la implementación de las normas técnicas ISO 14 000, 19 000 y 26 000, en correspondencia con el Modelo de Gestión del Pacto Mundial de las Naciones Unidas (2010).

En este sentido, prosiguiendo en su *íter*, en el 2011 los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar, determina “la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos”, como expectativa social en relación con las empresas. También, vinculado al objeto del estudio, en el 2013 fue aprobada la Agenda para el Desarrollo 2030 y sus 17 Objetivos de desarrollo sostenible, con una visión desde la Administración Estratégica.

Lo abordado en el desarrollo del artículo, tiene como pretensión demostrar la incidencia de la Administración Estratégica en lo que dispone la RSE, donde se proponen como ejemplos la conformación de la Empresa Responsable con el Ambiente, implementar tecnologías limpias, el uso de los sistemas de gestión ambiental, la etiqueta ambiental y la certificación ambiental dentro de los “instrumentos de mercado y comercio”, que contribuyan a lograr una mejor calidad de vida y bienestar a los ciudadanos a partir de la tutela adecuada de la Administración Pública, al ejecutar la auditoría ambiental (SÁNCHEZ; SÁNCHEZ, 2019, p.1-23).

En este particular, Sánchez refiere que a causa de incrementarse la degradación del ambiente ha traído consigo que las empresas comiencen a utilizar nuevos instrumentos de protección ambiental, sean de carácter voluntario o no, con una nueva ética empresarial (SÁNCHEZ, 2004, p.1-22).

De la lectura de los criterios de Parejo, al considerar actualmente vivimos en una época de preocupación política, institu-

cional y privada por la situación ambiental. La valoración social de la cuestión ambiental ha cambiado en las últimas décadas del siglo XX y los primeros años del siglo XXI, hacia posiciones de mayor concienciación por la calidad del ambiente, ante la eventual sexta extinción que se avecina y cuyo culpable son las conductas inadecuadas del hombre (ALFONSO, 2015, p.).

Por ello, se asevera que el desarrollo tecnológico no podrá ser perjudicial al ambiente, aquí es el rol que juega el derecho como ciencia social, como la vía en pos de favorecer un desarrollo ambiental amigable. Lo cual, paralelamente al extraordinario progreso científico y tecnológico que hoy existe, ha permitido tener un alto nivel de vida en las sociedades desarrolladas, donde hoy, se advierten los diversos riesgos que se originan por el propio desarrollo tecnológico y sobre los que, pese a dicho progreso, sigue presente la incertidumbre científica respecto a los efectos que generan al ambiente, a la salud humana, los que pueden ser atenuados sí se aplica de forma adecuada el principio precautorio, debe existir un equilibrio en su implementación.

Otra lectura la aporta SÁNCHEZ al señalar en la relación jurídica que aparece entre el sujeto auditor y el auditado, con la implementación de la auditoría ambiental, entre sus elementos objetivos se reconoce a la certificación ambiental con la ecoetiqueta a los bienes y servicios producidos por las formas de gestión (SÁNCHEZ, 2019, p.1-21). De ahí el rol que desempeña la auditoría ambiental como eje esencial y reconocimiento de todas sus aristas en especial la jurídica al ser más integral que la función inspectiva entre los instrumentos de mercado incidente en la actividad del comercio, para que sean reconocidos los procesos productivos amigables con el ambiente en correspondencia con la aplicación de la RSE, para coadyuvar a mitigar la contaminación ambiental con producciones limpias.

## 5 EL RECONOCIMIENTO EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DEL DESARROLLO SOSTENIBLE Y LA ECONOMÍA CIRCULAR EN CUBA Y BRASIL

En el ordenamiento jurídico cubano: en el 2019, la aprobación del nuevo texto constitucional, dispone en el artículo 11: el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, inciso b) sobre el medio ambiente y los recursos naturales del país. El artículo 16, sobre las relaciones internacionales de Cuba, regula en el inciso f) promueve la protección y conservación del medio ambiente y el enfrentamiento al cambio climático, que amenaza la supervivencia de la especie humana, sobre la base del reconocimiento de responsabilidades comunes, pero diferenciadas; el establecimiento de un orden económico internacional justo y equitativo y la erradicación de los patrones irracionales de producción y consumo (CUBA, 2019). En el artículo 23 se establece:

Son de propiedad socialista de todo el pueblo: las tierras que no pertenecen a particulares o a cooperativas integradas por estos, el subsuelo, los yacimientos minerales, las minas, los bosques, las aguas, las playas, las vías de comunicación y los recursos naturales tanto vivos como no vivos dentro de la zona económica exclusiva de la República (CUBA, 2019).

El artículo 75, dispone:

Todas las personas tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y equilibrado. El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo sostenible de la economía y la sociedad para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras (CUBA, 2019).

También, en el artículo 90, se establece:

El ejercicio de los derechos y libertades previstos en esta Constitución implican responsabilidades. Son deberes de los ciudadanos cubanos, además de los otros establecidos en esta Constitución y las leyes: (...) j) proteger los recursos naturales, la flora y la fauna y velar por la conservación de un medio ambiente sano (CUBA, 2019).

Cuba, en su ordenamiento jurídico reconoce el principio jurídico del desarrollo sostenible desde la Constitución de 1976, ratificado en la carta magna de 2019, se cumplen los tratados desde el Derecho Internacional que es parte, como lo ponderan Pisani (1996), Legra (1999), y Fernández y Santos (2005) desde sus estudios.

Al amparo de lo establecido en el texto supremo, el desarrollo de cuerpos jurídicos en el ordenamiento jurídico se establece en la Ley No. 76 de 1994, y en la Ley No. 118 de 2014 vinculados a la actividad de la minería. Se preconiza que la Ley No. 81 de 1997, no advierte en sus artículos pronunciamiento sobre la economía circular ni la actividad de la minería urbana. La cuál por ello deberá ser actualizada en este sentido.

El tratamiento legal de los residuos sólidos comunes y sus principios jurídicos se sustentan en la Ley No. 81 de 1997. Existen otras normas jurídicas y técnicas que de manera complementaria regulan los residuos, evidencian el postulado que disponen los principios de prevención, precautorio, responsabilidad, y legalidad. Son elementos que apuntan que la llegada del siglo XXI ha caracterizado el símbolo de la reconfiguración global de la cultura humana por una oleada de innovaciones sin precedentes del que Cuba no está ajena, promovidas por Díaz Canel desde que asumió la Presidencia, fomentando la aplicación de la ciencia en el sector empresarial estatal, al ser este el mayoritario dentro de las formas de gestión.

El crecimiento de la contaminación en las ciudades, vinculada con el incremento del uso de dispositivos electrónicos en altas cifras, llegado el final de su vida útil, la población desconoce que es la minería urbana, la logística inversa, y la economía circular. Para ello, el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA), ha aprobado: la Estrategia Ambiental cubana actualizada cada 5 años, el Plan de lucha contra la Contaminación Ambiental, el Plan de Estado contra el cambio climático (Tarea Vida), y el pendiente es el Plan para el desarrollo sostenible, donde tracen pautas para su contextualización, ejemplo de esto es la “Tarea Vida” de 2019.

No obstante, se aprecia como en el entramado de la Administración Pública, se constata como se ha constituido una empresa que se ocupa de la recogida y reciclaje de las materias primas. En esta actividad de recolección participan sujetos privados y cooperativas, al recoger en las ciudades los desechos metálicos y no metálicos objeto de compraventa por la aludida empresa (aluminio, hierro, cobre, bronce, entre otros), bajo precios establecidos por el Ministerio de Finanzas y Precios. Pero la norma jurídica ausente en el ordenamiento jurídico es la “Ley de Reciclaje”.

Estos elementos permiten colegir que el reto en la gestión ambiental por los actores económicos en Cuba, deberá estar enfocada a cumplir el principio de legalidad bajo las normas técnicas ISO 9001, 14001, 26000, pero el ordenamiento jurídico está necesitado de la promulgación de la Ley de Empresas y la Ley de Competencias, donde se pondere la Economía Circular a través de iniciativas que manejen una economía sostenible, que perfeccione el uso de recursos para una economía justa, social, colaborativa y sostenible, que deserte del actual sistema lineal de usar y tirar, en atención a la dimensión económica, política,

tecnológica y sociocultural en la implementación del nuevo modelo económico y social. Aquí juega un rol la gestión cultural para lograr el desarrollo local en cada municipio de país a través de la formación jurídica ambiental.

Conduce a repasar de nuevo las palabras dichas en su discurso en la Cumbre de Rio por el estadista Ruz quien señalara:

Es necesario señalar que las sociedades de consumo son las responsables de la atroz destrucción del ambiente. Nacieron de las antiguas metrópolis coloniales y de políticas imperiales que, procrearon el atraso y la pobreza que hoy flagela a la mayoría de la humanidad (RUZ, 1992, p. 1).

Con posterioridad, RUZ nuevamente, desde su análisis futurista expresaba “El crecimiento sostenible es inadmisibles sin la distribución más justa entre los países. No puede haber crecimiento sostenible para una parte del mundo y subdesarrollo para los demás” (RUZ, 1992, p. 1). Cuestiones a la que los autores consideran válidas, alcanzarlo sigue siendo un gran reto, la distribución de las riquezas sigue mal distribuida.

En este contexto, la sociedad cubana se encuentra en proceso de actualización de su modelo económico y social de desarrollo, decisivo para la sostenibilidad y prosperidad, para la educación y la formación de valores, la salud, la ciencia, la tecnología e innovación, la cultura, la comunicación social, las ciencias, la defensa y seguridad nacional, el uso racional y protección de los recursos naturales, en coherencia con los objetivos y metas de la Agenda 2030 para alcanzar el desarrollo sostenible.

En materia de control público, la Contraloría General, tiene la misión por Ley de ejecutar auditorías como política pública en los sectores estratégicos del país, es el caso de la auditoría ambiental ejecutada a las cuencas hidrográficas y la realizada

a las energías renovables, el pendiente es el sector empresarial (SÁNCHEZ, 2017, p.1-24).

En consecuencia, no debe dejar de significarse el papel que juega la academia en su responsabilidad con la formación jurídica ambiental, el presente exige educar para innovar e innovar para educar, con el protagonismo de nuevos modelos, donde el hombre actué de manera responsable en la protección ambiental, que lo haga con las competencias requeridas, tributará a alcanzar la armonía y equilibrio para el desarrollo industrial, los avances tecnológicos en la relación hombre-naturaleza (SÁNCHEZ; LÓPEZ, 2019, p.1-25).

De aquí que se valore en el epígrafe por los autores del artículo lo expresado por Leff

(...) la necesidad de internalizar un saber ambiental emergente en un conjunto de disciplinas de las ciencias naturales y sociales, para construir un conocimiento capaz de captar la multicausalidad y las relaciones de interdependencia de los procesos de orden natural y social que determinan los cambios socio ambientales, para construir un saber y una racionalidad social orientada hacia los objetivos de un desarrollo sustentable, equitativo y duradero (...) (LEFF, 1998, p. 1).

En el ordenamiento jurídico brasileño: Para abordar la economía circular, es importante señalar, en primer lugar, algunas consideraciones sobre la inserción del concepto desarrollo sostenible en el ordenamiento jurídico brasileño.

Desde que comenzó a ser utilizado y desarrollado internacionalmente, aunque Brasil haya participado en los eventos que discutieron el tema, incluso antes de 1988, cuando entró en vigencia la Constitución de la República Federativa de Brasil (CR/88), ella no trata directamente del desarrollo sostenible, a



pesar de representar dos dimensiones por medio de los artículos 1º, 3º, 179, VI, 225, 182 y 183, 184 hasta 191 y 215 a 216-A, según lo expresado por Gomes y Santos:

(...) la dimensión ambiental también se observa en el artículo 170, que informa que el orden económico brasileño se fundamenta en la justicia social y que tiene el atributo de libre iniciativa, y en su ítem VI trata de la defensa del medio ambiente en el contexto del desarrollo económico. Además, hay un dispositivo específico, el artículo 225. La dimensión espacial urbana se percibe en los artículos 182 y 183, que tratan de la política urbana en Brasil. Ya la parte rural se establece en los artículos 184 a 191, especialmente en lo que respecta a la política de asignación y regularización de tierras. El texto constitucional brasileño es una expresión de la dimensión jurídico política, en la que se garantizan varios derechos fundamentales<sup>1</sup>. La dimensión ético-cultural se establece en la dignidad de la persona humana, fundamento de la República Brasileña, y encuentra apoyo en los artículos 215 a 216-A de CR/88, que valoran y crean mecanismos para la protección de la cultura brasileña (GOMES; SANTOS, 2016, p. 22, nuestra traducción)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Para una comprensión más profunda de la dimensión política y jurídica de la sostenibilidad como una forma de garantizar los derechos fundamentales intergeneracionales, ver: GOMES; FERREIRA, 2017, pp. 93-111.

<sup>2</sup> Traducción propia de: “ O pilar ambiental é observado, ainda, no art. 170, o qual informa que a ordem econômica brasileira é fundada na justiça social e que possui o atributo da livre iniciativa, e em seu inciso VI, trata da defesa do meio ambiente no contexto do desenvolvimento econômico. Além disso, há um dispositivo próprio, a saber, o art. 225. A dimensão espacial urbana é percebida nos arts. 182 e 183, que tratam da política urbana no Brasil. Já a parte rural é estabelecida nos arts. 184 a 191, especialmente no que tange a política de alocação de terras. O texto constitucional brasileiro é uma expressão da dimensão jurídico-política, na qual se garantem diversos direitos. Já a dimensão ético-cultural está estabelecida na dignidade da pessoa humana, fundamento da República Brasileira, e encontra amparo nos arts. 215 a 216-A da CR/1988, que valorizam e criam mecanismos para a proteção da cultura brasileira” (GOMES; SANTOS, 2016, p. 22).

Sin embargo, distintamente de cómo es tratado el tema en la CR/88, en la actualidad existen leyes que utilizan expresamente la denominación “desarrollo sostenible” en su texto normativo, como la Ley N° 9.985 de 2000, que trata de Conservación de Unidades y sostenibilidad en el uso de los recursos naturales, la Ley de Presupuesto N° 10.933/2004, que dispone sobre la sostenibilidad en el área rural, la Ley N° 11.284 de 2006 que versa sobre los bosques públicos, la Ley N° 11.959 de 2009 que instituyó la Política Nacional de Desarrollo Sostenible de la Agricultura y Pesca, entre otras diversas Leyes que tratan del término, en sus diversas dimensiones.

Esto demuestra que, como lo afirman Gomes y Santos existe, de hecho, una multidimensionalidad del desarrollo sostenible en el ordenamiento jurídico brasileño, aunque no exista una disposición expresa en la Constitución. Esta multidimensionalidad se debe a las diversas leyes, como las mencionadas anteriormente, y políticas públicas<sup>3</sup>, que tratan sobre el tema (GOMES; SANTOS, 2016, p. 29).

No hay duda de que el desarrollo sostenible es extremadamente importante para la población mundial. Para lograrlo de manera efectiva, es necesario, en primer lugar, adoptar medidas que preserven el medio ambiente. Por lo tanto, la economía circular puede citarse como un medio adecuado para hacerlo.

Para romper el modelo de la economía lineal, que consiste en extraer la materia prima y transformarla en un producto final que será consumido y luego descartado, se creó el modelo de la economía circular. La economía circular surgió, como ya se ha

<sup>3</sup> Para más detalles sobre la relación entre las políticas públicas y los objetivos del desarrollo sostenible, en sus múltiples dimensiones, ver: GOMES; FERREIRA, 2018, p. 155-178.

comentado en este artículo, con el fin de implementar un modelo productivo en la sociedad, que ya no se basa en la mera eliminación de productos usados, sino en el reciclaje y reutilización de ellos. Eso reduce la necesidad de utilizar nuevos recursos naturales para la producción de nuevos productos, además de reducir la contaminación ambiental debido a la disposición irregular. De esa forma, el objetivo es no utilizar los recursos naturales de forma excesiva e inconsciente, además de crear nuevos métodos para la producción de materiales que puedan hacer más eficaces el reciclaje y la reutilización, teniendo relación estrecha con la economía verde<sup>4</sup>. Como afirman Feitosa *et. al* “(...) la Economía Circular une el ritmo tecnológico y comercial del mundo en un modelo sostenible, propone minimizar, si no eliminarlo, los residuos, utilizando materiales que permitan una recuperación total” (FEITOSA *et al*, 2019, p. 116, nuestra traducción<sup>5</sup>).

El modelo antes mencionado, todavía, se está desarrollando en Brasil, de manera progresiva. De hecho, el término no es muy utilizado en la vida diaria de las personas, ni se utiliza en la gestión de industrias y empresas que tienen un papel importante en el desarrollo de la Economía Circular, ya que pueden crear planes estratégicos que apunten a un reciclaje y política de reutilización.

En Brasil, en materia de políticas públicas, se aprobó la Ley Nº 12.305/2010, que creó la Política Nacional de Residuos Sólidos (PNRS), que prevé una gestión eficaz de los residuos sólidos a nivel nacional, municipal y estatal. Assunção afirma que:

<sup>4</sup> Para una comprensión más profunda sobre la economía verde, leer: RODRIGUES; LUMERTZ, 2014, pp. 107-134.

<sup>5</sup> Traducción propia de: “(...) a Economia Circular une o ritmo tecnológico e comercial do mundo em um modelo sustentável, propõe-se a minimizar os resíduos, senão eliminá-los, utilizando-se de materiais que permitam uma recuperação total” (FEITOSA *et al*, 2019, p. 116).

(...) se constituye como un conjunto de principios, objetivos, instrumentos, lineamientos, metas y acciones para el desarrollo de la gestión y el manejo de residuos de manera integrada. Esta integración apunta a la cooperación entre los gobiernos federal, estatal y municipal, el sector privado y la sociedad civil. Entre los principios que sustentan el PNRS se encuentran: la visión sistémica en la gestión de residuos sólidos que considera las variables sociales, culturales, económicas, tecnológicas y de salud pública; desarrollo sostenible, ecoeficiencia y reconocimiento de residuos como reutilizables o reciclables, y también responsabilidad compartida (ASSUNÇÃO, 2019, p. 227, nuestra traducción<sup>6</sup>).

La citada ley requiere que todos los generadores de residuos sólidos contribuyan positivamente al desarrollo de la Economía Circular en Brasil y la sostenibilidad de toda la sociedad brasileña. Por esta razón, la ley instituye la adopción, por parte de las industrias, de políticas de logística inversa.

La logística inversa es un “instrumento de desarrollo económico y social caracterizado por un conjunto de acciones, procedimientos y medios diseñados para posibilitar la recolección y devolución de residuos sólidos al sector empresarial, para su reutilización, en su ciclo o en otros ciclos productivos, u otro destino final ambientalmente apropiado” (BRASIL, 2010, nuestra traducción<sup>7</sup>). Así, se puede entender que existe una

<sup>6</sup> Traducción propia de: “(...) se constitui como um conjunto de princípios, objetivos, instrumentos, diretrizes, metas e ações para o desenvolvimento da gestão e do gerenciamento de resíduos de forma integrada. Essa integração visa a cooperação entre os governos federal, estaduais e municipais, o setor privado e a sociedade civil. Entre os princípios que fundamentam a PNRS estão: a visão sistêmica na gestão de resíduos sólidos que considere as variáveis social, cultural, econômica, tecnológica e de saúde pública; o desenvolvimento sustentável, a ecoeficiência e o reconhecimento do resíduo como reutilizável ou reciclável e, ainda, a responsabilidade compartilhada” (ASSUNÇÃO, 2019, p. 227).

<sup>7</sup> Traducción propia de: “(...) instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados

cierta responsabilidad ambiental de las industrias, por medio de la imposición de una gestión basada en la logística inversa, presente en la PNRS.

Cabe destacar que la logística inversa impone la creación de un mecanismo por parte de las industrias para que sus consumidores puedan disponer de sus productos de manera correcta y consciente, o incluso hacerlos regresar a la industria en cuestión con el propósito de reutilizarlos o reciclarlos. Por lo tanto, el material vuelve a la etapa inicial de producción y negocio. Carneira denomina estos pasos “ciclos de distribución inversa”:

En general, los canales de distribución inversa se clasifican en dos categorías: (i) pos consumo y (ii) posventa. La primera clasificación se caracteriza por las diferentes formas de procesamiento y comercialización de productos post-consumo o de sus materiales constituyentes. (...) La segunda categoría permite el reingreso de los productos posventa al ciclo económico. Estos bienes industrializados son devueltos por diversos motivos, de los cuales podemos mencionar fechas de vencimiento, existencias en su nivel máximo, mercadería en consignación, entre otros rubros cualitativos. Así, pueden dirigirse a otras subestructuras, como mercados secundarios, reciclaje, corte, etc. Los casos prácticos en las categorías respectivas se ven mejor en los siguientes ejemplos: subastas de empresas (canal de reutilización inverso); comercio electrónico (canal de postventa inverso); envases desechables (canal post consumo inverso); tiendas minoristas (canal de postventa inverso) (CARNEIRO, 2018, p. 222-223, nuestra traducción<sup>8</sup>).

---

a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada” (BRASIL, 2010)

<sup>8</sup> Traducción propia de: “De modo geral, os canais de distribuição reversos são classificados em duas categorias: (i) pós-consumo e (ii) pós-venda. A primeira classificação se caracteriza pelas diferentes formas de processamento e de comercialização dos produtos de pós-consumo ou de seus materiais constituintes (...) A segunda categoria permite o reingresso dos produtos de pós-

De esa manera, no hay duda de la importancia de la adopción de la logística inversa por parte de la PNRS y su contribución a la implantación de la Economía Circular. Se pueden ver, en el sector privado, iniciativas para utilizar la Economía Circular, como bien menciona Sales *et al.*:

(...) A modo de ejemplo, la empresa Natura ha desarrollado a lo largo de las décadas un sistema de producción de productos utilizando únicamente materiales reciclables, donde recientemente alcanzó el 100% de su producción a partir de estos elementos. Innovando a través de la Economía Circular, la empresa brasileña AMBEV actuó con inteligencia y responsabilidad ambiental, promoviendo la oportunidad de reutilizar sus subproductos vendiéndolos a empresas para su reutilización. Resultado: más residuos reprocesados y menor perjuicio. La actitud de la empresa llevó a una ganancia de R\$ 115 millones en solo un año y al alcance del 99% de los residuos en reutilización (SALES *et al.*, 2019, p. 06, nuestra traducción<sup>9</sup>).

---

-venda ao ciclo de negócios. Esses bens, industrializados, são devolvidos por diversos motivos, dos quais podemos citar prazo de validade, estoques em seu nível máximo, mercadorias em consignação, entre outros quesitos qualitativos. Assim, eles podem ser direcionados às outras subestruturais, tais como mercados secundários, à reciclagem, desmanche, etc. Casos práticos das respectivas categorias são melhor visualizados nos seguintes exemplos: leilões de empresas (canal reverso de reuso); e-commerce (canal reverso de pós-venda); embalagens descartáveis (canal reverso de pós consumo); lojas de varejo (canal reverso de pós-venda)” (CARNEIRO, 2018, pp. 222-223).

<sup>9</sup> Traducción propia de: “(...) como exemplo, a empresa Natura vem desenvolvendo ao longo das décadas um sistema de produção de produtos apenas com materiais recicláveis, onde recentemente alcançou 100% de sua produção oriunda desses elementos. Inovando através da Economia Circular a empresa brasileira Ambev atuou com inteligência e responsabilidade ambiental promovendo a oportunidade de reaproveitamento de seus subprodutos através da venda dos mesmos para empresas reutilizá-los. Resultado: mais resíduos reprocessados e menos desperdício. A atitude da empresa levou ao lucro de R\$115 milhões em apenas um ano e o alcance de 99% de resíduos em reuso” (SALES *et al.*, 2019, p. 06).

La Agenda 3030 fue también un documento muy importante para la implementación de la Economía Circular en Brasil. Se estableció en la sede de las Naciones Unidas, con la participación y aprobación de Brasil, y estableció 17 Objetivos, todos relacionados con el desarrollo sostenible global, que tienen como finalidad, en definitiva, combatir la pobreza y la desigualdad, la injusticia y la mitigación del cambio climático. El Objetivo 12 prevé, no expresamente, la economía circular, por medio de un objetivo establecido que impone la adopción del reciclaje y la reutilización hasta 2030. Es lo que se espera.

En vista de lo anterior, es posible concluir que la Economía Circular ha sido cada vez más discutida y planteada en Brasil. La implementación no es una tarea fácil ni rápida, ya que implica sensibilizar a los organismos gubernamentales, la población en general y los sectores industriales, para que el modelo discutido en este artículo sea alcanzado de manera eficiente. Por ello, es necesario colaborar juntos y fortalecer la agenda ambiental y el desarrollo sostenible en todos los niveles, haciendo que el tema sea trabajado de manera más seria y consciente.

Como el mandato internacional promovido por la UNESCO, la educación jurídica ambiental salió de las Escuelas de Derecho y comenzó a penetrar el campo profesional por la acción de la ciencia y la tecnología sobre el ambiente; el enfoque interdisciplinario sigue siendo un objetivo por alcanzarse de manera adecuada en el sistema educacional y no verlo de manera fragmentada, en pos del desarrollo sostenible como política pública, donde la Sociología Ambiental tiene un papel significativo. Sigue siendo un reto para los Estados, que como hecho incrementará la cultura jurídica ambiental y permitirá con ello adquirir una “cultura ambiental” por ser sujeto de derechos y obligacio-

nes en la protección ambiental para fomentar la implementación de la economía circular.

## CONCLUSIONES

La Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible en el 2002, acepta de manera expresa “*la realidad de que la sociedad mundial tiene los medios y recursos para responder a los retos*” planteados en este conclave para superar la dicotomía entre protección ambiental y desarrollo económico por vía de la armonización de ambos procesos. Luego, como continuidad, en la cumbre Río+20 de 2012, sobre el paradigma del *desarrollo sostenible*, se avanzó en el logro de una “*economía verde*” en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza, y el marco institucional para el principio jurídico del desarrollo sostenible.

Las primeras décadas del siglo XXI se han caracterizado por la reconfiguración global de la cultura del hombre, signada por una oleada de innovaciones tecnológicas sin precedentes. El crecimiento de la contaminación ambiental en las ciudades, vinculada con el incremento del uso de dispositivos electrónicos en cifras significantes una vez estos lleguen al final de su vida útil, donde la población desconoce los términos como minería urbana, logística inversa, economía circular por su impacto socio ambiental al poner en riesgo la salud humana.

El modelo de economía circular se dirige hacia un nuevo paradigma, implica una nueva modalidad de hacer productos desde su origen, desde su diseño, y permite hacer negocios atendiendo al crecimiento económico de la sociedad, a la sustentabilidad ambiental y a la disminución de los riesgos por la volatilidad e incertidumbre de precios de las materias primas y recursos ener-



géticos como parte de la política pública en materia ambiental por los Estados, con la pertinencia de usar la etiqueta ambiental.

La universidad en su responsabilidad con la formación jurídica ambiental como mandato constitucional, el presente en el siglo XXI le exige educar para innovar e innovar para educar como protagonistas del cambio para alcanzar el desarrollo sostenible dentro de los objetivos trazados para el 2030. El que podrá irradiarse a una mayor velocidad y a mayores espacios con el uso de las Tecnologías de la Informática y las Comunicaciones en la web 2.0 con la quinta generación (5G) para lograr alcanzar el desarrollo sostenible.

Cuba, en su ordenamiento jurídico aún no se ha emitido una norma legal que regule el reciclaje y dentro de este la implementación de la economía circular por los sujetos de gestión. No obstante, dentro de sus políticas públicas existe dentro del Ministerio de Industrias una empresa cuyo objeto es la recopilación y tratamiento de algunas materias primas, la que se ocupa del reciclaje de productos y desechos, la que aún no concibe el tratamiento a los equipos electrónicos para mitigar la contaminación ambiental.

En Brasil, en su ordenamiento jurídico, ya se reconoció la Economía Circular a través de la logística inversa, instituida en la PNRS, Ley N° 12.305/2010, y por la tributación verde. Como derivación de la PNRS, existen políticas públicas regionales y locales que intentan plantear la logística inversa. Sin embargo, no es sencillo hacerlo. Hay problemas prácticos con los acuerdos sectoriales que suelen tener bajas metas de cumplimiento para las empresas y, aún, no son cumplidos muy a menudo. Así que la responsabilidad social y ambiental de las empresas aún no se ha hecho efectiva en el país, siendo algo utópico hoy día.

Hay que cambiar el paradigma en Brasil, para una acción más incisiva por parte de los Gobiernos, en todos sus niveles, además de sensibilizar la población y el sector empresarial. En adición, hay que pensar otras formas y otros instrumentos para plantearse la Economía Verde, colocando de relieve el desarrollo sostenible y la agenda ambiental mundial.

## REFERENCIAS

ARIAS, Á Amaya. **El principio de no regresión en el Derecho Ambiental**. Madrid Editorial Iustel, 2015.

ASSUNÇÃO, G. M. A gestão ambiental rumo à economia circular: como o Brasil se apresenta nessa discussão. **Revista Eletrônica Sistemas & Gestão**, v. 14, n. 2, p. 223-231, 2019

ALIENZA GARCIA, J. **Manual de Derecho Ambiental**. España: Editorial Universidad de Navarra. 2001.

BOWEN, H. **La responsabilidad social de los empresarios: la auditoría, vínculos con otras ciencias y saberes**. Estados Unidos de América, 1953.

BORJA Y BORJA, R. **Derecho Constitucional ecuatoriano**. Madrid: Editorial cultura hispánica, 1979.

BECK, U. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. España: Editorial Paidós Ibérica, 1998.

Brasil. Lei nº 12.305 de 02 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 de ago. 2010.

BRUNDTLAND, G. **Informe Nuestro futuro Común**. Noruega: ONU, 1987.

BHRUNIS LEMARIE, R. **El constitucionalismo en el Ecuador**. Quito: Editorial Alter Justitia, 2010.

CAFERRATA, N. **Análisis del marco regulatorio en los países de América Latina y el Caribe**. PNUMA. 2013.

CAFERRATA, N. Teoría de los principios del Derecho Ambiental. **Revista Abeledo Perrot**, Argentina, 2009.

CARBONNIER, J. **Sociologie du droit**. Paris: Librairie Armand Colin, 1972.

CARNEIRO, E. F. Desenvolvimento sustentável e logística reversa: um passo no caminho das práticas sustentáveis. **Revista de Direitos Difusos**, v. 70, n. 2, p. 213-230, 2018.

RUZ, F Castro. **Discurso III conferencia de las brigadas técnicas juveniles**. La Habana. 1974.

RUZ, F Castro. **Discurso Conferencia en las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo**. Río de Janeiro. 1992.

CEPAL. **Agenda 2030: los objetivos de desarrollo sostenible**, CEPAL, 2018.

COMISIÓN EUROPEA. **Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas**. Bruselas: Comisión Europea, 2011.

CUBA. **Constitución de la República de Cuba**. La Habana, 2019. Disponible en: <http://www.granma.cu/file/pdf/gaceta/Nueva%20Constituci%C3%B3n%202019%20KB-1.pdf>. Acceso en: 02 fev. 2021.

PISANI, M D' Estéfano. **Derecho Ambiental Internacional**. La Habana: Editorial Ciencias Sociales, 1996.

PARDO, J Esteve. Principio de precaución: El derecho ante la incerteza científica. **Revista Jurídica de Catalunya**, España, no 3, p. 689-700, 2003.

JIMÉNEZ, C. E. **Desarrollo del Derecho Ambiental en Centroamérica** (Tesis doctoral) - Universidad de Alicante, España, 2010.

ENGELS, F. **Dialéctica de la naturaleza**. La Habana: Editorial Ciencias Sociales, 1982.

FEITOSA, A. K.; BARDEN, J. E.; KONRAD, O.; DE MATOS, M. A A. Desenvolvimento sustentável e economia circular: contribuição para a gestão de resíduos sólidos em um centro urbano. *In*: AGUILERA, J. G.; ZUFFO, A. M. (orgs.). **A preservação do meio ambiente e o Desenvolvimento Sustentável**. Ponta Grossa: Editora Atena, 2019.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. **Unión Europea: gestión ambiental ordinaria, economía circular y energía... pendientes de París**. Observatorio de Políticas Ambientales. España: Editorial CIEMAT, 2016.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. La responsabilidad social corporativa en materia ambiental, estado de la cuestión. **Boletín Económico de Información Comercial no 2824**, España, 2011.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. Principios del Derecho Ambiental, la responsabilidad social corporativa en materia ambiental, **Boletín Económico ICE no.2824**, España, 2004.

FERNÁNDEZ, C. La responsabilidad social y medio ambiental: nuevos rumbos para la contabilidad. **Revista Contabilidad y Auditoría**, Buenos Aires, n 24, 2006.

FUCITO, F. **Sociología del Derecho**. Argentina: Editorial Universidad, 1993.

GARCÍA FERNÁNDEZ, J.; REY SANTOS, O. **Foros de negociación e instrumentos jurídicos internacionales en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible**. La Habana: Editorial Acuario, 2005.

GOMES, M. F.; FERREIRA, L. J. A dimensão jurídico política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. **Revista do Direito**, n. 52, v. 2, p. 93-111, 2017.

GOMES, M. F.; FERREIRA, L. J. Políticas públicas e os objetivos do desenvolvimento sustentável, **Revista Direito e Desenvolvimento**, v. 9, nº 2, p. 155-178, 2018.

GOMES, M. F.; SANTOS, A. A. P. Multidimensionalidade e regulamentação do desenvolvimento sustentável, **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, v. 2, p. 17-33, 2016.

DE ZSOGON, S. Jaquenod. **El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores**. Madrid: Editorial Dykinson, 1991.

DE ZSOGON, S. Jaquenod, **Derecho Ambiental: preguntas y respuestas**. España: Editorial 2001.

DE ZSOGON, S. Jaquenod. **Derecho Ambiental**. 2. ed. Madrid: Editorial Dykinson, 2004.

DE BESA ANTUNES, P. **Derecho Ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editorial Lumen Juris, 2010.

JUSTE RUIZ, J.; BOU FRANCH, V. **El desarrollo sostenible tras la cumbre de Río + 20: desafíos globales y regionales**. Barcelona: Editorial Tirant lo Blanch. 2017.

JUSTE RUÍZ, J. **El desarrollo sostenible y los derechos humanos, protección internacional de los derechos humanos: nuevos desafíos.** México: Editorial Porrúa, 2005.

JUSTE RUIZ, J. **Derecho Internacional del Medio Ambiente.** Madrid: Editorial MacGraw Hill, 1999.

FRAGA, J. Jordano **Un desafío para los ordenamientos en el siglo XXI: el desarrollo sostenible.** España: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2008.

LOPERENA ROTA, D. **Los principios del Derecho Ambiental.** Madrid: Editorial Civitas, 1998.

LOPERENA ROTA, D. **Desarrollo sostenible y globalización.** España: Editorial Aranzadi Cizur Menor, 2003.

LEFF, E. Ambiente, interdisciplinariedad y currículum universitario. La educación Superior en la perspectiva de desarrollo sostenible. Formación Ambiental, **Anuies**, México, no. 9, , p. 9-20, 2000.

LEFF, E. **El saber ambiental.** México: Editorial Siglo XXI, 1998.

MARTÍNEZ, A; PORCELLI, A. El desafío del cambio económico: la economía circular y su excepción en las diferentes legislaciones y en la normativa voluntaria. **Revista Pensar en Derecho**, Colombia, n.º 13, p.129-181, 2018.

MARTÍNEZ, A; PORCELLI, A. Reflexiones sobre la economía verde: el new deal ecológico mundial. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas**, Perú, no.15, 2017.

MARX, C. **La ideología alemana.** Berlín: Editorial Mega, 1932.

MARX, C. **Obras Completas**. La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 1973.

MATEO, R Martín. **Tratado de Derecho Ambiental**. España: Editorial Trivium, 1991.

MATEO, R Martín. **Manual de Derecho Ambiental**. España: Editorial Thomson Aranzadi. 2003.

MATEO, R Martín. **Derecho Administrativo Ambiental**. 6. ed. España: Editorial Trivium, 1997.

MORA RUIZ, M. **Responsabilidad compartida en la gestión ambiental** (Tesis doctoral). Universidad de Huelva, Huelva, 2005.

MORA RUÍZ, M. La gestión ambiental compartida: función pública y mercado. **Revista Catalana de Derecho Ambiental**, España, n. 4, 2012.

NACIONES UNIDAS. **Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados**, de 12 de diciembre de 1974. Disponible en: <https://dudh.es/carta-de-derechos-y-deberes-economicos-de-los-estados/>. Acceso en: 05 feb. 2021.

NACIONES UNIDAS. **Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible**, de 4 de septiembre de 2002. Disponible en: [https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/WSSDsp\\_PD.htm](https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/WSSDsp_PD.htm). Acceso en: 05 feb. 2021.

NACIONES UNIDAS. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, de 16 de diciembre de 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cesr.aspx>. Acceso en: 05 feb. 2021.

ONU. **Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP24)**, Polonia, 2018.

ONU. **Acuerdo de París sobre el cambio climático (COP 21)**, Francia, 2015.

OJEDA MESTRE, R. **Del Eterno Retorno a la no Regresión. Acciones Colectivas. Un paso hacia la Justicia Ambiental**. México: Editorial Porrúa, 2012.

ORTEGA ALVAREZ, L. **El concepto de medio ambiente. Lecciones de Derecho del Medio Ambiente**. España: Editorial Lex Nova. 2000.

PEÑA CHACÓN, M. La Revolución de los Derechos Humanos Ambientales y de los Derechos de la Naturaleza. **Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales**, Argentina, n° 28, 2018.

PEÑA CHACÓN, M. et al. **Derecho Ambiental del siglo XXI**. Costa Rica: Editorial Isolma, 2019.

PNUMA. **Hacia una economía verde: guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza**. Síntesis para los encargados de la formulación de políticas. New York: PNUMA, 2011.

PRIEUR, M.; MONÉDIAIRE, G. et al. El Principio de No Regresión en Río+20. **Revista de Derecho Ambiental Abeledo-Perrot**, Argentina, n°. 32, p. 39-51, 2012.

REY SANTOS, O. **Derecho y cambio climático, legislando en un mundo cambiante**. La Habana: Editorial Academia, 2016.

REY SANTOS, O *et al.* **La Ley del Medio Ambiente: 20 años después**. La Habana: Editorial UNIJURIS, 2017.

SÁNCHEZ, A Antúnez. La auditoría ambiental, meta del desarrollo sostenible en el Derecho Ambiental. **Revista Científica**



**Monfrague Desarrollo Resiliente**, España, nº 1, p. 121-137, 2015.

SÁNCHEZ, A Antúnez. **La auditoría ambiental, ordenación jurídica en el Derecho Ambiental para el sector estatal cubano**. Cuba: Universidad de Oriente, 2017.

SÁNCHEZ, A Antúnez. La fórmula estimulación/recompensa en el Derecho Administrativo Ambiental: Visión desde la administración estratégica por los sujetos de gestión. **Revista de Investigación y Análisis de Jure**, nº. 91, 2018.

SÁNCHEZ, A Antúnez. La inspección ambiental. La evaluación de impacto ambiental. La autorización ambiental y la auditoría ambiental. **Revista de Derecho UNED**, España, nº. 18, p. 1-40, 2016.

SÁNCHEZ, A Antúnez; OCAMPO, E Díaz. El pluralismo jurídico en América Latina. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº. 990, 2018.

SÁNCHEZ, A Antúnez; OCAMPO, E Díaz. La responsabilidad social y medio ambiental de la empresa: una perspectiva desde Cuba. **Revista Responsabilidad Social Empresarial**, Madrid, nº. 27, p. 15-40, 2017.

SÁNCHEZ, A Antúnez; VILTRES, C Bruzón. Reflexiones en torno a la Protección de los Derechos Humanos desde la Perspectiva del Derecho Ambiental Internacional. **Revista Justicia Ambiental**, Chile, 2012.

RODRIGUES, I. N.; LUMERTZ, E. S. S. A economia verde como vetor do desenvolvimento sustentável. **Revista Veredas do Direito**, v. 11, n. 21, p. 107-134, 2014.

SALES, G. F. et al. **Desenvolvimento da economia circular no Brasil**: a aplicabilidade na indústria e nas demais organizações. Foz do Iguaçu: IBEAS, 2019.

ZAFFARONI, E. **La naturaleza con derechos**: de la filosofía a la política. Ecuador: Editorial Abya-Yala, 2011.

# 2

## RESISTENCIA INDÍGENA Y COMUNALIDAD EN MÉXICO. UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA SOBRE LOS DERECHOS INDÍGENAS

### INDIGENOUS RESISTANCE AND COMUNALITY IN MEXICO. A HISTORICAL APPROACH ON INDIGENOUS RIGHTS

**Alex Munguía Salazar**

Dr. en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor Investigador de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla BUAP. [amunguiasalazar@hotmail.com](mailto:amunguiasalazar@hotmail.com)

**David Munguía Salazar**

Antropólogo Social por la Escuela Nacional de Antropología e Historia ENAH  
Coordinador del Centro de Investigación Capacitación y Asesoría para el  
Desarrollo Integral Comunitario CICADIC A.C.  
[contactodavidmunguia@gmail.com](mailto:contactodavidmunguia@gmail.com)

#### RESUMEN

Tras el establecimiento del Estado Nación en México, los pueblos indígenas consiguieron erigir renovados esquemas de preservación sociocultural, a través de una férrea identidad de resistencia en relación de sus prácticas y costumbres ancestrales. aislados del resto de la población, lograron renovar sus intrinca-

dos esquemas de reproducción social, a partir del enérgico impulso de sus dispositivos simbólico-materiales de articulación comunitaria. En este sentido, su resistencia cultural cobro fuerza y relevancia, ya que por un lado les permitió reorganizarse en un horizonte comunitario, a la par que desarrollaban la capacidad de enfrentarse a sus agresores. Esa manifestación organizativa de vocación comunal de los pueblos indios es la base misma de su subsistencia y su lucha hasta nuestros días.

**PALABRAS CLAVES:** Pueblos indios; autonomía; comunalidad; resistencia

#### ABSTRACT

After the establishment of the Nation State in Mexico, the indigenous peoples managed to erect renewed schemes of sociocultural preservation, through a strong identity of resistance in relation to their ancestral practices and customs. Isolated from the rest of the population, they managed to renew their intricate schemes of social reproduction, based on the energetic impulse of their symbolic-material devices of community articulation. In this sense, their cultural resistance gained strength and relevance, since on the one hand it allowed them to reorganize themselves on a community horizon, while developing the ability to confront their aggressors. This organizational manifestation of the communal vocation of the Indian peoples is the very basis of their subsistence and their struggle to this day.

**KEY WORDS:** Indian peoples; autonomy; commonality; endurance.

## INTRODUCCIÓN

A lo largo del complejo proceso que significó la conformación del Estado Nación, los pueblos indígenas consiguieron erigir renovados esquemas de preservación sociocultural, a través de una férrea identidad de resistencia en relación de sus prácticas y costumbres ancestrales. Segregados del resto de la población, lograron renovar sus intrincados esquemas de reproducción social, a partir del enérgico impulso de sus dispositivos simbólico-materiales de articulación comunitaria. En este sentido, su resistencia cultural cobró fuerza y relevancia, ya que por un lado les permitió reorganizarse en un horizonte comunitario, a la par que desarrollaban la capacidad de enfrentarse a sus agresores. Esa manifestación organizativa de vocación comunal de los pueblos indios es la base misma de su subsistencia y su lucha hasta nuestros días.

El fundamento de lo indio, y por tanto de su resistencia, es la comunalidad misma, la cual se encuentra cimentada en los cuatro pilares comunitarios, que le dotan de raíz, horizonte y sentido: a) La defensa del territorio comunal; b) El poder comunal; c) El trabajo comunal; d) El disfrute comunal. Estos cuatro elementos pueden concretarse en dos grandes reivindicaciones indias, el uso comunal de la tierra y la organización sociocultural, que se manifiesta alrededor de dicho uso. De esta manera, la comunalidad india, representa el núcleo tradicional de la reproducción comunitaria y al mismo tiempo, el espacio articulador de su resistencia utópica.

## LAS REPÚBLICAS DE INDIOS

Tras la brutal conflagración que significó el encuentro con occidente, las formas de organización político territorial preexistentes, fueron drásticamente alteradas por la imposición de los nuevos cabildos ibéricos, una moderna estructura a la vez territorial y política que se instauraría en los otrora señoríos indígenas, trastocando por completo los restos de las estructuras políticas preexistentes.

”Antiguamente, las autoridades indígenas respondían a su “calpulli” o barrio. Cada barrio tenía un gobierno propio y era más o menos independiente de los demás barrios. Eran los ancianos de cada barrio, reunidos en consejo, los encargados de nombrar a los funcionarios responsables de llevar a cabo sus instrucciones en la comunidad. Este consejo elegía al “tlatoani” (el que habla), que era propiamente el gobernador del grupo indígena. Elegía también al “tlacatecuhtli” (el jefe de los hombres), que era el encargado de los menesteres militares. La autoridad suprema, a pesar de la fuerza de estos cargos, nunca dejaba de estar en manos del consejo de ancianos. Así lo podemos observar todavía, en el caso de varios grupos étnicos de hoy en día, por ejemplo los huicholes (con el Consejo de Kawiteros) y los mixes (con el Consejo de Ancianos Principales) entre muchos otros.” (Tello 2001)

Las autoridades indígenas anteriores a la Conquista, mantenían nutridos esquemas de administración y gobierno, los cuales, si bien resultan difícil de recrear a primera vista, es factible elaborar un estudio hermenéutico, que logre darle luz a los textos elaborados por parte de los cronistas españoles de la época, quienes utilizaban un lenguaje muy inapropiado para describirlas, (a lo sumo se trataba de soldados y sacerdotes de bajo rango), pues se referían a los esquemas de gobierno indígenas como “reinos” e “imperios”, cuando en realidad el poder en esas comunidades

estaba diseminado en pequeños grupos, atados entre sí de una manera muy flexible. (Tello 2001)

Ahora bien, en el México Precolombino existieron, como todos sabemos, una gran variedad de etnias y culturas que conformaban un mosaico multicolor, en donde la gran característica era precisamente, la enorme diversidad prevaleciente. Por esta razón, resulta muy complicado encontrar un denominador común, respecto la evolución y el desarrollo de las formas jurídicas propias de los distintos pueblos, tras el contacto con occidente. Las llamadas “*Repúblicas de indios*” adquirieron personalidad política propia, buscando aparejarlas a las antiguas figuras políticas prehispánicas. De esta manera, para finales del siglo XVI, la mayoría de las repúblicas de indios, no se correspondían en lo absoluto, con los viejos señoríos prehispánicos, pues éstos habían sido ya despoblados, fragmentados y/o re congregados en modernos referentes territoriales. Los pueblos indígenas quedaron así, divididos en numerosas y pequeñas aldeas, poco relacionadas entre sí y subordinadas a las cabeceras municipales que eran la sede de las autoridades españolas. Así, los respectivos regímenes de usos y costumbres de sus comunidades fueron sancionados por la corona española mediante un decreto expedido por el Emperador Carlos V, el 6 de agosto de 1555. Dicho decreto fue recogido en la ley 4, título I, libro segundo de la “*Recopilación de leyes de los reynos de las Indias*”, aparecida hacia 1680, en el siguiente tenor:

“..ORDENAMOS y mandamos que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos y que no se encuentren con nuestra sagrada religión y las que han hecho y ordenado de nuevo, se guarden y ejecuten y siendo necesario por la presente las aprobamos y confirmamos con tanto que nos podamos añadir lo que fuéremos servidos y nos pa-

reciere que conviene al servicio de Dios nuestro señor y al nuestro y a la conservación y policía cristiana de los naturales de aquellas provincias no perjudicando a lo que tienen hecho ni a las buenas y justas costumbres y estatutos suyos..” (De la Peza,2002)

Esta orden se mantuvo como un principio de derecho, más no de hecho a lo largo del régimen colonial, con fuertes discrepancias respecto a su tratamiento y aplicación en épocas y lugares de nuestro territorio:

“La Conquista destruyó en buena medida la estructura de las autoridades tradicionales de los indios. Pero si bien, a los indígenas no se les permitió el acceso a los puestos directivos de la Colonia, les fue concedido un gobierno local semiautónomo, modelado conforme a una institución occidental: el ayuntamiento. A la cabeza del ayuntamiento estaba el corregidor, que era una autoridad española nombrada por el virrey. Pero el encargado de transmitir los órdenes del corregidor en la comunidad indígena era la figura del cacique, un indio principal por ellos designado, que contaba con la anuencia y el apoyo de las autoridades españolas, el cual servía como efectivo vehículo de mediación. El puesto de moderno cacique era hereditario, lo que contradecía el carácter democrático de las viejas autoridades indias, que siempre habían sido elegidas por el consejo de ancianos, asegurando con esto, que resultara elegido en el mando, solo aquel personaje que tuviera el don de la escucha y la obediencia en la conducción de los asuntos del bien común.” (Tello 2001)

## EL CABILDO COLONIAL

De esta manera, la moderna institución del cabildo ibérico nació de un desigual combate entre dos cosmovisiones radicalmente encontradas, abriendo la puerta a una frontera indefectible tanto para la reproducción de las formas de organización social



y productiva de origen mesoamericano, como para el ajuste del nuevo orden colonial:

“..La dinámica territorial de Oaxaca prehispánica, estaba basada en unidades domésticas en donde predominaba una organización política sustentada en linajes o grupos parentales descendientes de un antepasado mítico común, lo que les asignaba ciertos derechos sobre el territorio que habitaban.. Al momento del contacto con los españoles, la estructura de la organización política y la distribución territorial dieron la impresión al conquistador de una solicitud con las formas estamentarias propias de la sociedad medieval europea. Con la idea de que estas estructuras político-religiosas eran señoríos y poco preocupados por entender la trama política y religiosa latente, los españoles impusieron la institución municipal en las tierras conquistadas, como una modalidad de administración y gobierno colonial, formada por un concejo conocido como cabildo o ayuntamiento. De acuerdo con algunas fuentes históricas, las élites de las sociedades de origen prehispánico encontraron en la rápida aceptación del cabildo una forma de establecer alianzas con los españoles a fin de mantener sus viejos privilegios, y al mismo tiempo, el orden social anterior. Más preocupados por la exacción económica y menos por transformar los sustentos políticos prehispánicos, los españoles impusieron el cabildo con un carácter más administrativo que político, para lograr dominar las élites indígenas equivalió a dominar al resto de la población.” (Romero 1996:55)

El historiador Lorenzo Meyer, en un interesante artículo, titulado: “*El municipio mexicano. Historia, obstáculos y posibilidades*”, nos desarrolla este intrincado acuerdo:

“..El “municipal”, fue la unidad administrativa básica del Imperio Romano, que a su vez tenía su raíz y razón de ser en las identidades y divisiones tribales preexistentes.. Esta estructura, permitía cierto grado de autonomía a los gobiernos locales y a las costumbres de estos, que no se opusieran a las leyes romanas. Tras la caída de Roma, la institución subsistió en la Europa Latina. Dicha instituci-

ón en su modalidad ibérica cruzó el Atlántico y hecho raíces en la América española. En el caso concreto de México, la organización municipal surgió con la llegada misma de Hernán Cortés y sus tropas conquistadoras. Así, el 22 de abril de 1519, en la llamada Villa Rica de la Vera Cruz, Cortés nombro al primer municipio y ayuntamiento mexicanos –alcaldes y regidores-, para acto seguido demandar y obtener de ellos su cargo como autoridad máxima de la gran empresa de conquista y quedar formalmente independiente del gobernador de Cuba. El municipio se mantuvo como la unidad básica de gobierno en la Nueva España, tanto en las Repúblicas de Indios como en las Repúblicas de Españoles, manteniendo ciertas atribuciones legislativas, ejecutivas, administrativas y judiciales, que les permitían su libre administración.” (Meyer 1994: 231)

Paulatinamente, estas nuevas disposiciones, fomentaron de facto la instauración de una serie de instancias indias de administración, interlocución y gobierno; que les permitieron desarrollar una compleja estrategia de preservación identitaria, a partir de la defensa territorial de sus pueblos. Así, mientras que, para los españoles, (más preocupados por la exacción económica que por los transformaciones de los sustratos políticos prehispánicos), la imposición del cabildo ibérico se guiaba por un carácter más administrativo que político. Para las sociedades de origen prehispánico, la rápida adecuación del cabildo impuesto, represento una forma excepcional de establecer alianzas con los españoles, a fin de preservar en cierta medida, aquellos viejos esquemas de equilibrio simbólico y regulación social precedentes. En este sentido y como bien lo anota el antropólogo mexicano Andrés Medina:

“..A pesar de la imposición del cabildo en las sociedades existentes al momento de la Conquista, éstas transitaron al nuevo orden colonial llevándose el conjunto de representaciones simbólicas que definían su matriz agraria mesoamericana; permitiendo por tanto, su continuidad.. Pues si bien, la organización actualmente

conocida como gobierno tradicional, fue en gran medida, una imposición de los evangelizadores ibéricos, sobre los principios de la organización comunitaria existente antes de la Colonia. Su reapropiación india, significó la preservación misma de la comunidad. Y si bien, el otrora, tlatoani se convirtió en el nuevo gobernador tolerado, en un esquema que abiertamente reproducía los principales cargos de los ayuntamientos españoles de la época. También se facilitó de cierta manera, la reproducción cultural encubierta”. (Medina 1995:7)

Así, la evolución de aquella institución impuesta se podría considerar como una garantía histórica de la supervivencia de las identidades culturales indígenas y de defensa territorial de sus pueblos. De esta manera, Adriana López Monjardín afirma:

“Durante la Colonia, la administración virreinal se propuso para afianzar su dominio; dividir a los mixtecos y zapotecos de Oaxaca, en una multitud de pequeñas aldeas que tuvieran una mínima relación entre ellas, y quedaran en cambio, articuladas con las autoridades coloniales ibéricas. Sin embargo, la desestructuración territorial indiana, tuvo un alto costo para la corona; debido al proceso de reconstitución étnica, que fue impulsado por los nativos. Ya que, sin entrar en contradicción con los organismos políticos formales, (los alcaldes y regidores reconocidos legalmente por el régimen colonial), las comunidades lograron preservar o fundar una red de nexos que los unía a lo largo y ancho de las regiones más extensas, a la vez que mantenían la cohesión interna y la organización de la vida social, haciendo aflorar la capacidad de resistencia contenida en un poder dual de facto.” (López 1986:21)

Debido a intrincados procesos de resistencia, a contracorriente del resto del país, en Oaxaca, encontramos varias experiencias en las cuales, de los señoríos indígenas continuaron existiendo contenidos ahora en la nueva figura, como por ejemplo Tezoacoalco, Yanhuatlán, Tilantongo y Teposcolula en la región Mixteca. Por otra parte, encontramos al caso paradigmático de los

indígenas en el norte del país, los Yaquis y los Mayos quienes contaron durante un largo periodo, desde el siglo XVIII hasta los dos primeros tercios del siglo XIX, de una autonomía casi irrestricta, ya que se les concedía como colonos, el derecho a elegir sus propias autoridades locales. La autonomía estaba más que garantizada debido al aislamiento y atomización en que se encontraban dichos asentamientos. (Hu-DeHart 1990:135)

Asimismo, de forma paralela a la dinámica del poder Colonial, apareció una segunda oleada fragmentadora de los viejos señoríos prehispánicos; la cual provenía de las propias comunidades indígenas, hábilmente reformuladas, quienes estratégicamente buscaban separarse administrativamente de las cabeceras municipales impuestas por los administradores y encomenderos ibéricos, para lograr adquirir ellas mismas la categoría de municipios y con esto alcanzar, una serie de disposiciones legales que les permitieran manejar sus propias tierras y gobiernos. Este doble proceso de división territorial y política que encapsuló las identidades, instituciones, símbolos e historia en una dimensión local, sería recurrente en diferentes momentos históricos y responsable de las actuales identidades geográficas residenciales, tan circunscritas a la comunidad india. Paradójicamente, aunque la fragmentación significó en un primer momento, una reducción del potencial organizativo de los grupos indígenas, la vida social comunitaria contribuyó a mantener su autonomía como pueblos y a reforzar y consolidar la tradición y la costumbre de los ancestros.

“..En Oaxaca por ejemplo, a diferencia de otras regiones del país, debido probablemente a la historia y a la dinámica política entre los pueblos existentes al momento del contacto español, así como al aislamiento geográfico y a las dificultades para colonizar la región; los pueblos indios, no sufrieron una tajante “hispanización” política con la introducción del

cabildo; más plausible es pensar que en Oaxaca los pueblos “indianizaron” la institución municipal, y a lo largo de los siglos, si bien padecieron diversos procesos de ajuste sociopolítico, lograron mantener sus propios aspectos organizativos, diferenciados por completo del resto de la población, debido en buena medida, a esta trama jurídica colonial, que mantuvo la diferenciación entre cabildos de indígenas y cabildos de españoles; al papel jugado por la Iglesia católica en la reproducción de lo religioso a lo político; a la continuidad de la figura de República de indios en la caótica legislación decimonónica de Oaxaca; y a la tenaz rebeldía de los pueblos oaxaqueños en contra de las leyes de privatización de tierras que se habrán de impulsar a partir de la segunda mitad del siglo XIX”. (Velásquez 1999:289)

Ahora bien, es importante señalar aquí, que la feroz resistencia que los grupos indígenas le impregnaron al proceso de “convivencia pasiva” con los invasores europeos; les valió la posibilidad de edificar verdaderos contrafuertes espaciales en sus respectivos territorios, los cuales llegaron a contar con cierta autodeterminación, respecto al poder hispano de la Corona. Así encontramos que el descontento indígena, durante la colonia transitó por diversos caminos, desde la resistencia callada, a los suicidios masivos, pasando por sublevaciones locales, hasta las grandes insurrecciones y rebeliones armadas.

## EL MUNICIPIO LIBERAL DEL SIGLO XIX

Tras la proclamación de su independencia de la Corona Española en 1821, la nación mexicana reconoció a la institución municipal casi en los mismos términos en que lo había hecho la constitución novohispana, promulgada en 1812. Manteniendo el principio que abolía las viejas diferencias institucionales entre las llamadas “*repúblicas de indios*” y de “*españoles*”, pues su meta era claramente la homogenización política del conjunto

social, y hacer de todos los mexicanos ciudadanos de una sola y única república, con iguales derechos y obligaciones.

“..Los resultados de esta ficción jurídica que de golpe hizo iguales a todos los que habían sido desiguales por tres siglos, fueron particularmente desventajosas para la parte más numerosa y débil de la sociedad; pues los pueblos indios en la práctica, quedaron en una situación de mayor vulnerabilidad con esta nueva condición, ya que la distinción original entre indígenas y no indígenas, conllevaba para los primeros la protección de la Corona. La igualdad jurídica pero no económica y cultural de los habitantes del México independiente, eliminó de hecho una buena parte de la autonomía tradicional de las antiguas repúblicas de indios, privatizó muchas de sus propiedades comunales, alentó aún más la concentración de la propiedad y finalmente, aumentó la polarización social”. (Barabas 2000:9)

El municipio reconstruido por el emergente Estado nacional en el siglo XIX, desdibujó aún más el concepto de territorio indígena. Resquebrajada la República de Indios, todos los habitantes del municipio, indios y no indios, tuvieron entonces acceso a la tierra de la comunidad, cortando los derechos territoriales históricos de los pueblos originarios y en muchos casos oscureciendo también el conocimiento local sobre ellos. El conflicto así se tornó con un carácter interétnico, ya que los indígenas se oponían al creciente poder mestizo que se apropiaba de las tierras que antes arrendaba y de los propios cabildos locales; pero también se resentía fuertemente la injerencia del Estado que facilitaba a sus intermediarios políticos el acceso irrestricto al ayuntamiento, introduciendo una incipiente modernidad, que la sociedad local no demandaba. La nueva concepción del municipio como factor del Estado intentaba mantener a las comunidades amarradas a la política dictada por el gobierno estatal, y para ello un procedimiento común era degradar a las cabeceras municipales

indígenas al estatus de agencias dependientes de las cabeceras mestizas y criollas.

“..En 1821 el Plan de iguala reconoció al municipio en los mismos términos que la Constitución de Cádiz de 1812: con jefes políticos designados por autoridades exteriores que controlaban la vida económica, política, administrativa y judicial de los municipios. Sólo los pueblos mayores de mil habitantes pudieron acceder a la categoría de municipios, en tanto que durante la Colonia para que un pueblo pudiera tener gobierno autónomo bastaban 360. En Oaxaca, hacia 1826 en la Mixteca, sólo había unos seis pueblos con cerca de mil personas. Situación similar se registraba en la Sierra y en los Valles Centrales. De acuerdo con la nueva ley muchos pueblos más pequeños que eran autónomos dejaban de serlo y se convertían en agencias de cabeceras municipales mestizas.”  
(Pastor 1987:430)

Aquí es importante señalar que la institución municipal es el escenario en el que se desenvuelve la dinámica política y administrativa a nivel local, tal como lo establece la constitución mexicana. Si bien, el municipio ha representado históricamente, el espacio de articulación subordinante con respecto al orden colonial y posteriormente con el Estado nacional; es posible encontrar escenarios locales y regionales, que en cierta medida han logrado escapar a esta lógica de subordinación al poder central; en donde el municipio aparece también como, el producto de la tenaz defensa territorial de los pueblos indígenas, para la reproducción de sus formas propias de gobierno local. Un claro ejemplo de esto es el Estado de Oaxaca, a quien se le reconocen 570 municipios, el 23 por ciento del total nacional. Este fenómeno, está presente debido a razones de carácter histórico, relacionadas con la defensa de los pueblos indios, de sus propias categorías municipales y territoriales; así como a los propios cambios y confusiones en las legislaciones respectivas.

Muchos pueblos perdieron sus gobiernos locales ante las leyes independentistas de municipalización, pero otros aprovecharon la debilidad inicial del sistema constitucionalista para autoproclamarse municipios; de esta manera, en ciertos reducidos de la geografía nacional, estas nuevas leyes y disposiciones legales, en lugar de frenar y revertir la fragmentación político territorial existente, contribuyeron a aumentarla.

“..La guerra de Independencia movilizó a sectores muy vastos de la población indígena de México. Su situación, sin embargo, no mejoró. Quizás, incluso, empeoró. El triunfo de los liberales significó un cambio para mal en la vida de las comunidades. Las Leyes de Indias, que habían protegido a los indios durante la Colonia, fueron de pronto abolidas. Se había abolido la esclavitud y el sistema de castas, y desde entonces todos los habitantes de la antigua Nueva España -criollos, mestizos, mulatos, indios y negros- se llamaron ciudadanos. Todos los ciudadanos eran iguales ante la ley y no podía haber entonces un sector de la población -como los indios- con leyes privativas -como las Leyes de Indias. La reacción de los indios fue de protesta: exigieron a sus “liberadores” el derecho a gobernarse a sí mismos de acuerdo con sus tradiciones. Pero no fueron escuchados.”. (Tello 2001:4)

Posterior a la proclamación independentista, los proyectos de nación que enarbolaron tanto los grupos liberales como los conservadores no contemplaron a los pueblos indios en la construcción de la nueva nación; pues estos fueron vistos como un serio obstáculo para el desarrollo anhelado. De tajo se daba por concluido el derecho indiano, en vista de la necesidad imperante de adoptar una ley suprema para la joven nación mexicana. Se integró un congreso constituyente, cuyos trabajos cristalizaron la constitución federal de 1824, la cual se inspirada en los supuestos jurídicos de la igualdad, la libertad y la fraternidad, emanados de la Revolución Francesa. En su gran mayoría, los



integrantes de dicho congreso se encontraban imbuidos en una “razón” modernizante e ilustrada, que les impidió la búsqueda de un horizonte de reflexión propio, múltiple y diverso, basado en la enorme complejidad cultural que predominaba entre la población. A partir de lo cual, la heterogeneidad se encapsuló en la falacia homogenizante del “*ciudadano*” y simplemente buscaron emular el proceso constitutivo de la federación norteamericana y sus legislaciones.

“..La pluralidad siempre se ha pretendido negar en la leyes mexicanas y en las políticas públicas impulsadas por el Gobierno. Así, al constituirse el Estado Mexicano en 1824 y con la expedición de lo que sería la primera Constitución de este país, el trato dado a los pueblos indígenas fue semejante al trato que se impartía a los extranjeros. En primer término, no se hizo mención alguna de la existencia de los pueblos indígenas en México y muchos constituyentes de aquel entonces propusieron abiertamente desechar del lenguaje constitucional la palabra “indígena”. En su pretensión de imitar siempre el modelo de estado-nación extranjero, dijeron que el trato a dar a los llamados indios mexicanos debía ser similar al que habían recibido los indios en la república feliz de los Estados Unidos de América, es decir, acabarlos e intentar aislarlos del resto de la sociedad nacional mediante las reservaciones. A partir de este esquema empiezan a ponerse los cimientos de la naciente nación mexicana, que tendrá como propósito lograr una homogeneización de la población en todos los sentidos.”. (Regino 1999:21)

El establecimiento meramente formal y no material, del principio jurídico fundamental de la igualdad entre los hombres, inspirado en la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano, hacia caso omiso a la composición social de nuestra población y su realidad cultural tan heterogénea y diversa.

“..Ambas facciones, entre las que se debatía la vida política nacional, se dieron a la gris tarea de instrumentar una campaña sistemática de “borramiento” de toda referencia del “ser indígena”,

que fuera capaz de escapar a los estrechos márgenes de la visión idílica construida en la época, respecto al origen mestizo de la nueva nación, a partir del estrepitoso choque cultural, que significó la Conquista Española del Imperio Azteca. De esta manera, el “indio muerto”, el mítico guerrero nahuatl vencido en el cruento enfrentamiento que significó la Conquista, fue edificado como el prístino origen de esta gran nación. Ahora bien, este “indio muerto”, nada tenía que ver con el miserable y pauperizado “indio vivo”, pues este significaba una burda aberración del otro, pues siendo tan “flojo y mezquino para el trabajo”, era una verdadera vergüenza nacional.” (Barabas 2000:9)

Así, las constituciones nacionales de 1824 y 1857 mantuvieron el régimen municipal, pero delegaron su reglamentación en las legislaturas y ejecutivos estatales, quienes endurecieron la política de centralización y reducción de atribuciones municipales; entre ellas las judiciales, administrativas y territoriales. Por otra parte, las leyes juaristas de desamortización de bienes comunales y las leyes de colonización, fueron hitos claves en el proceso de expropiación territorial, contrario a los pueblos indios. Así, las políticas impulsadas por el gobierno central, fueron encaminadas al despojo sistemático de sus tierras y la destrucción de sus formas de vida y cultura. Con la aplicación de la Ley Juárez en 1855 y la ley Lerdo en 1856 se desató un proceso de expropiación y despojo de las tierras comunales indígenas y la destrucción de sus propias comunidades. Puesto que la Ley Lerdo decretaba que todas las propiedades rurales y urbanas que estuviesen en manos de corporaciones civiles y eclesiásticas se adjudicaban en propiedad a sus arrendatarios. Dicha ley, daba a los arrendatarios u otros ocupantes tres meses para reclamar las propiedades. A partir de ese plazo, estarían a disposición del público. A partir de la proclamación de la ley numerosas deci-

siones judiciales dejaron bien claro que los liberales tenían toda la intención de acabar con la propiedad comunal de las tierras.

“..Los pensadores modernos del Renacimiento y la Ilustración dedicaron mucho tiempo a la concepción de un Estado conformado por individuos iguales y homogéneos. Todos los individuos –por su seguridad y bienestar– pactaban un contrato social para dar forma y contenido a una organización jurídico-política, distinta a los feudos. Esto mismo quiso aplicarse de manera rigurosa en tierras americanas, borrando todo vestigio de diversidad y heterogeneidad.. Esta tendencia se siguió en las “políticas de concentración” o en las famosas encomiendas implementadas desde tiempos de la Colonia. La misma actitud se implementó desde la constitución del Estado mexicano, siendo la “exaltación del individuo” la regla de oro para normar la convivencia jurídico-política. Así, en la Constitución de 1824 las colectividades serían tajantemente olvidadas y el trato dado a los pueblos indígenas fue semejante al que se impartía a los extranjeros, procurando en todo caso reducirlos a un régimen de reservaciones y aislándonos de la sociedad nacional. A partir de este esquema empiezan a ponerse los cimientos de la naciente nación mexicana, que tendrá como propósito lograr una homogeneización de la población en todos los sentidos. Con el gobierno liberal del movimiento de la Reforma las cosas no cambiaron mucho, a pesar de que tal corriente era encabezada por un indio zapoteco, Benito Juárez García. En este contexto se expidió la Constitución de 1857 que volvió a excluir de toda consideración a los pueblos indígenas, a pesar de que algunas personas como Ignacio Ramírez “El Nigromante” propusieron tratar el asunto relativo a los pueblos originarios de México. Pero su voz no tuvo eco en aquél entonces.” (Regino 2002)

Es importante el señalar que en el Congreso Constituyente de 1856-1857, Don Ignacio Ramírez (El Nigromante) tuvo una brillante intervención señalando el error histórico que se cometía al tratar de adaptar modelos extraños a la composición étnica nacional. Desafortunadamente, las ideas de la ilustración fue-

ron las que prevalecieron a raja tabla y sus principios fundantes, quedaron plasmados en la Constitución de 1857, dejando de lado la visión indígena y la oportunidad histórica de edificar una realidad social verdaderamente plural e incluyente.

## EL LIBERALISMO VS. LA COMUNALIDAD

La respuesta de los pueblos indios a estas políticas liberales, que solo trajeron una pérdida sustantiva en el carácter de su autonomía comunal y la expropiación de grandes extensiones de su territorio, fue generalizada y se suscitaron numerosas rebeliones e insurrecciones indígenas a lo largo y ancho del país. De esta manera, en todo el convulso siglo XIX, la vida política de México quedó rápidamente envuelta en una atmósfera de caos e insolvencia por parte de la autoridad central. Mientras tanto, los pueblos indígenas que lograron resistir el embate de la conformación nacional vivieron fuera del estrecho margen de la legalidad, en una libertad de facto a partir de la debilidad crónica de los sucesivos gobiernos nacionales de corte centralista. (Reina 1990:243)

Algunas de estas revueltas tenían como substrato de su levantamiento, la articulación con los diversos sectores excluidos de la emergente nación, lo cual les otorgaba gran legitimidad a sus demandas, aunque al estar estas circunscritas al localismo inmediateista, perdían su posibilidad de propagación. Tal es el caso del valle del mezquital y de los pobladores al sur de Xochimilco donde los campesinos amenazaban o empleaban la violencia en las disputas por la tierra, el agua, los impuestos y el control de los puestos oficiales locales. También los campesinos del centro de México consideraban que esos años de posguerra eran el momento preciso para protestar por la serie de limitaciones impuestas a su autonomía local. (Tutino 1990:109) Otras

movilizaciones, llegaban a plantearse verdaderos proyectos alternativos de convivencia social, como es el caso del “Manifiesto a todos los oprimidos y pobres de México y el universo”, expuesto y promulgado por el indígena socialista, Julio López Chávez. Éste, fue un carismático líder indígena, quien lograra desarrollar un peculiar movimiento agrario para 1868 en el poblado de Chalco, actual Estado de México. Este movimiento, a lo largo de su duración, repartió las tierras arrebatadas de los grandes latifundios e impidió que los terratenientes de la región trabajaran en las tierras y montes usurpados por el gobierno a los campesinos explotados “Queremos la tierra para sembrar en ella pacíficamente y recoger tranquilamente, quitando desde luego el sistema de explotación. Queremos abolir todo lo que sea señal de tiranía entre los mismos hombres.”. (Pérez 1997)

Resulta algo impactante para la época, la declaración del indígena guerrillero Julio López Chávez, poco antes de caer prisionero bajo el control de las fuerzas del gobierno federal, “Soy socialista porque soy enemigo de todos los gobiernos, y comunista porque mis hermanos quieren trabajar las tierras en común.” (Valadés 1984:40)

Ahora bien, esta condición de debilidad estructural del Estado mexicano, si bien permitió que, en la práctica, muchos pueblos indios lograran preservar sus antiguas formas de convivencia y regulación social y territorial, también motivo el surgimiento de numerosos caciquismos regionales, civiles y militares, que por más de medio siglo fueron los verdaderos amos y señores del México político. Fue la ley de los caciques la que constituyó el verdadero entorno en el que se desarrolló la vida política misma de la gran mayoría de las congregaciones municipales del país. En donde, las jefaturas políticas y el juez de distrito fueron los

instrumentos primordiales para lograr el control político y económico de la vida municipal. (Bailón 1999)

A contracorriente de esta historia de exterminio, las comunidades indias lograron resistir los cruentos embates gubernamentales y articular intrincados esquemas de preservación, resguardo y adecuación de sus sistemas normativos tradicionales, respecto a la administración impuesta por el gobierno central. A lo largo del complejo proceso que significó, la conformación del Estado mexicano, los grupos indígenas consiguieron erigir renovados esquemas de preservación cultural, a través de una férrea identidad de resistencia hacia sus prácticas y costumbres tradicionales. Así, apartados, del resto de la población, los pueblos indios, continuaron preservando sus particulares esquemas de reproducción social, a partir del enérgico impulso de sus peculiares dispositivos simbólico-materiales de articulación comunitaria. Jaime Torres, nos reitera:

“..Los pueblos indios, han usado la estrategia de la resistencia para preservar sus culturas por más de quinientos años, pero es curiosamente a lo largo del siglo XIX, que estas estrategias cobran una gran relevancia, a raíz del ataque sistemático del Estado liberal hacia las comunidades indígenas. Paradójicamente, hay que anotar que el mayor ataque hecho a las comunidades indígenas fue después de lograr la independencia nacional. Nunca antes se les había quitado tanta tierra, ni se les había tratado de penetrar y horadar de tal manera en todos los niveles de sus prácticas culturales. Así, de pronto; los usos y costumbres indígenas se convirtieron en un sistema jurídico subordinado, clandestino y negado. Un bastardo del derecho positivo, excluido de la normatividad impuesta. De esta manera, se fue gestando en la oscuridad, una decisión consciente por parte de los pueblos indígenas de conservar sus propias normas, aun con tan altos costos y de crear y defender su identidad distinta. La fuerza actual de la identidad y organización indígenas en nuestro país, se observa a través de la historia, como un hilo

continuo de eficaz rebeldía a la imposición de las formas ajenas de “convivencia” social.”. (Torres 2001:32)

Benjamín Maldonado, nos refiere así, que dicha resistencia y preservación, no fue otra cosa, más que la voluntad consiente de los pueblos indios, por preservar de una manera articulada los distintos aspectos de sus culturas; a partir de los cuales, habrían de auto adscribir su ser indígena:

“..La resistencia india es la voluntad cotidiana, permanente, de los pueblos indios por conservar de manera articulada los distintos aspectos de sus culturas, con los cuales se identifican. Esa voluntad no es inercia pasiva o activa sino deseo organizado de nombrar lo pronunciable, de creer en lo creíble, de saber todo, de gobernar lo colectivo, de amar lo vivo, de entibiar a la muerte, de heredar lo heredable, etc.. Esta resistencia es cotidiana y permanente porque cotidiana y permanentemente las culturas indias han sido asediadas de diversas formas por la cultura colonial, tanto española como nacional; en ocasiones las respuestas han sido violentas, armadas y, por lo mismo, esporádicas; pero, en realidad, los indios reafirman diariamente su voluntad de ser contra la intención occidental de impedir que sigan siendo.”. (Maldonado 1994:75)

En este sentido, la resistencia étnica, cobro fuerza y relevancia, en tanto les permitió reorganizarse como comunidad, a la vez que desarrollaban, la capacidad de enfrentarse a sus agresores:

“..Por resistencia no entendemos solamente fortaleza o cualidades desarticuladas y pasivas. Una tabla de madera, por ejemplo, tiene una constitución resistente al agua que le permite no hundirse en ella, pero va hacia donde las olas la llevan sin poder librarse de su inercia. En cambio, para los pueblos indios, resistencia no significa sólo que puedan soportar el oleaje de agresiones ilimitadas, sino, además, que tienen la capacidad para oponerse a su agresor y de organizarse para intentar liberarse de la agresión. El concepto resistencia lleva implícita la no aceptación de la dominación y la inconformidad con la imposición, en una actitud creativa de defensa de lo propio -oprimido- frente a lo ajeno -opresor- y, por

supuesto, en el deseo de poder vivir lo propio libremente... En tanto que es voluntad de resistir, la resistencia obliga a pensar ya rastrear la existencia de un conjunto de acciones decididas por los indios -porque no les fueron impuestas ni propuestas-, mediante las cuales preservan sus estilos de entender y reproducir la vida. Esto, a diferencia de pensar en una actitud pasiva -naufragio cultural- como la tabla que no se hunde sólo porque tal es su constitución natural, y porque no se le ha podido cargar de peso suficiente que venza su resistencia y la hunda, poniendo fin a su naufragio.” (Maldonado 1994:75)

Así, encontramos que la resistencia cultural indígena se vio cristalizada a través de la comunalidad, la cual representaba la articulación manifiesta de su organización colectiva. Desde luego, que no se trata ya de aquellas sociedades prehispánicas; pero de forma consiente y activa, día con día los pueblos indios continúan preservando su ser comunal, y eso es innegable a menos que el dogma antropológico declare inexistentes a los indios porque no ha tenido la capacidad siquiera de definirlos.

“..Si los indios sobreviven a una dominación, se debe a que así lo han decidido y se han organizado para lograrlo, y no deben su supervivencia a la incapacidad de los colonizadores por exterminarlos sino a su propia voluntad colectiva de existir. Esto significa que se resistieron a morir, defendiendo sus culturas a través de diversas estrategias. En algunos casos optaron por simular la aceptación de la derrota y la sumisión para poder conservar lo suyo, como es el caso de sus costumbres y creencias mágicas y religiosas, que bajo la máscara de adopción sincrética del cristianismo ocultaron tras la iglesia para seguir las practicando hoy en día; algo similar ocurre con sus lenguas, que se siguen hablando tras la aparente aceptación o no rechazo del español (bilingüismo); en el caso del poder, la imposición española fue re simbolizada en función de que su presencia inevitable no deconstruyera sino reforzara conceptos indios del poder, en otras ocasiones se tuvo que defender lo propio practicándolo desafiadamente desde la clandestinidad,



como es el caso de la herbolaria y la medicina tradicional; y por último, hay que recordar que la lejanía de las comunidades indias respecto a las metrópolis, les permitió sustraer sus costumbres y conocimientos a las exigencias homogeneizadoras del poder colonial. La resistencia, entonces, ha permitido a los indios resguardar activamente sus culturas con miras a organizar su liberación como sociedades, pues es algo obvio, a veces olvidado, que la resistencia no es un fin en sí mismo sino un medio para lograr la liberación desde lo propio. Ese fundamento de lo indio, y por tanto de su resistencia, es la comunalidad.” (Maldonado 1999:65)

En palabras Juan José de Rendón, esa manifestación organizativa de vocación comunal de los pueblos indios es “*la base misma de su subsistencia y su lucha por conservar su identidad*” (Rendón 1991:7); la cual se encuentra cimentada en los cuatro pilares sustantivos de sus respectivas colectividades, que le dotan de raíz, horizonte y sentido, a su quehacer cotidiano de histórica resistencia. Los cuatro pilares integrantes de la comunalidad indígena son así:

“.. a)La defensa del Territorio comunal: Capaz de dotarles de un sentido de pertenencia y un carácter de auto adscripción espacial identitaria; b) El poder comunal: Que se expresa en la Asamblea comunitaria, en el sistema de cargos y en los cabildos indígenas de gobierno; c)El trabajo comunal: Que es la realización y el mantenimiento de las obras del pueblo, la ayuda mutua que se entiende sobre todo en las intrincadas redes de parentesco; d) El disfrute comunal: que es el aprovechamiento de todos los miembros de la comunidad sobre los excedentes de la producción.. Estos cuatro elementos, pueden concretarse en dos grandes reivindicaciones, el uso comunal de la tierra y la organización política, social y cultural, que se da alrededor de este uso. Es decir, la posibilidad de manejar autogestivamente su espacio vital de reproducción social.” (Rendon 1992:36)

Maldonado, por su parte nos sugiere que la comunidad india, ha representado el núcleo tradicional de la reproducción cultural de los pueblos y es el espacio articulador por excelencia, de su propia resistencia. Pues en su seno, confluyen los referentes básicos de su identidad y su experiencia comunal, que caracterizan a los pueblos indios. Así, la define:

“..La comunidad es entonces un territorio colectivo en el que transcurre la vida de una comunidad, entendida como un grupo de familias interrelacionadas. La primera comunidad de cada persona es su familia, donde todos encuentran un sentido de pertenencia y con la que todos tienen compromisos claros, cuyo cumplimiento cabal es la mejor forma de construir esta comunidad sólida y saberse parte de su construcción. Cada uno tiene tareas que cumplir, desde los niños hasta los ancianos, para proveer lo necesario. Incluso, cuando algunos miembros tienen que migrar para obtener trabajo remunerado, lo hacen para enviar y traer recursos para la familia y la comunidad, más que para enriquecerse individualmente. La familia posee tierras de trabajo que puede heredar a sus miembros –generalmente a los hijos varones–, incluso rentarlas a otras familias o personas, pero no puede venderlas porque la propiedad es comunal. Las familias se vinculan entre sí a través del matrimonio, el compadrazgo y la ayuda mutua, relaciones regidas por la obligación moral de corresponder a la ayuda recibida. Esta reciprocidad en las relaciones ritualizadas les ha permitido hacer frente a los distintos momentos de carencias, así como mantener un principio de cohesión selectiva pero amplia. La red que conforman estas relaciones colectivas es parte fundamental de la estructura social que caracteriza a la comunidad india precisamente como comunidad, la cual no puede entenderse si no se gobierna a sí misma como asamblea, a través de sus autoridades por ella electas.” (Maldonado 2002)

En este sentido, Adelfo Regino manifiesta que, la comunalidad y el equilibrio fundado en la complementariedad espacial, vienen a ser dos categorías básicas para entender la raíz, el pen-

samiento y la acción de los pueblos indígenas. De ahí se deriva la percepción de un universo integral en el que se relacionan mutuamente la tierra que da vida al pueblo, ser humano común, mediante el trabajo familiar y colectivo. Es en la tierra donde nosotros existimos como seres humanos comunes, es decir, como pueblos, y en ella recreamos nuestra naturaleza y vida mediante el trabajo familiar y colectivo. En este contexto se hace enteramente explícita una “*actitud humana hacia lo común*”, es decir, la comunalidad. Esto es lo que da sentido y explicación a una buena parte del mundo indígena, buscando sin duda alguna la complementariedad entre lo singular y lo plural, entre lo bueno y lo malo, entre el individuo cuya dimensión sólo puede ser entendida en el seno de una comunidad que lo hace vivir y soñar y la propia comunidad en su conjunto:

“..Nuestra raíz –como todas las raíces no puede concebirse sin la tierra; la tierra que, desde el punto de vista indio, es común”. La tierra desde la perspectiva indígena se entiende básicamente en dos sentidos: A) Como espacio material en donde se reproduce nuestra existencia, y en donde trabajamos para obtener nuestros alimentos y sustento general. B) Como espacio espiritual, dado que en ella viven nuestras raíces, nuestros ancestros, nuestros nahuales, que la convierten en nuestra madre, quien al nacer nos amamanta y al morir nos abre su seno. Por eso, se convierte en un elemento esencial de nuestra pervivencia, junto al agua, el aire y el fuego, y por eso mismo lo debemos tener en común. Incluso no podemos pelearnos por ella, porque se enoja y se muere.” (Regino 2002)

Ahora bien, nacer en una comunidad india no es suficiente para sentirse y ser reconocido como su integrante. Es necesario expresar reiteradamente la voluntad de ser parte de ella mediante trabajo o cooperaciones. El espacio propio de la vida cotidiana es pues esencialmente el entorno de la comunidad, el cual se vive y se simboliza comunalmente. De esta manera, todos sus parti-

cipantes, están comprometidos a donar trabajo a la comunidad a cambio de prestigio y derechos. Este tipo de trabajo gratuito consiste básicamente en el cumplimiento de cargos y servicios para el bien común, la participación en la asamblea comunitaria, la asistencia al tequio y la colaboración y presencia en las fiestas cívico-religiosas, que se encuentran establecidas, re-articulándose así, permanentemente y con gran prestancia, sus respectivas formas de organización y gobierno. (Pacheco 2002)

## A MANERA DE CONCLUSIÓN

La comunalidad india, basada en las intrincadas redes del gobierno tradicional, les ha permitido históricamente a los pueblos indios que el primer contacto con el sistema de poder centralizado sea a partir de la identidad colectiva y no de la individualización alejada de lo colectivo. Pues es la comunidad misma, la que asume la representación de los miembros y se convierte en una forma de intermediación entre el indio pretendidamente individualizado y el poder del Estado. Así, como bien lo expone la antropóloga Laura Carlsen; en las comunidades indígenas dispersas a lo largo y ancho del país, los pueblos indios, hoy por hoy, siguen practicando sus propios esquemas de autogobierno y regulación al interior de sus comunidades, a partir de la aplicación de intrincados sistemas normativos, los cuales han venido reinventándose desde los tiempos precoloniales hasta nuestros días. Definidos como “*usos y costumbres*”, en la actualidad, son la base misma que fundamenta la comunalidad india.

“..La clave de la persistencia de estos sistemas normativos en las comunidades indígenas no radica en su marginación ni en una falta de interés por parte de las elites gobernantes, por integrarlos en el proyecto nacional. Aunque estos elementos claramente existen, no

bastan para explicar la sobrevivencia de formas específicas de gobierno indígena, y mucho menos, su renovación y resurgimiento. De fondo, existe una decisión consciente por parte de los pueblos indígenas de conservar sus propias normas --aun con altos costos-- y de crear y defender su identidad distinta. La fuerza actual de la identidad y organización indígenas en nuestro país se ve a través de la historia como un hilo continuo de resistencia a la imposición de formas ajenas. Esta lucha ha llevado a la plaza pública debates que antes se dieron casi exclusivamente en los salones académicos. En aras de defender o atacar a la autonomía indígena, entran a la discusión viejos temas de la historia, antropología, derecho y política. ¿Cómo entender qué es realmente lo indígena? ¿Qué significado damos a la comunidad y cómo definir a la comunidad indígena? ¿Cómo funciona el autogobierno indígena en México hoy y cuáles son sus múltiples modalidades? Las respuestas a estas preguntas nos pueden llevar a un mejor entendimiento del reto mayor: construir un Estado pluriétnico que garantice la plena y diferenciada ciudadanía a un sector negado por la justicia durante siglos.”. (Carlsen 1999:45)

La persistencia de estos sistemas normativos en las comunidades indígenas es una decisión activa y consciente, por recrear y defender sus propias formas de vida, basadas en su carácter comunalista. La fuerza actual de estas reivindicaciones comunales, puede verse a través de la historia, como un hilo continuo de resistencias a la imposición brutal por parte de las elites gobernantes, de formas y modos de vida completamente ajenos a las culturas precolombinas.

## REFERÊNCIAS

Bailón Torres, Jaime (1999) *Pueblos, elites y territorio: Oaxaca, formación y reproducción de un sistema de dominio regional en el sur de México*, México: El Colegio de México.

Barabas, Alicia M., (1990) Rebeliones e Insurrecciones Indígenas en Oaxaca: la trayectoria histórica de la resistencia étnica, “En Etnicidad y pluralismo cultural. La dinámica étnica en Oaxaca”, Barabas Alicia y Bartolomé Miguel (comps.), México: I-NAH, Pp.143-172

Barabas, Alicia M. (2000) La Construcción del Indio como Bárbaro. De la Etnografía al indigenismo, *Revista Alteridades*, UAM-Iztapalapa/División de Ciencias Sociales y Humanidades, Año10, No.19: Pp.9-20

Carlsen, Laura (1999) Autonomía indígena y usos y costumbres: la innovación de la tradición, *Revista Chiapas*, No. 7: Pp.45-70

De la Peza, Luís, (2002) Los usos y costumbres indígenas en materia electoral en el ordenamiento constitucional mexicano. Santiago Yaveo, Oaxaca, un análisis de caso. Cuarto Congreso Internacional de Derecho Electoral, Morelia, México.

Díaz-Polanco, Héctor (1992) *El fuego de la inobediencia. Autonomía y Rebelión India en el Obispado de Oaxaca*, México: CIESAS.

Hu-DeHart, Evelyn, (1990) Rebelión campesina en el noroeste: los indios yaquis de Sonora, 1740-1975. “*En Revuelta, rebelión y revolución*”, Friedrich Katz (compilador), México, ERA, Pp.135-163

Katz, Friederick (1984) *La guerra secreta en México*, México: Editorial Era.

López Monjardín, Adriana (1986) *La lucha por los Ayuntamientos, una utopía viable*, México: Siglo XXI.

Maldonado Alvarado, Benjamín, (1994) Reflexiones acerca de la resistencia india y la liberación, *En la Utopía de Ricar-*

*do Flores Magón: Revolución Anarquía y Comunalidad India*, Maldonado Alvarado Benjamín, compilador, México: IIH Universidad Autónoma Benito Juárez, Pp.75-90

Maldonado Alvarado, Benjamín, (1999) Magonismo, Comunalidad y Resistencia Indígena. El México salvaje, frente al México bárbaro, *En La Utopía de Ricardo Flores Magón: Revolución Anarquía y Comunalidad India*, Maldonado Alvarado Benjamín, compilador, México: Universidad Autónoma Benito Juárez, Pp. 65-74

Maldonado Alvarado, Benjamín (2002) De la comunidad al pueblo con base en la comunalidad, *Revista México Indígena*, Nueva Época, vol.1, No. 3: Pp.84-98

Medina, Andrés (1995) Los sistemas de cargos en la Cuenca de México: una primera aproximación a su trasfondo histórico. *Revista Alteridades*, año 5, No. 9: Pp. 7-23

Meyer, Lorenzo (1994) El municipio mexicano. Historia, obstáculos y posibilidades, *En busca de la Democracia Municipal. La participación ciudadana en el gobierno local mexicano*, Mauricio Merino (compilador), México: El Colegio de México, Pp.231-235

Pacheco Ladrón de Guevara, Lourdes, (2002) ¿Comunidades o Municipios?. De la organización tradicional india a la municipalización, Cuarto Congreso Internacional de Derecho Electoral, Morelia, México.

Pastor, Rodolfo (1987) *Campesinos y Reformas: la Mixteca 1700-1856*, México: El Colegio de México

Pérez, Anaya Marco (1997) Rebelión y Revolución en Chalco-Amecameca, Estado de México, 1821-1921, México:

INEHRM/Universidad Autónoma Chapingo/UNAM-Facultad de Filosofía y Letras.

Regino, Montes Adelfo (2002) La comunalidad, raíz, pensamiento, acción y horizonte de los pueblos indígenas, *Revista México Indígena*, Nueva Época, vol. 1, No. 2: Pp. 45-67

Regino, Montes Adelfo (1999) Los pueblos indígenas: diversidad negada, *Revista Chiapas*, No.7: Pp.21-44

Reina, Leticia (1990) Rebeliones Campesinas de la Sierra Gorda (1847-1850), “*En Revuelta, rebelión y revolución*”, Friedrich Katz (compilador), México: ERA, Pp. 243-267

Reina, Leticia (1980) *Las Rebeliones Campesinas en México (1819-1906)*, México: Siglo XXI editores

Rendón, Juan José (1991) Dominación y resistencia de los pueblos indígenas, Ponencia en la Escuela Nacional de Antropología e Historia, Oaxaca.

Rendón, Juan José, (1992) Notas sobre identidad, lengua y cultura, “*En Seminario sobre Identidad*”, Méndez L.I. (compilador), México: IIA-UNAM, Pp. 235-254.

Romero Frizzi, M. de los Ángeles (1996) *El Sol y la cruz. Los pueblos indios del México colonial*, México: CIESAS/INI.

Tello, Carlos, (2001) Formas de gobierno indígena, “*En Usos y Costumbres en Comunidades Indígenas y Procesos Políticos-electorales*”, Tello Díaz Carlos (compilador), México: Instituto Federal Electoral, Pp.4

Torres Díaz, Jaime, (2001) *Las disputas indias por el poder local: Los casos de Huehuetla y Rancho Nuevo de la Democracia*, México, D.F. CIESAS-Centro, Tesis de Maestría en Antropología, México.



Tutino, John, (1990) “Cambio social agrario y rebelión campesina en el México decimonónico: el caso de Chalco”, *“En Revuelta, rebelión y revolución”*, Friedrich Katz. (compilador), México: ERA, Pp. 109-134

Tutino, John, (1986) *De la Insurrección a la Revolución en México. Las bases sociales de la violencia agraria*, México: ERA.

Valadés, José C. (1984) *El Socialismo Libertario Mexicano en el siglo XIX*, México: Universidad Autónoma de Sinaloa.

Velásquez, María Cristina, (1999) Fronteras de gobernabilidad municipal en Oaxaca, México. El reconocimiento jurídico de los “usos y costumbres” en la renovación de los ayuntamientos indígenas, *“En El reto de la diversidad, Pueblos Indígenas y Reforma del Estado en América Latina”*, Willem Assies y Van der Haar Gemma (editoras), México: COLMICH-Michoacán, Pp.289-313.

# 3

## DEMOCRACIA SUSTANTIVA

### SUBSTANTIVE DEMOCRACY

#### **Alfonso Jaime Martínez Lazcano**

Investigador del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt Nivel I, Doctor en Derecho Público, profesor e investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas y profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Director de la Revista Primera Instancia.

Contacto: [alfonso.martinez@unach.mx](mailto:alfonso.martinez@unach.mx)

#### **Merly Martínez Hernández**

Maestra en Derecho Constitucional y Amparo, Estudiante de la Maestría en Defensa de los Derechos Humanos, CECOCISE-UNACH.

Contacto: [abogadamerly@hotmail.com](mailto:abogadamerly@hotmail.com).

### RESUMEN

La democracia es parte fundamental de los derechos humanos, en su aspecto sustantivo representa los derechos como la libertad de expresión, libertad de reunión o asociación, libertad de prensa, derecho a la información, la no discriminación política, el derecho a la educación, a la salud, a la vida digna, a obtener el mínimo vital, entre otros, en su aspecto formal o instrumental el acceso y permanencia en el poder público, el derecho al voto, a ser votado, a la agrupación política, esencialmente, ambas facetas son la estructura de todo sistema democrático, pero aún ante este cúmulo de derechos, los órganos públicos de los Estados deben respetar los límites impuestos en sus decisiones

y políticas, para no convertirse en dictaduras que sometan a las minorías ni vulneren derechos humanos, al tener la obligación de sustraer temas de la agenda política vedados ni someter su determinación a las mayorías por medio de mecanismos de participación directa. La fuente principal de las restricciones a los regímenes democráticos en el ejercicio del poder son los derechos humanos de fuente convencional.

**Palabras clave:** Democracia, Derechos Humanos, Control de Convencionalidad.

### ABSTRACT

Democracy is a fundamental part of human rights, in its substantive aspect it represents rights such as freedom of expression, freedom of assembly or association, freedom of the press, right to information, non-discrimination, the right to education, health, to the dignified life, to obtain the minimum vital, among others, in its formal or instrumental aspect the access and permanence in the public power, the right to vote, to be voted, to the political grouping, essentially, both facets they are the structure of any democratic system, but even before this accumulation of rights, the public organs of the States must respect the limits imposed in their decisions and policies, in order not to become dictatorships that subject the minorities or violate human rights, by having the obligation to remove subjects from the forbidden political agenda or submit their determination to majorities through direct participation mechanisms. The main source of restrictions on democratic regimes in the exercise of power are human rights from a conventional source.

**Keywords:** Democracy, Human Rights, Conventuality Control.

## I. INTRODUCCIÓN

Cuatro puntos pueden servir para determinar de manera inicial lo que es la democracia, uno es la participación sin distinción de todos los seres humanos en la elección de quien o quienes gobiernan, así como la posibilidad de ser elegido, principio de igualdad; dos, que dicha elección sea el único medio para acceder y ejercer el poder público; tres, que el poder público no se concentre en una sola persona, sino que se divida en diversas instituciones, estos tres puntos se refieren a la democracia en su aspecto formal o instrumental y cuatro, que la finalidad del poder público es el bien común y el respeto a los derechos humanos, democracia en su aspecto material o sustantiva.

La democracia es el sistema de gobierno más afín a los derechos humanos, al grado de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) considera una tríada, que de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española significa: la “*acción y resultado de traer o transportar una cosa hacia el lugar desde el que se habla*”, a la atracción de los derechos y libertades, de las garantías de éstos y del Estado de derecho a la sociedad democrática.

## II. DEMOCRACIA

La democracia es el gobierno de todos, es el poder que ejerce el pueblo, es la antítesis de la tiranía o dictadura o de la monarquía o la oligarquía, es la posibilidad de participar en la toma de decisiones de una colectividad.

A lo largo de la historia han existido diversas formas de tomar decisiones, de gobernar o de ejercer el poder en las sociedades, sin que necesariamente estas maneras de hacer política

tengan una evolución lineal, en la que los escalones avanzados de la cultura política impidan regresar a estadios superados, o que un modelo implantado sea homogéneo en otro lugar o tiempo, por ejemplo, desde Atenas a. C. ya se ejercía el poder de un modo democrático, pero no de toda la población tenía derecho a votar, tampoco se puede decir que los sistemas actuales que se declaran democráticos sean análogos a los sistemas antiguos, ni siquiera los presentes son similares entre sí, como es caso de los Estados Unidos de Norteamérica o el de México, tienen procedimientos que difieren para elegir a los gobernantes y el tiempo de duración en los cargos públicos, entre otras modalidades, a pesar de que están establecidos ambos como Estados federales, así como también hay distinciones en la evolución de políticas públicas de respeto y protección de los derechos humanos en las sociedades, desde el surgimiento del derecho natural hasta llegar al derecho convencional.

De una u otra manera han existido medios de control en la democracia:

*Para salvaguardar la democracia, Clístenes estableció la ley sobre el ostracismo. Aquel ciudadano que sobresaliera en exceso, y del que se pensará que podría convertirse en tirano, era desterrado durante diez años, después de realizarse dos votaciones en la Asamblea. Primero, una vez al año, en la sexta pritanía, se convocaba una asamblea para decidir si se debía proceder al ostracismo. Si era afirmativa, se reunía una segunda asamblea en la octava pritanía. En ella, cada ciudadano escribía el nombre de la persona que creía que debía ser desterrada en la óstraka (Benítez, 2005).*

Han pasado monarquías teocráticas y constitucionales, oligarquías, tiranías, fascismo, apartheid, entre otras más, pero la

forma de gobierno más aceptada y legítima de gobernar es la basada en el sistema democrático.

### *1. Aspecto instrumental*

La democracia en sentido formal o instrumental se refiere a los procesos electorales en los que se designan a los representantes populares, a través del ejercicio del voto, de la posibilidad de ser votado, y el establecimiento de los partidos políticos, es decir, de cómo se accede al poder.

### *2. Aspecto sustantivo o material*

La democracia sustantiva o material tiene que ver con la manera de cómo los representantes ejercen el poder público:

*El establecimiento a nivel constitucional de un catálogo de derechos humanos añade una dimensión ya no formal, sino “sustancial” al régimen democrático, dado que nos indica lo que no puede hacer los gobernantes y lo que no pueden dejar de hacer (Carbonell, 2013).*

### *3. Pueblo*

La democracia es la única forma de gobierno en que el pueblo, en lugar de someterse a los dictados de alguien ajeno a él, permanece soberano, gobernándose a sí mismo (Santiago, 2017). Por pueblo se entiende “*el conjunto de los ciudadanos a los que les toca en última instancia en derecho de tomar las decisiones colectivas*” (Bobbio, 1989).

#### 4. *Ciudadanía*

La calidad de ciudadano es política, que otorga la posibilidad o el derecho de participar en las decisiones de la vida pública o común, destinada especialmente a los nacionales de un país.

#### 5. *Derechos políticos*

El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es el único que utiliza la palabra ciudadanos y dispone los derechos y oportunidades que deberán gozar sin restricciones: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH), denominado de los *Derechos políticos*, en forma afín que el pacto anterior dispone de los mismos derechos y agrega que la ley nacional puede reglamentar el ejercicio de éstos exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

#### 6. *Democracia representativa*

La democracia representativa es la participación de los ciudadanos en el momento de elegir a los representantes populares, sea que se otorgue la posibilidad de contender por un cargo o in-

tervenir en la elección de éstos, quienes deberán actuar en nombre y cuenta del pueblo.

Un sistema en el que las decisiones se toman o bien, en su forma directa, por acuerdo explícito de la mayoría del grupo relevante- el que puede estar dado por los afectados por tales decisiones- o si no, en su forma representativa, por individuos que son autorizados periódicamente por la mayoría del grupo relevante para que adopten esa clase de decisiones (Santiago, 2017).

### *7. Democracia participativa*

La democracia participativa implica que los ciudadanos no sólo participen en la selección de sus representantes, sino que lo hagan también en la toma de decisiones directamente, a través de diversos mecanismos como el referéndum, el plebiscito, la consulta popular, la iniciativa ciudadana en la elaboración de proyectos legislativos, la acción popular, la revocación de mandato.

La democracia participativa supone pues la información, consulta, control e incluso decisión de la comunidad en directo sobre aspectos de las políticas públicas. Lo importante no son los mecanismos sino el fondo de la propuesta que consiste en la influencia real de la sociedad civil sobre la sociedad política (Peraza, 2005).

Los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en



condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos (CORTE IDH, 2008).

### III. REVOCACIÓN DE MANDATO

Una forma de democracia participativa es la revocación de mandato, que consiste en la decisión de dar por terminado un cargo de elección popular antes de que concluya el periodo ordinario para el cual fue electo un representante popular.

Recientemente en México por 328 votos a favor, 151 en contra y 2 abstenciones, fue aprobada en el pleno de la Cámara de Diputados la iniciativa que busca reformar apartados de los artículos 53, 36, 41, 73, 99, 116, y 122 de la Constitución, “con la finalidad de instruir la figura de revocación de mandato”, por lo que pretende, de acuerdo con el texto discutido:

a) Establecer el derecho y obligación de votar en las consultas sobre revocación del mandato. Y entender esta como un medio de control constitucional de participación ciudadana, para destituir a los representantes de elección popular cuando lo soliciten los ciudadanos y haya transcurrido la mitad de su gestión.

b) Instruir la revocación de mandato mediante consulta ciudadana al presidente de la República, los Diputados Federales, Senadores, Gobernadores de las entidades federativas, diputados locales, los integrantes de los ayuntamientos, el Jefe de Gobierno de la Ciudad de México y los integrantes de las alcaldías de esta.

c) Considerar que la solicitud de la aplicación de una consulta de revocación de mandato debe ser el equivalente al 2 por ciento de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, en la demarcación territorial correspondiente.

d) Implantar que el Instituto Nacional Electoral recibirá las solicitudes de revocación de mandato para verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta Constitución y en las leyes en la materia; y organizará las consultas ciudadanas de revocación de mandato, así mismo, computará y hará la declaración de los resultados.

e) Establecer que el resultado de la consulta de la revocación sea vinculatorio, cuando participen al menos un tercio de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores. Y que el periodo sexenal del presidente sea de 6 años, salvo que exista un proceso revocatorio en su contra. Asimismo, una vez publicada la reforma, el Congreso de la Unión tendrá un plazo de 90 días para emitir la legislación que regule la figura (Cámara de Diputados, 2019).

La democracia participativa y la representativa no son excluyentes entre sí, pueden ser complementarias, no sólo previendo las formas de acceso al poder público a través de elecciones libres, y además previendo temas que por su interés puedan someterse a mecanismos de participación ciudadana directa.

#### IV. PUNTOS INICIALES DE LA DEMOCRACIA

Cuatro puntos pueden servir para determinar de manera inicial lo que es la democracia, uno es la participación sin distinción de todos los seres humanos en la elección de quien o quienes gobiernan, así como la posibilidad de ser elegido, principio de igualdad; dos, que dicha elección sea el único medio para acceder y ejercer el poder público; tres, que el poder público no se concentre en una sola persona, sino que se divida en diversas instituciones, estos tres puntos se refieren a la democracia en

su aspecto formal o instrumental y cuatro, que la finalidad del poder público es el bien común y el respeto a los derechos humanos, democracia en su aspecto material o sustantiva.

## V. PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Se dice en las Constituciones que la soberanía reside en el pueblo, también se habla de la autodeterminación de los pueblos. El concepto de pueblo presenta diversas ambigüedades como todo aquel genérico, por ejemplo, la humanidad, los mexicanos, los colombianos, porque son abstracciones que no representan a nadie en particular, además que el régimen democrático permite la contienda de personas e ideas, lo que no implica, que en caso de no resultar electo o decidir por una postura contraria a la mayoría, la exclusión o privarse continuar como disidente o de intervenir en otra elección. Ser demócrata no quiere decir aniquilar, al contrario, sino respetar las diferentes opiniones.

La participación en el proceso democrático, aun para expresar desaprobación, puede en sí misma implicar consentimiento hacia el resultado de ese proceso, y así la democracia sería la única forma de gobierno que garantiza que su producto –leyes, etc.- es consentido por aquellos a quienes se aplica (Santiago, 2017).

## VI. MINORÍAS

Toda contienda electoral tiene como resultado que un candidato o candidatos logren el voto de la mayoría de los electores que sufragan y se les considere ganadores, así como los otros contendientes con menos aceptación, pasen a representar las ideas e intereses de las minorías, pero ello no quiere decir la extinción de la vida política de los vencidos, su tarea, desde la

oposición, consiste fundamentalmente en cuestionar las políticas que consideren erróneas o injustas, es mas es factible que en otra contienda logren vencer y convertirse en la nueva mayoría.

Esta rotación del poder permite el desarrollo de la vida democrática de un país.

*La “minoría política” constituye una garantía institucional de la Democracia constitucional, dado que la legitima las decisiones de la mayoría y hace posible los principios de alternancia, pluralismo, tolerancia y resguardo de las minorías, que se encuentran insitos en la propia definición de democracia (al menos, en la vertiente constitucional) (Amaya, 2014)*

## VII. TRIADA DE LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS

La democracia es el sistema de gobierno más afín a los derechos humanos, al grado de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) considera una tríada, que de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española significa: la “*acción y resultado de traer o transportar una cosa hacia el lugar desde el que se habla*”, a la atracción de los derechos y libertades, de las garantías de éstos y del Estado de derecho a la sociedad democrática.

*La Corte ha establecido que “[e]n una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada”, en la que cada componente se define, completa y adquiere sentido en función de los otros. Al ponderar la importancia que tienen los derechos políticos la Corte observa que incluso la Convención, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos (CORTE IDH, 2005).*

En el artículo 3º de la Carta Democrática Interamericana se reitera la vinculación de la democracia representativa, los derechos humanos y el estado de derecho:

Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

## VIII. ESTADO DE DERECHO

El estado de derecho representa el respeto fiel a los mandamientos de la ley, nace como respuesta a los gobiernos absolutista para limitar el ejercicio del poder y que no fuera despótico ni arbitrario. Así nace el liberalismo cuya esencia es la menor participación del Estado y la plena libertad de las personas, al reducir la actividad del poder público a la seguridad, y a la sociedad, conocido al Estado como gendarme, pero además el reconocimiento de los derechos naturales, incluso se afirma que son anteriores al propio Estado y por lo mismo, no deberían dictarse normas que fueran contrarias a éstos por ser irrenunciable, imprescriptibles e inmutables.

Es preciso señalar que el Estado de derecho se identifica con el Estado liberal, que posteriormente evoluciona al Estado constitucional de Derecho, así como al Estado social de derecho constitucional para llegar al Estado convencional de derecho.

En la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776 se reconocen a los derechos naturales, la

forma de cómo se elige a los representantes del pueblo y cómo deben gobernar:

Sostenemos que estas verdades son evidentes en sí mismas: que todos los Hombres son creados iguales, que su Creador los ha dotado de ciertos Derechos inalienables, que entre ellos se encuentran la Vida, la Libertad y la Búsqueda de la Felicidad. Que para asegurar estos Derechos se instituyen Gobiernos entre los Hombres, los cuales derivan sus Poderes legítimos del Consentimiento de los Gobernados; que el Pueblo tiene el derecho de cambiar o abolir cualquier otra Forma de Gobierno que tienda a destruir estos Propósitos, y de instituir un nuevo Gobierno, Fundado en tales Principios, y de organizar sus Poderes en tal Forma que la realización de su Seguridad y Felicidad sean más viables. La Prudencia ciertamente aconsejará que Gobiernos establecidos por bastante tiempo no sean cambiados por Causas triviales y efímeras; y como toda Experiencia lo ha demostrado, la Humanidad está más dispuesta al sufrimiento mientras el Mal sea soportable, que al derecho propio de abolir las formas a las que se ha acostumbrado. Pero cuando una larga sucesión de abusos y usurpaciones, todos ellos encaminados de manera invariable hacia el mismo objetivo, revelan la intención de someter a dicho Pueblo al absoluto Despotismo, es su Derecho, es su Deber, derrocar a tal Gobierno y nombrar nuevos Guardianes de su futura Seguridad. Tal ha sido el paciente Sufrimiento de estas Colonias; y tal es hoy la Necesidad que las obliga a modificar sus anteriores Sistemas de Gobierno. La Crónica del actual Rey de Gran Bretaña es una Crónica de repetidas Injurias y Usurpaciones, todas ellas dirigidas al Establecimiento de una Tiranía absoluta sobre estos Estados. Para probar esto, expongamos los Hechos a un Mundo sincero.

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en el preámbulo se dice:

Los Representantes del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menos-

precio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre, para que esta declaración, constantemente presente para todos los Miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder co- tejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e indis- cutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos.

Esta declaración es de suma importancia para la democracia, toda vez que como se desprende del texto anterior los que deci- den ahora lo hacen como representantes del pueblo, además se divide el ejercicio del poder, sin que se incluya al judicial y re- conocen que hay ciertos derechos que le corresponde al hombre los cuales son inalienables y sagrados.

Más adelante en la misma declaración, sin que se diga la pa- labra democracia se establecen los puntos esenciales de ésta, al precisar en los primeros tres artículos:

Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad com- ún. La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales de- rechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. El principio de toda Soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni ningún individuo pueden ejercer autoridad alguna que no emane expresamente de ella.

Este inicio limitado del Estado y la de “plena” libertad a la población, fue una respuesta a la coyuntura política que se vivía, que requería de un poder limitado a la tarea de la policía, divi-

dido para evitar la concentración de la autoridad y el origen del liberalismo económico.

La doctrina política del liberalismo se había fundado en el deber de los gobernantes de restringir el ejercicio del poder público en la existencia de derechos naturales, y por ello inviolables, de los individuos (Bobbio, 1989).

Lo que se pensó, y todavía muchos lo siguen creyendo, es que una vez elegidos los representantes populares sólo iban a crear leyes que beneficiaran a la comunidad, es decir, bastaba que el órgano competente creará la ley y se cumpliera con el procedimiento de elaboración de la misma, para inferir que ésta debía ser obedecida por considerarse adecuada.

En el paradigma paleopositivista del Estado liberal, la ley, cualquiera que fuese el contenido, era considerada la fuente suprema e ilimitada del derecho (Ferrajoli, 2000).

## IX. REPUBLICANISMO

Es así que la democracia, pensada desde las distintas filosofías políticas, adquiere distintas posturas hacia los derechos humanos. Mientras que al liberalismo libertario le bastan los derechos civiles y políticos, el republicanismo demanda el desarrollo cabal de los individuos, que a su vez requiere del cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales. Esto es así porque el desarrollo integral de los individuos requiere necesariamente de una buena salud, educación y pertenencia a sistemas culturales, para lo cual se requieren acciones positivas mediante políticas públicas que garanticen estos derechos a todos los individuos (Villasenor, 2015).



La república y la democracia no son palabras analógicas, la república es el gobierno de la ley y la democracia del pueblo, sin embargo, son complementarias, así el Republicanismo se basa en el conjunto de los siguientes principios:

*División de poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial)*

*Elección de los gobernantes por los ciudadanos con base a los principios jurídicos establecidos previamente de acuerdo a los principios de la democracia.*

*Poder del gobernante limitado acorde al ordenamiento jurídico positivo, es decir, que respeta las normas jurídicas que son hechas por los seres humanos para su propia Sociedad.*

*El gobernante debe rendir cuentas de sus decisiones y sus actos deben ser públicos.*

*Existencia de organismos de control que defiendan no sólo el buen funcionamiento de las instituciones sino el respeto de los derechos de los ciudadanos.*

*Elección popular y alternativa en el ejercicio de los cargos públicos.*

*Respeto de la sociedad en su conjunto a la Constitución Política y a las normas que estructuran la misma organización social.*

*Fortalecimiento por parte del Estado del principio de “equidad” social que busca ofrecer el mayor número de oportunidades para todos los ciudadanos de acuerdo a sus propias capacidades, necesidades e intereses.*

*Práctica de la deliberación, tolerancia ante las ideas opuestas y la posibilidad de participación de las diversas tendencias políticas en el gobierno.*

*Búsqueda de un bienestar colectivo.*

*El estado propende por el fortalecimiento de la autonomía de los ciudadanos.*

*Libertad de los ciudadanos basada en el ordenamiento jurídico*  
(Barbosa, 2018).

## X. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Este tipo de organización política establece que toda norma debe estar subordinada a la Constitución y cualquier disposición que sea contraria a la Carta Magna debe carecer de validez. Además de crear mecanismos jurisdiccionales para garantizar el principio de supremacía constitucional. Siendo precisamente la Constitución un sistema de límites y vínculos a cualquier poder (Ferrajoli, 2000).

## XI. ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Estado social de derecho evoluciona en los fines del poder público, al reconocer la necesidad de proteger a la población que sus condiciones socioeconómicas no tienen oportunidades de desarrollo para alcanzar las potencialidades de todo ser humano, entre ellas garantizar la subsistencia y crecimiento intelectual individual, cuyas esencias son los derechos humanos sociales económicos y culturales (DESC).

Los DESC tienen sus raíces en la ideología socialista y comunista, en su momento Karl Marx criticó los derechos consagrados en la Declaración de Hombre y del Ciudadano de 1789, que incluía sólo derechos civiles y políticos sin considerar a los DESC, tal postura se aprecia en su obra *Sobre la cuestión judía* de 1844: “*Los llamados derechos humanos, los droits de l’homme, no son otra cosa que los derechos del miembro de la sociedad burguesa, es decir del hombre egoísta, separado del hombre y de la comunidad*” (Marx, s. f.).

Acertada visión de Marx, ya que los derechos del hombre sólo limitaban a proteger a la parte de la sociedad que se encontraba o se encuentra en condiciones de adquirir y mantener riqueza, menospreciando u olvidándose de la gran mayoría de la población que no había corrido con la misma “suerte” de nacer con las mismas oportunidades de desarrollo, así se proclamó la “libertad de los pobres”.

Los DESC, a su vez se subdividen en tres categorías derechos económicos, derechos sociales y derechos culturales, que en esencia tienen el valor de la no discriminación y la igualdad.

*El modelo de Estado social y democrático de derecho es el único donde puede desenvolverse una sociedad democrática, sería limitativo en el sentido de que hay Estados que, a pesar de no contar con alguna de las variables de este término, procuran tener un profundo apego al Estado de derecho, respeto a los valores sociales y sostener una forma de vida democrática (Guzmán, 2010).*

El Estado mexicano ha establecido los alcances e interpretación del concepto del derecho al mínimo vital:

*En el orden constitucional mexicano, el derecho al “mínimo vital” o “mínimo existencial”, el cual ha sido concebido como un derecho fundamental que se apoya en los principios del Estado social de derecho, dignidad humana, solidaridad y protección de ciertos bienes constitucionales, cobra vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, particularmente en sus artículos 1o., 3o., 4o., 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123; aunado al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, suscritos por México y constitutivos del bloque de constitucionalidad, y conformados por la satisfacción y protección de diversas*

*prerrogativas que, en su conjunto o unidad, forman la base o punto de partida desde la cual el individuo cuenta con las condiciones mínimas para desarrollar un plan de vida autónomo y de participación activa en la vida democrática del Estado (educación, vivienda, salud, salario digno, seguridad social, medio ambiente, etcétera.), por lo que se erige como un presupuesto del Estado democrático de derecho, pues si se carece de este mínimo básico, las coordenadas centrales del orden constitucional carecen de sentido. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, en la Observación General No. 3 de 1990, ha establecido: “la obligación mínima generalmente es determinada al observar las necesidades del grupo más vulnerable que tiene derecho a la protección del derecho en cuestión”. Así, la intersección entre la potestad estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales, en su connotación de interdependientes e indivisibles, fija la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma constitucionalmente protegida, que es el universal para sujetos de la misma clase y con expectativas de progresividad en lo concerniente a prestaciones. En este orden de ideas, este parámetro constituye el derecho al mínimo vital, el cual coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria o de necesidades insatisfechas que limiten sus libertades, de tal manera que este derecho abarca todas las medidas positivas o negativas necesarias para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano, por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Aunado a lo anterior, el mínimo vital es un concepto jurídico indeterminado que exige confrontar la realidad con los valores y fines de los derechos sociales, siendo necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, pues a partir de tales elementos, es que su contenido se ve definido, al ser contextualizado con los hechos del caso; por consiguiente, al igual que todos los conceptos jurídicos indeterminados, requiere ser interpretado por el juzgador, toman-*

*do en consideración los elementos necesarios para su aplicación adecuada a casos particulares, por lo que debe estimarse que el concepto no se reduce a una perspectiva cuantitativa, sino que por el contrario, es cualitativa, toda vez que su contenido va en función de las condiciones particulares de cada persona, de esta manera cada gobernado tiene un mínimo vital diferente; esto es, el análisis de este derecho implica determinar, de manera casuística, en qué medida se vulnera por carecer de recursos materiales bajo las condiciones propias del caso (SCJN, 2013).*

## XII. ESTADO CONVENCIONAL DE DERECHO

Este sistema parte de la aceptación de diversos Estados que se obligan a cumplir reglas, principios y directrices comunes, además de crear mecanismos jurisdiccionales para garantizar el principio de supremacía de los derechos humanos.

*Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos (CORTE IDH, 2006).*

## XIII. DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos son las prerrogativas básicas<sup>1</sup> cuya finalidad es alcanzar las potencialidades individuales y colectivas fundadas en la dignidad humana, cuyo principal obligado es el Estado, así como cualquier persona que tenga poder de afectación.

<sup>1</sup> En el derecho internacional de los derechos humanos o derecho convencional de los derechos humanos se establecen estándares mínimos de protección.

El sistema democrático tiene como eje central la participación sin límites de la población en las decisiones fundamentales, si bien es cierto, la que más se ha desarrollado es la parte instrumental de la democracia, es decir, el acceso al poder, ya que una vez ostentando el control político el partido o la persona electa, gobierna a su discreción, de manera diferente a sus antecesores a pesar de contar con el mismo deber de garantizar y proteger la eficacia de los derechos humanos.

Sin embargo, el régimen democrático no es una garantía por sí mismo para asegurar el respeto a los derechos humanos, porque la decisión de las mayorías, cuando no es controlada puede convertirse en una dictadura que oprima a las minorías.

En el artículo 7º de la Carta Democrática Interamericana se plantea la importancia de democracia y los derechos humanos:

La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.

La fórmula de la democracia es cuantitativa, gana el quien tenga más adeptos y participen en las elecciones. La fórmula de los derechos humanos es cualitativa, es valorativa porque su fundamento es la dignidad, en el respeto del ser humano tanto en lo individual como en lo colectivo.

Una de las funciones principales de los derechos humanos es que cuando sean trasgredidos se investigue, identifique y sancione a los responsables de ello, además de que se establezcan garantías de no repetición para prevenir futuras violaciones.

*La Corte estima que sobre los Estados parte recae la obligación de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores inte-*

*lectuales y encubridores de violaciones de los derechos humanos. Con base en esta obligación, el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que ha sido definida como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana” (CORTE IDH, 2001).*

Hoy, las fuentes jurídicas donde se encuentran plasmados los derechos humanos son diversas, no sólo en las leyes, en las constituciones, en las convenciones, también en las interpretaciones a estos instrumentos que realizan los órganos jurisdiccionales nacionales y convencionales, por lo cual, son instrumentos vivos, en evolución, en desarrollo como respuesta a las vicisitudes reales que enfrenta el ser humano en la realidad.

*La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratado (CORTE IDH, 2012).*

El impacto de la noción de derechos humanos al ser un concepto histórico, no siempre ha existido como tal y con las dimensiones que en el presente tiene, es factible decir que nos encontramos en una etapa de positivación de los derechos humanos, que se inicia a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, primero como una fuente ética y posteriormente jurídica, que ha dado como resultado múltiples tratados internacionales, así como organismos a nivel universal y regional, cuya función principal es la eficacia de los derechos humanos.

En el continente americano, por ejemplo, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) es un ejemplo de la noción en desarrollo constante de los derechos humanos.

*El SIDH es abierto y dinámico porque no sólo está conformado con las normas, principios y directrices plasmados en los tratados internacionales, sino su alcance se va nutriéndolo con la interpretación y aplicación que hacen las instituciones de supervisión, esencialmente la Corte IDH (Martínez, 2015).*

Un punto importante al ser un concepto vivo los derechos humanos, su campo o perímetro van sumando a esta categoría nuevos derechos, es decir, tiene un efecto expansivo de protección, poco a poco su manto va creciendo, ahora es factible exigir la previa consulta a las poblaciones indígenas cuando se intenta afectar a sus tierras ancestrales y sus recursos naturales, el matrimonio entre personas del mismo sexo, el derecho al agua y a su saneamiento, a un medio ambiente sano, a la paz, entre otros tanto más.

*Las nuevas reivindicaciones que, de un modo continuo y consistente, se van manifestando en las sociedades desarrolladas del siglo XXI no son nuevas fronteras de los nuevos derechos humanos: un concepto casi necesariamente expansivo, destinado a ir adquiriendo nuevas competencias progresivamente, a ampliar su campo de acción de un modo irreversible a través de la historia (Hernández, 2010).*

Los derechos humanos son prerrogativas de especie, que han ido formando parte de la cultura humana, mediante otorgamiento y reconocimiento a lo largo de la historia de la humanidad, sin que implique que por el hecho de que se legisle a favor de su exigencia jurídica se logre por sí mismo vigencia práctica.

Desde la convivencia más pequeña entre dos personas o en las colectividades de cualquier dimensión, hasta los Estados, los



esfuerzos internacionales no han sido suficientes para erradicar la desenfrenada ambición, ni la corrupción de los pseudo regímenes democráticos.

Instaurar las condiciones jurídicas para combatir la intolerancia ideológica, los atropellos, combatir la pobreza, erradicar cualquier tipo de esclavitud, la expedites en el acceso a la justicia eficaz, a la educación, a la protección de la salud, contar con vivienda digna, vivir en un entorno natural y adecuado para el desarrollo de la vida, el acceso al trabajo remunerado que permita adquirir satisfactores básicos como mínimo.

Una de las características de los derechos humanos es la progresividad o la no regresividad de los avances que se tengan en su protección, peculiaridad que se relaciona con el aspecto expansivo constante en el que se desarrollan los derechos humanos.

*[...] el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que “las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga”. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso” [...] (CORTE IDH, 2009).*

#### XIV. IMPUNIDAD

La impunidad representa el no castigo o sanción a los responsables de cometer conductas ilícitas, sea que se cometa delitos,

infracciones o cualquier acto u omisión reprobable por el derecho y que tal conducta sea punible.

La Corte IDH ha sostenido que la obligación de los Estados de garantizar un recurso judicial efectivo no se reduce simplemente a la mera existencia de tribunales o procedimientos formales.<sup>2</sup>

Un razonamiento más amplio, respecto a este tema establece que:

*La Corte IDH estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención ADH, los Estados parte tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención ADH. Es por ello que los Estados parte en la Convención ADH que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención ADH (CORTE IDH, 2001).*

Si se considera que el término amnistía, según el Diccionario de la Real Academia Española, es definido como el “*perdón de cierto tipo de delitos, que extingue la responsabilidad de sus autores*” (Real Academia, 2014), en este caso por autoamnistía debe entenderse el olvido y perdón de delitos, auto concedido por el propio represor, quienes utilizando su posición desde las esferas del poder buscan generar leyes que les otorguen completa impunidad, sobre actos cometidos en el pasado.

<sup>2</sup> Sobre esta idea, véase Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, Párrafos 66-68 y Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, Párrafos 261-263.

En criterios jurisprudenciales la Corte IDH ha establecido que:

*Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención ADH. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente (CORTE IDH, 2001).*

En este tenor, si un Estado emite, acepta o reafirma leyes de autoamnistía, incumple con la obligación de garantizar e investigar, estipulada en el artículo 1.1 de la Convención ADH, pues al no permitir la identificación de los culpables y con ello la reparación debida de los daños, queda invalidada la protección judicial otorgada en el artículo 25 de la citada Convención ADH.

En el ámbito de los derechos humanos es de descartar que los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que han sido condenados, el incumplimiento a los fallos en mayor proporción se debe a la falta de investigaciones serias, necesarias para sancionar a los violadores de derechos humanos, el “*mayor impacto en el seguimiento de la Corte [IDH] ante la orden de acusación y sanción de los responsables de la violación; en 2006 existía un 73,8% de incumplimiento*” (Vivas, 2015).

## XV. GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

El tema de las garantías de no repetición es fundamental y es el impacto mayor de las sentencias que dicta la Corte IDH en la protección de derechos humanos, porque dentro de las consecuencias del fallo no sólo se busca resolver el caso concreto sino

buscar prevenir situaciones similares mediante la adopción de todas las medidas legales, administrativas necesarias para cumplir con el compromiso internacional de garantizar los derechos y libertades previsto en la Convención ADH, además de adecuar el sistema nacional a los parámetros interamericanos.

*En casos como el presente, las garantías de no repetición adquieren una mayor relevancia como medida de reparación, a fin de que hechos similares no se vuelvan a repetir y contribuyan a la prevención. En este sentido, la Corte recuerda que el Estado debe prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos como las descritas en este caso y, por ello, adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos de los defensores de derechos humanos, de conformidad con las obligaciones de respeto y garantía dispuestas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención (CORTE IDH, 2013).*

## XVI. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control difuso de convencionalidad es una obligación de los servidores públicos o agentes de los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos de privilegiar la protección de los derechos humanos de acuerdo a la mayor protección posible, sea de fuente del catálogo convencional o constitucional.

Dicho “control de convencionalidad” se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto. Concomitantemente, también es un instrumento de sumo interés para construir un *ius commune* interamericano, en materia de derechos personales y constitucionales (Sagües, 2010).

El control de convencionalidad ha quedado definido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención ADH y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte IDH, en el Derecho interno de los Estados parte de aquélla (Ibáñez, 2015).

## XVII. DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD

Son conductas graves que inciden en los derechos humanos que pueden cometer los que detentan el poder sobre la colectividad o una parte de ella, que son sancionados por el derecho internacional, estos delitos son el genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra; de agresión, como lo prevé el artículo 5° del Estatuto de Roma, por el cual se creó la Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998, cuya sede es en La Haya, Holanda.

Algunos de los delitos que describe el Estatuto de Roma son:

### *Genocidio*

Es cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;

- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

### *Crimen de lesa humanidad*

Es cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de apartheid;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

### *Ataque contra una población civil*

Se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;

a) El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

b) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

c) Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

d) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

e) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho

internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

f) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

g) Crimen de apartheid se entenderán los actos inhumanos cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

h) Desaparición forzada de personas. Se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

## XVIII. DEMOCRACIA COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La historia de los derechos humanos no es lineal o progresiva, porque no significa que cada etapa de la humanidad se erradique de manera definitiva las trasgresiones anteriores a pesar de que se cree legislación para ello, la inequidad es cíclica, hoy gobiernos que se sustentan en sus constituciones como regímenes democráticos y reconocen los derechos humanos, no garantizan la eficacia en la vida social, sino por el contrario, algunos de forma sistemática o generalizada violan derechos humanos, como es el caso de Venezuela, Nicaragua, México, entre otros.



Ni los instrumentos de participación democrática directa de los ciudadanos son suficientes para proteger los derechos humanos eficazmente.

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que:

...“el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”. Otros tribunales nacionales se han

referido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales (CORTE IDH, 2011).

## XIX. TRIBUNALES NACIONALES SE HAN PRONUNCIADO, SOBRE LA BASE DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES, RESPECTO DE LOS LÍMITES SEA DEL PODER LEGISLATIVO SEA DE LOS MECANISMOS DE LA DEMOCRACIA DIRECTA

a) La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica el 9 de agosto de 2010 declaró que no era constitucionalmente válido someter a consulta popular (*referéndum*) un proyecto de ley que permitiría la unión civil entre personas del mismo sexo, que se encontraba en trámite ante la Asamblea Legislativa, por cuanto tal figura no podía ser utilizada para decidir cuestiones de derechos humanos garantizados en tratados internacionales. Al respecto, la Sala Constitucional señaló que:

*“los derechos humanos establecidos en los instrumentos del Derecho Internacional Público -Declaraciones y Convenciones sobre la materia-, resultan un valladar sustancial a la libertad de configuración del legislador, tanto ordinario como, eminentemente, popular a través del referéndum. [...] el poder reformador o constituyente derivado -en cuanto poder constituido- está limitado por el contenido esencial de los derechos fundamentales y humanos, de modo que, por vía de reforma parcial a la constitución, no puede reducirse o cercenarse el contenido esencial de aquellos [...]. Es menester agregar que los derechos de las minorías, por su carácter irrenunciable, constituyen un asunto eminentemente técnico-jurídico, que debe estar en manos del legislador ordinario y no de las mayorías proclives a su negación” Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Sentencia No 2010013313 de 10 de agosto de 2010, Expediente 10-008331-0007-CO, Considerando VI (CORTE IDH, 2011).*

b) La Corte Constitucional de Colombia señaló que un proceso democrático requiere de ciertas reglas que limiten el poder de las mayorías expresado en las urnas para proteger a las minorías:

*“la vieja identificación del pueblo con la mayoría expresada en las urnas es insuficiente para atribuir a un régimen el carácter democrático que, actualmente, también se funda en el respeto de las minorías [...] la institucionalización del pueblo [...] impide que la soberanía que [...] en él reside sirva de pretexto a un ejercicio de su poder ajeno a cualquier límite jurídico y desvinculado de toda modalidad de control. El proceso democrático, si auténtica y verdaderamente lo es, requiere de la instauración y del mantenimiento de unas reglas que encaucen las manifestaciones de la voluntad popular, impidan que una mayoría se atribuya la vocería excluyente del pueblo [...]”.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141 de 2010 de 26 de febrero de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, por medio de la cual se decide sobre la constitucionalidad de la ley 1354 de 2009, de convocatoria a un referendo constitucional (CORTE IDH, 2011).

c) La Constitución Federal de la Confederación Suiza señala en su artículo 139.3 lo siguiente: *“cuando una iniciativa popular no respete el principio de unidad de la forma, el de unidad de la materia o las disposiciones imperativas de derecho internacional, la Asamblea federal la declarará total o parcialmente nula”.* El Consejo Federal de Suiza, en un reporte de 5 de marzo de 2010 sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, se pronunció sobre las normas que considera como normas imperativas del derecho internacional. En ese sentido, señaló que estas normas serían: las normas sobre prohibición del uso de la fuerza entre Estados, las prohibiciones en materia de tortura, de genocidio y de esclavitud, así como el núcleo del derecho internacional humanitario (prohibición del atentado a la vida y a la integridad física, toma de rehenes, atentados con-

tra la dignidad de las personas y ejecuciones efectuadas sin un juicio previo realizado por un tribunal regularmente constituido) y las garantías intangibles del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CORTE IDH, 2011).

d) La jurisprudencia de varios tribunales de Estados Unidos, como por ejemplo en los casos *Perry vs. Schwarzenegger*, en donde se declara que el referéndum sobre personas del mismo sexo era inconstitucional porque impedía al Estado de California cumplir con su obligación de no discriminar a las personas que deseaban contraer matrimonio de conformidad con la Enmienda 14 de la Constitución. A ese propósito, la Corte Suprema expresó “*los derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación; no dependen de los resultados de elecciones*”. *Perry vs. Schwarzenegger (Challenge to Proposition 8) 10-16696*, Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, Estados Unidos. En el caso *Romer vs. Evans*, la Suprema Corte anuló la iniciativa que habría impedido a los órganos legislativos adoptar una norma que protegiera a los homosexuales y lesbianas en contra de la discriminación. *Romer, Governor of Colorado, et al. v. Evans et al. (94-1039), 517 U.S. 620 (1996)*. Suprema Corte de Estados Unidos. Por último, en el caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, la Suprema Corte de Estados Unidos determinó que el derecho a la libertad de expresión protegía a los estudiantes de la norma que los obligaba a saludar a la bandera de Estados Unidos y de pronunciar el juramento de fidelidad a la misma. En ese orden de ideas, la Corte afirmó que el propósito esencial de la Carta Constitucional de Derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de la controversia política, colocándolos fuera del alcance de las mayorías y funcionarios, y confiriéndoles el carácter de principios legales para ser aplicados por los tribunales. El derecho de las personas a la vida, libertad y propiedad, a la

libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad de culto y de reunión, y otros derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación; no dependen de los resultados de elecciones” (CORTE IDH, 2011).

e) La Corte Constitucional de la República de Sudáfrica negó un referéndum sobre la pena capital por considerar que una mayoría no puede decidir sobre los derechos de la minoría, la que en este caso fue identificada por la Corte como las personas marginalizadas por la sociedad, las personas que podrían ser sometidas a esta pena corporal:

*“[...] De la misma manera la cuestión de constitucionalidad de la pena capital no puede ser sometida a un referendo, en donde la opinión de una mayoría prevalecería sobre los deseos de cualquier minoría. La razón esencial para establecer el nuevo orden legal, así como para investir del poder de revisar judicialmente toda legislación en los tribunales, es proteger los derechos de las minorías y otras personas que no están en condición de proteger adecuadamente sus derechos a través del proceso democrático. Los que tienen derecho a reclamar esta protección incluye a los socialmente excluidos y las personas marginadas de nuestra sociedad. Únicamente si hay una voluntad de proteger a los que están en peores condiciones y a los más débiles entre nosotros, entonces podremos estar seguros de que nuestros propios derechos serán protegidos” [...] (CORTE IDH, 2011).*

f) La Corte Constitucional de Eslovenia, en el caso de los llamados “*Erased*” (personas que no gozan de un *status* migratorio legal), decidió que no es posible realizar un referéndum sobre los derechos de una minoría establecida; en concreto, la Corte anuló un referéndum que pretendía revocar el estatus de residencia legal de una minoría. En ese sentido, el tribunal señaló:

*“los principios de un Estado gobernado por el principio de legalidad, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la digni-*

*dad personal y seguridad, el derecho a obtener compensaciones por violaciones de derechos humanos, y la autoridad de la Corte Constitucional, deben ser priorizados por encima del derecho a la toma de decisiones en un referendo” (CORTE IDH, 2011).*

Hay temas que no pueden ser cuestionados o revisados por la democracia directa, porque su decisión *a priori* viola derechos humanos, por lo que no hay ninguna medida, desde el punto de vista cuantitativo que justifique su violación.

*Los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales –a la salud, la educación, la seguridad social y la subsistencia- que cualquier mayoría está obligada a satisfacer (Ferrajoli, 2000).*

## XX. CONCLUSIONES

Los avances que ha tenido el régimen democrático a lo largo de la historia de la organización política de las sociedades, es el más acorde a los estándares de protección de derechos humanos, que se ha instaurado para prevenir violaciones a los derechos naturales o humanos, pero que hoy es parte de la llamada “*tríada*” prevista por la Corte IDH, aunado a la garantía en el amparo en la tutela de los mismos derechos, además del Estado convencional de derecho, sin embargo, los órganos públicos de los Estados deben respetar los límites impuestos en sus decisiones y políticas, para no convertirse en dictaduras que sometan a las minorías, al tener la obligación de sustraer temas de la agenda política vedados ni aún someterlos a los mecanismos de la democracia directa como el perdón de los crímenes contra la humanidad previstos en el Estatuto de Roma, esta determinación debe realizarse mediante el control difuso de convencionalidad al que están obligados todos los agentes de los Estados.

## XXI. REFERENCIAS

### *Doctrina*

AMAYA, J. A. 2014. Democracia y minoría política. Buenos Aires, Astrea, 33 p.

BARBOSA, H., MORENO, A. R. y PARRA SALAS, D. 2018. Introducción a la cátedra republicana. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 19 p.

BOBBIO, N. 1989. Liberalismo y democracia. México, Fondo de Cultura Económica, 33 p.

CARBONELL, M. 2013. Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad. México, IIJ-UNAM, 3 y 69 pp.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 2014. 23 edición.

FERRAJOLI, L. 2000. El garantismo y la filosofía del derecho. Colombia Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 157, 159 y 164 pp.

HERNÁNDEZ CRUZ, A. 2010. Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en el derecho mexicano. México, UNAM, 15 p.

IBÁÑEZ, J. M. 2015. Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 49 p. Disponible en: <https://tinyurl.com/s9yewspc>. Acceso: 29/07/2021.

MARTÍNEZ LAZCANO, A. J. 2015. Sistemas regionales de protección de derechos humanos. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 185 p.

MARX, K. 2017. Páginas malditas Sobre la cuestión judía y otros textos. Buenos Aires, Libros de Anarres. Disponible en: <https://tinyurl.com/4u6nzxwx>. Acceso: 12/06/2021.

SANTIAGO NINO, C. 2017. Ética y derechos humanos. 2da. Edición, Argentina, Astrea SRL., 371 y 378 pp.

VIVAS BARRERA, T. G. 2015. Eficacia de las órdenes de la Corte Interamericana sobre la reparación de la violación de derechos humanos. Análisis comparado. En: CHACÓN TRIANA, N., *et. al.*, (Coords.) Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Bogotá: Universidad Católica, p. 28.

### *Hemerografía*

BENÉITEZ, B. 2005. La ciudadanía de la democracia ateniense. Foro Interno. Anuario de Teoría Política. 5:37. Disponible en: <https://tinyurl.com/52mxv9px>. Acceso: 9/08/2021

GUZMÁN BRITO, A. 2010. El derecho, ¿ciencia humanística o social? y otros problemas. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Santiago, 12:171.

VILLASENOR ALONSO, I. 2015. La democracia y los derechos humanos: una relación compleja. Foro int. México, 55(4):1115-1138.

SAGÜES, N. P. 2010. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. Estudios constitucionales, Santiago, 8(1):117 Disponible en <https://tinyurl.com/euuffm6e>. Acceso: 12/07/2021.



*Jurisprudencia Interamericana*

CORTE IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 103.

\_\_\_\_\_. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 129.

\_\_\_\_\_. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 83.

\_\_\_\_\_. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 43.

\_\_\_\_\_. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 147.

\_\_\_\_\_. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 239.

\_\_\_\_\_. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 186.

\_\_\_\_\_. Caso Luna López Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269, párr. 234.

\_\_\_\_\_. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 191.

### *Criterios jurisdiccionales mexicanos*

SCJN. Tesis: I.4o.A.12 K (10a.). 2013. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVII, Tomo 2, p. 1345.

### *Páginas de internet*

CÁMARA DE DIPUTADOS. 2019. Gaceta Parlamentaria. Disponible en: <https://tinyurl.com/4j4hy5pk>. Acceso en: 17/03/2021.

PERAZA, A. 2005. Democracia participativa y derechos humanos, Universidad Andina Simón Bolívar. Disponible en: <https://tinyurl.com/y4e7xp4v>. Acceso: 23/08/2021

# 4

## CYBERSECURITY IN INTERNATIONAL LAW

**ANDREY A. DANELYAN**

Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of Russia 53/2-1, ul.  
Ostozhenka, Moscow, Russian Federation, 119021  
danel1@mail.ru  
ORCID: 0000-0001-5771-0888

**ELENA E. GULYAEVA**

Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of Russia 53/2-1, ul.  
Ostozhenka, Moscow, Russian Federation, 119021  
gulya-eva@yandex.ru  
ORCID: 0000-0001-8376-7212

### INTRODUCTION

In the modern world, the number of crimes committed in cyberspace has significantly increased. New types of malware used to achieve illegal goals appear regularly. According to experts, the material damage to the global economy from crimes committed with the help of information and communication technologies amounts to trillions of US dollars. Such a scale requires effective means of legal regulation of relations in cyberspace. Cybersecurity is considered one of the most relevant topics of current international law, which is extremely important for ensuring the national security of states. Information and communication technologies can be used to negatively affect economic, social, cultural and political relations, to damage the economic, military, and defense potential of the state and society. In this

regard, the international community is deeply interested in developing a multilateral legal framework for cooperation in the field of cybersecurity. However, a unified approach to solving this problem in the international arena has not yet been developed. Legal regulation of cyberspace is very complex due to the virtual interface characteristics of this area.

## MATERIALS AND METHODS

The material for the study is the works of Russian and foreign researchers in the field of international law, international legal acts adopted in the framework of the UN and the European Union, draft UN conventions, national regulatory legal acts of the Russian Federation, the People's Republic of China and other states as well as judicial practice of international courts. The research methodology is based on general and specific scientific methods of cognition (the dialectical method, methods of analysis and synthesis, deduction and induction, comparative legal and historical legal methods).

## RESEARCH RESULTS

The analysis showed that despite the applicability of the principles and rules of current international law to the information sphere, the universalization of the international legal regulation of cyberspace is required, taking into account its characteristics and in order to effectively combat the use of information and communication technologies for illegal purposes. The efforts of states to develop special rules of conduct in cyberspace are currently concentrated on a narrow sphere of issues related to human rights, data privacy, etc. Not all states are interested in

creating a modern and effective mechanism for cooperation in cyberspace. Many states are openly opposing the development of new international legal instruments. For this reason, the Russian initiative to adopt the UN Convention on Cooperation in Combating Information Crimes has not been supported. This fact has entailed the absence of a full-fledged universal international legal framework for cooperation in the field of cyberspace.

## DISCUSSION AND CONCLUSIONS

Based on the analysis of doctrine and practice, the authors conclude that there is a need to create a universal international legal framework for cooperation in the field of cyberspace.

**KEYWORDS:** cyberspace, cybercrime, cybersecurity, internet, information and communication technologies (ICT), information war, Tallinn Manual, Budapest Convention, international law.

The term *cyberspace* has appeared fairly recently. The majority of experts believe that it was initially used by a speculative fiction writer W. Gibson in 1981.<sup>1</sup> Etymologically, the word is derived from the word *cybernetics* – the science that deals with general principles of operation procedures and information

---

<sup>1</sup> For the first time, Canadian-American science-fiction writer William Gibson used the concept of «cyberspace» in 1982 in his short story «Burning Chrome», and then popularized it in 1984 in the novel «Neuromancer». In the novel «Neuromancer», the author described cyberspace as a «consensual hallucination», which is difficult to distinguish from reality and in which computer systems are a kind of substitute for the real world that exists only in the memory of computers and the minds of its users.

transfer in machines, living organisms, and human society [Wiener N. 1948: 14].

In research literature, cyberspace is often mistakenly associated with the Internet. One of the reasons for this mistake is the absence of a commonly accepted definition of what *cyberspace* means. According to an American expert F.D. Kramer, the Western scientific doctrine includes about 28 definitions of the term *cyberspace*.<sup>2</sup> A French professor S.I. Laurent notes that cyberspace is a social and technical reality, which is closely related to the political context<sup>3</sup> D.E. Dobrinskaya suggests that cyberspace is a product of any information and communication technologies (ICT), including the Internet [Dobrinskaya D.E. 2018: 58]. The US Congressional Research Service perceives cyberspace as a comprehensive multiplicity of connections among people that are based on computers and telecommunications, regardless of their physical and geographic location [Makarenko S.I. 217:237]. At the same time, according to the US Department of Defense, cyberspace is a sphere of radio electronic means, i.e. the means of radio detection, location, navigation, automatization, control, and guidance. They are used for receiving, transferring, processing, storing, and transforming information. On top of that, cyberspace is a part of the information structure of the armed forces.<sup>4</sup> In China, a law on cybersecurity came into force on June 1, 2017. It covers the work of network resources providers as well as the services related to gathering, storing, and processing of user data. The law also has sections about the way the security of the information infrastructure must be provided in

<sup>2</sup> Kiberprostranstvo kak strategicheskii instrument sotsial'noi inzhenerii // <https://whatisgood.ru/theory/analytics/kiberprostranstvo-kak-strategicheskii-instrument/>

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> AFDD 3-13. Information Operations. USAF, 2011. 65 p.

strategically important branches. It is claimed to protect national «cybersovereignty» of the People's Republic of China.<sup>5</sup> The Russian Federation has no current internal legal acts with the word *cyberspace*.<sup>6</sup> However, the Decree of the President of the Russian Federation of December 5, 2016 has approved the Doctrine of Information Security of the Russian Federation in which the information sphere is understood as a complex of software, IT systems, Internet websites, communication networks, and information technologies. It also includes persons who produce and process information alongside with developing and using the abovementioned technologies. The tools for controlling the corresponding social relations are on the list too.<sup>7</sup>

Cyberspace is a combination of computers, mobile devices, and users that interact at a distance. The Internet, in its turn, is used to connect these computers and mobile devices. Cyberspace is wider than the Internet because the Internet is included into cyberspace. In modern conditions, cyberspace is becoming the main channel for distributing and storing information.

We support the valid point raised in research literature that the problems of cyberspace in general and cybersecurity in particular became urgent during the Gulf War of 1990-1991. In that

<sup>5</sup> 中华人民共和国网络安全法 [Cybersecurity Law of People's Republic of China] // 全国人民代表大会 [National People's Congress]. URL: [http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2016-11/07/content\\_2001605.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2016-11/07/content_2001605.htm)

<sup>6</sup> Except the draft of the Concept of the Cybersecurity Strategy of the Russian Federation, prepared by the Council of the Federation of the Federal Assembly of the Russian Federation. URL: <http://council.gov.ru/media/files/41d4b3dfbdb25cea8a73.pdf>

<sup>7</sup> Ukaz Prezidenta RF ot 05.12.2016 № 646 «Ob utverzhdenii Doktriny informatsionnoi bezopasnosti Rossiiskoi Federatsii» // Sobranie zakonodatel'stva Rossiiskoi Federatsii ot 12 dekabrya 2016, № 50, Art. 7074.

conflict, the latest military technical achievements were combined with powerful information campaign and press coverage.

After this event, scientists and politicians began to rethink the concepts of *information war* and *cyberwar*. Cyberspace is now seen as the «fifth space»<sup>8</sup> used to achieve political goals through ICT [Warden J.A. 1995: 9].

These new circumstances provoked the international need to resolve the issue of applicability of the existing international legal rules and principles to the information sphere. It is also necessary to work out special rules of conduct in cyberspace to rightfully combat the use of ICT for illegal purposes.

In recent years, this issue has been the subject of research done by many experts in Russian and foreign doctrines of international law, but solutions have not yet been found.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Along with land, sea, air space and outer space.

<sup>9</sup> Batueva E.V. Politicheskii dialog po voprosam upravleniya Internetom // Mirovaya politika: novye problemy i napravleniya: sbornik nauchnykh statei / pod red. M.M. Lebedevoi. M.: MGIMO Universitet, 2009. Pp. 15-22; Bedritskii A.B. Amerikanskaya politika kontrolya nad kiberneticheskim prostranstvom / A.B. Bedritskii // Problemy natsional'noi strategii. 2010. №2 (3). Pp. 25-40; Krutskikh A.V., Strel'tsov A.A. Problemy primeneniya mezhdunarodnogo prava k zlonamerennomu ispol'zovaniyu IKT. Mezhdunarodnaya zhizn'. 2014. № 11; M.B. Kasenova, M. V. Yakushev. Upravlenie internetom. Dokumenty i materialy. Sankt-Peterburg: Tsentr gumanitarnykh initsiativ, 2013. 395 p.; Kasenova M.B. Internet i mezhdunarodnoe publichnoe pravo: retrospektiva doktrinal'nykh podkhodov / Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo. 2012. №2. Pp. 18-24; Kasenova M.B. Global'noe upravlenie internetom v kontekste sovremenogo mezhdunarodnogo prava / Indeks bezopasnosti. 2013. T. 19. №1 (104); Knake R. Internet Governance in the Age of Cyber Insecurity / Robert K. Knake. New York: Council on Foreign Relations, 2010. 43 p.; Kurbalija J. Internet Governance: Issues, Actors and Divides/ Jovan Kurbalija and Eduardo Gelbstein. Diplo Foundation and the Global Knowledge Partnership, 2005. 144 p.; Malcolm J. Multi-stakeholder Governance and the Internet Governance Forum / Jeremy Malcolm. Perth: Terminus Press, 2008. 611 p.; Mansell R. Imagining the Internet: Communication, Innovation, and Governance / Robin



The scientific community has long been discussing the question: is it possible to apply existing international legal rules to cyberspace, or would it be better to develop new rules for regulating this sphere of relations?

If we assume that international legal obligations of various states, including international treaties, are not applicable to cyberspace, we would have to conclude that there is no legal regulation in this sphere. Consequently, states are free from any international legal obligations when cyberspace is in question. In other words, we would face a legal gap and be very skeptical about state sovereignty in cyberspace. At the same time, it would make it necessary to adopt rules for cyberspace, and these rules would not be based on the principles of the UN Charter. For this reason, it is unacceptable for us to assume that cyberspace is not legally regulated by the rules of current international law. But the question arises: which of the existing rules of international law are applicable to cyberspace?

According to A. Streltsov, the main sources of law in this area are the UN Charter and international treaties, stemming from the UN Charter provisions on ensuring international peace and security. Among those are international treaties on humanitarian aspects of warfare, and decisions of the International Court of Justice, in which the provisions of international law on the use of force are interpreted.<sup>10</sup>

---

Mansell. Oxford: Oxford University Press, 2012. 289 p.; Mathiason J. *Internet Governance: the New Frontier of Global Institutions* / John Mathiason. New York: Routledge, 2009. 178 p.; Mueller M.L. *Networks and States: the Global Politics of Internet Governance* /Milton L. Mueller. Cambridge, Mass: MIT Press, 2010. 313 p. and others.

<sup>10</sup> Strel'tsov A. O problemakh adaptatsii mezhdunarodnogo prava k informatsionnym konfliktam [URL] <https://digital.report/problemyi-adaptatsii-mezhdunarodnogo-prava-k-informatsionnim-konfliktam/>

We believe that such principles and rules of international law as non-use of force and threat of force, non-interference in matters within the internal competence of states, the obligation of states to cooperate with each other, the sovereign equality of states, respect for human rights and fundamental freedoms, etc. are applicable to cyberspace.

However, cyberspace is rather specific due to the virtual interface characteristics of the global information space. It is an object of law where distance does not matter. In this respect, not all generally recognized principles and rules of international law can be applied to cyberspace by a simple extrapolation of concepts. For example, such concepts as *act of aggression*, *use of force*, and *armed attack* cannot be applied to a cyber attack. The concept of *information war* used by political scientists and the media cannot be applied to the concept of *war* in its international legal sense. Some obligations of states can be fulfilled in cyberspace according to the *mutatis mutandis* principle, with changes based on the special nature of cyberspace. We also should admit that it is sometimes difficult to adapt conceptual foundations of the international rule of law to the threats that arise in cyberspace.

In contrast to our view, the drafters of the Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare<sup>11</sup> proceed from the assumption that cyberspace does not differ from other fields of relations, and it does not require special approaches to its legal regulation. In their opinion, the basic principles of international law and international humanitarian law are applicable to what people do in cyberspace. Thus, according to the Tallinn Manual, the term *weapon* is applicable to cyber technologies.

---

<sup>11</sup> Not legally binding.

Large-scale cyber attacks can be considered as armed attacks, under Article 51 of the UN Charter.

In its essence, the Tallinn Manual covers two main aspects: the *jus ad bellum* principle, which determines the conditions for the use of force by a state in international relations, and the *jus in bello* principle, which is about humanitarian points of a conflict. The main source of *jus ad bellum* law is the UN Charter, and the main sources of *jus in bello* law are the Hague Conventions, the Geneva Conventions, and other international treaties, which have stemmed from their provisions and ideas.

A number of research articles written by Russian and foreign experts in international law address adaptation of international law of armed conflict to cyberspace. A. Streltsov notes that Article 41 and Article 42 of the UN Charter distinguish two main types of *force*: the force related to the use of weapons and the force that has nothing to do with weapons. He stresses that malicious use of ICT is mainly regulated by the rules of Article 2 (4) of the UN Charter. Article 2 (4) requires that member-states refrain from the threat or use of force in international relations, including the ones in cyberspace.<sup>12</sup> According to A. Streltsov, despite the obvious possibility of using ICT for military purposes, almost all experts believe that ICT are not weapons.<sup>13</sup>

However, in accordance with the advisory opinion of the International Court of Justice on legality of the threat or use of nuclear weapons (1996), implementation of the right to self-defense does not depend on the type of weapons being used to attack. The fact of use of force is enough.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Ibid. Strel'tsov A.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> «These provisions do not apply to specific weapons. They apply to any use of force, regardless of the weapons employed». Legality of the threat of use of

Analysis of current practice shows that interpretations of the *weapons* concept are expanding. For example, the terrorist attack with the use of captured aircrafts on September 11, 2001 was de facto equated to an *armed attack* under Article 51 of the UN Charter. In this case, the civilian aircrafts, which were not weapons by nature, were turned into the attack instrument. The United States, with the support of the international community, declared its right to individual and collective self-defense.

W.M. Stahl holds a slightly different opinion. He thinks that provisions of the UN Charter do not allow us to clearly equate a hacker attack by one state on another to an armed attack, which gives the nation the right to use force. In addition, the *use of force* concept in the UN Charter does not cover terrorists and other non-state actors who are often behind hacker attacks. Since cybernetic aggressions are out of traditional classifications used for internationally recognized rules of warfare, it is generally accepted that states should treat hacker attacks as a type of crime.<sup>15</sup>

To clarify the abovementioned viewpoint, a number of experts ask the following questions: What situations are covered by the *armed conflict* concept in the information sphere? What is the range of individuals protected by law in such conflicts? Where is the line beyond which a non-international informational armed conflict becomes an international one? What rules of law (international or domestic) regulate the actions of belligerents in such conflicts? [A.L. Kozik 2008: 122].

Customary international law presumes that not every use of force can be considered as an armed attack. The decision of the

---

nuclear weapons. ICJ Advisory Opinion, 8 July 1996, Par.39.

<sup>15</sup> William M. Stahl. [URL]. <http://interlaws.ru/kiberbezopasnost-i-mezhdunarodnoe-pravo/>

International Court of Justice in the case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua of 27 June 1986 set out a *scale criterion* for an armed attack by one state on another. Subsequently, the scale criterion was confirmed in a number of other decisions of the International Court of Justice.<sup>16</sup>

In the context of the use of ICT, the scale criterion can theoretically be considered met when a cyber attack goes beyond minor incidents. For example, the collapse of infrastructure, which cannot be fixed quickly enough. It blocks the state's ability to act or ruins the basic living conditions of the population. Thus, if the consequences of a cyber attack can be equated to an attack by regular armed forces, the scale criterion can be considered met.

It should be noted that the scale criterion is not recognized by all states. For example, the US State Department objected to the fact that the International Court of Justice used the scale criterion in decisions on Nicaragua and oil platforms.

The traditional requirements for justifying a state's response to an armed attack, i.e. implementation of the right to self-defense under Article 51 of the UN Charter, are necessity and proportionality. These requirements are not directly enshrined in the UN Charter, but they reflect the international custom in this area.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice (1948-1941). Codification Division Publications of the UN. P. 205; Case concerning oil platforms. International Court of Justice, Judgement of 6 November 2003. Par. 51, 62; Jus ad bellum. Ethiopia's Claims 1-8. Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, 19 December 2005.

<sup>17</sup> In addition to the Judgments for Nicaragua and the Oil Platforms of the International Court of Justice of the United Nations, as well as the Advisory Opinion on the Use of Nuclear Weapons, Judgment of the International Court of Justice of the United Nations concerning Military and Paramilitary Activities in Congo can be cited..

Under current international law, for justifying the use of force in response to an armed attack, it must be determined that another state is responsible for the attack. When cyberspace is in question, it is quite difficult to identify the attackers and determine if they are operating under the control of the state. While the location of the attack target is obvious, the location of the attackers is often undetectable.

So, there are certain difficulties in applying the rules of current international law to cyberspace. In our opinion, solutions for many problems could be facilitated by discussing them with technical specialists in the field of ICT, including military purposes.

To facilitate practical implementation of the right to self-defense under Article 51 of the UN Charter, the international community should develop clear categories that would allow defining a cyber attack as the use of force or the act of aggression. It is also necessary to work out appropriate criteria for qualifying ICT as weapons. Anyway, it is not an easy task to do.

Unfortunately, if we turn to the issue of creating new rules for regulating cyberspace, the efforts of states are currently focused on a narrow area of problems related to human rights, data privacy, etc. Moreover, not all states are interested in creating an effective mechanism for cooperation. Many states are openly opposing the development of new international legal instruments. For this reason, there is no comprehensive international legal environment for cyberspace.

The only multilateral treaty dealing with criminal activities in the field of information technologies is the Convention on Cybercrime, adopted on 23 November 2001 in Budapest.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Convention on Cybercrime (Budapest, 23.11.2001) [URL] // <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081561>

The Convention has five main objectives: 1) harmonization of substantive criminal law to combat cybercrime; 2) harmonization of criminal procedure law; 3) promotion of mutual legal assistance; 4) codification of international law with an emphasis on jurisdictional rules based on territoriality; 5) providing a legal framework to promote understanding of issues related to cybercrime.

The Convention has articles on crimes against confidentiality, integrity and availability of computer data and systems (illegal access, illegal interception, data interference, system interference, misuse of devices); computer-related offenses (computer-related forgery, computer-related fraud); offenses related to child pornography; offences related to infringement of copyright and related rights.

It should be taken into account that this Convention was drafted at the time when the level of ICT was low and many types of network threats were not yet known.<sup>19</sup> For this reason, Articles of the Convention do not even mention *botnets*, *phishing*, *spam*, and other tools used by hackers.

However, the approach laid down in paragraph “b” of Article 32 of the Budapest Convention is unacceptable for Russia and many other countries. This rule deserves to be quoted in full: “A Party may, without the authorization of another Party: ... b) access or receive, through a computer system in its territory, stored computer data located in another Party, if the Party obtains the lawful and voluntary consent of the person who has the lawful authority to disclose the data to the Party through that computer system”.<sup>20</sup> As you can see this provision makes it possible for a

<sup>19</sup> The Convention was developed since 1997 and was open for signature in 2001.

<sup>20</sup> Convention on Cybercrime (Budapest, 23.11.2001) [URL] // <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081561>

state party to obtain trans-border access to information, the source of which is located in another state. It can be done without notifying the relevant authorities of the state where the source of information is located. In our opinion, this way the Budapest Convention establishes a loophole for a violation of the state sovereignty principle in the information space. It is unacceptable.

It is important that paragraph 32 (b) of the Budapest Convention provides fertile ground for violating fundamental human rights and freedoms in the digital sphere, the right to privacy in particular.

There are also some other regional and bilateral tools for combating cybercrime, but they do not contribute to common understanding of the key aspects of countering illegal behavior in cyberspace.

In this context, the Russian Federation highlights the need to develop a universal international legal framework for cooperation and common cyber vocabulary. Russian experts have worked out and distributed a Draft United Nations Convention on Cooperation in Combating Information Crimes<sup>21</sup> for review in international forums.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Draft United Nations Convention on Cooperation in Combating Information Crimes [URL] // <https://www.rusemb.org.uk/fnapr/6394>

<sup>22</sup> The document was distributed during presentations at the XV Meeting of the Heads of special services, security agencies and law enforcement agencies of foreign states - partners of the FSB of Russia (St. Petersburg, July 27-28, 2016), The Eighth International Meeting of High Representatives in charge of Security (Varaksino, Tver Oblast, May 23-25, 2017), “on the sidelines” of the 26th session of the Commission on Crime Prevention and Criminal Justice (Vienna, May 22-26 2017), IV World Conference on the Internet (Wuzhen, PRC, December 3-5, 2017). On December 28, 2017, the Russian draft was circulated as an official document of the UN General Assembly under agenda item 107 of its 72nd session «Crime Prevention and Criminal Justice» (No. A / C.3 / 72/12 of October 16, 2017). This document was translated from Russian



Article 1 of the Convention sets out its three main objectives: a) to promote and strengthen measures aimed at effectively preventing and combating crimes and other unlawful acts in the field of ICT; b) to prevent action directed against the confidentiality, integrity and availability of ICT as well as the misuse of ICT by providing for the punishability of such acts, as described in this Convention, and by providing powers sufficient for effectively combating such crimes and other unlawful acts, by facilitating their detection, investigation and prosecution at both the domestic and international levels and by developing arrangements for international cooperation; c) to improve the efficiency and develop international cooperation, including in the context of training and providing technical assistance in preventing and combating ICT crimes.<sup>23</sup>

The Convention includes lots of old and relatively new concepts: *botnet*, *malicious software*, *child pornography*, *information and communication technologies (ICT)*, *information*, *critical infrastructure facilities*, *spam*, *ICT device*, etc. For example, *botnet* means «two or more ICT devices with malicious software downloaded which is managed centrally and without users' knowledge».<sup>24</sup> *ICT* refers to a set of methods, production processes, and software-and-hardware facilities combined to generate, transform, transmit, use, and store information.<sup>25</sup> *Spam* is defined as «delivery of electronic messages on the address list (data base) to those who do not communicate the sending party their addresses for message delivery and do not give their con-

---

into all the official languages of the Organization and electronically posted on the official websites of the UN and the Russian Foreign Ministry.

<sup>23</sup> A Draft United Nations Convention on Cooperation in Combating Information Crimes [URL] // <https://www.rusemb.org.uk/fnapr/6394>

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Ibid.

sent to be sent such messages and are unable to deny the delivery of such messages from the sending party».<sup>26</sup>

The Convention also presumes technical assistance, mutual legal assistance at the pre-trial stage, including cases of emergency, and the mechanism to implement its provisions.

Chapter II of the Convention establishes liability for: unauthorized access to electronic information; unauthorized interception; unauthorized impact on data; disruption of ICT operation; creation, utilization and distribution of malicious software; distribution of spam; creation and utilization of botnets; offenses related to child pornography; phishing-related offenses, etc.

Extradition of persons suspected of committing crimes is governed by Article 48 of the Convention. This article provides for one of the fundamental principles of international criminal law cooperation – *aut dedere aut judicare* (extradite or prosecute).

To ensure the provision of immediate assistance for the purpose of investigations, prosecutions or judicial proceedings concerning criminal offences related to computer systems and data, or for electronic evidence-gathering of criminal offences, Article 57 of the Convention states that each state party must designate a point of contact available on a twenty-four hour, seven-day-a-week basis (24/7 Network).

The Convention specifies the main areas of activities for the development and improvement of special training programs for the personnel responsible at the national level for preventing and combating ICT crimes. The aim is to trigger the development and planning of strategic policies to combat ICT crimes.

---

<sup>26</sup> Ibid.

To implement its provisions, the Convention establishes a Conference of states parties to enhance their corresponding opportunities and cooperation among them.

It is proposed that the Conference of the state parties establish an International Technical Commission as a permanent body to combat ICT crimes and to increase the degree of coordination between the state parties to the Convention.

As we have noted above, the Draft United Nations Convention on Cooperation in Combating Information Crimes was distributed in different international forums. On December 28, 2017 it was presented as an official document of the UN General Assembly under item 107 of the 72<sup>nd</sup> session agenda «Strengthening the United Nations crime prevention and criminal justice program, in particular its technical cooperation capacity». The document has been translated from Russian into all official languages of the United Nations and is available on the official websites of the United Nations and of the Russian Ministry of Foreign Affairs.

However, some delegations are opposing this Draft Convention as well as the development of any new international legal tools in this area. They insist that the existing international legal instrument, namely the Budapest Convention, is sufficient to successfully combat crime in cyberspace.

Thus, though the principles and rules of current international law are applicable to the information sphere, it is necessary to universalize the existing international legal regulation of cyberspace, taking into account its specific characteristics and in order to effectively combat the use of ICT for illegal purposes.

The efforts of states are currently focused on a narrow area of problems related to human rights, data privacy, etc. Not all states

are interested in creating an effective mechanism for cooperation. Many states are opposing the development of new international legal instruments. That is why the Russian initiative on the UN Convention on Cooperation in Combating Information Crimes has not been supported. This fact has entailed the absence of a full-fledged universal international legal framework for cooperation in the field of cyberspace.

## REFERENCES

Batueva E.V. Political Dialogue on Internet Governance Issues // World Politics: New Problems and Directions: Collection of Scientific Articles / Ed. M.M. Lebedeva. M.: MGIMOUниверситет, 2009. Pp. 15-22;

Bedritsky A.B. American policy of control over cyber space. Problems of national strategy. 2010. No2 (3). Pp. 25-40;

Dobrinskaya D.E. Cyberspace: the territory of modern life. Bulletin of Moscow University. Series 18. Sociology and Politics. 2018. Vol. 24. No. 1. P. 58.

Kassenova M. B., Yakushev M. V. Internet governance. Documents and materials. St. Petersburg: Center for Humanitarian Initiatives, 2013. 395 p.;

Kassenova M.B. The Internet and International Public Law: A Retrospective of Doctrinal Approaches / International Public and Private Law. 2012. No 2. Pp. 18-24;

Kassenova M.B. Global Internet Governance in the Context of Contemporary International Law / Security Index. 2013. V. 19. No. 1 (104). Pp. 43-64;

Kozik A.L. The development of information technology and the legal regulation of public relations // *Studii Juridice Universitare*. 2008. No. 3-4. Pp. 122–123.

Krutskikh A.V., Streltsov A.A. The problems of applying international law to the malicious use of ICT. *International life*. 2014. No. 11;

Laurent S. I. Cyberspace as a strategic tool of social engineering [Electronic resource] <https://whatisgood.ru/theory/analytiks/kiberprostranstvo-kak-strategicheskiiy-instrument/>

Makarenko S.I. Information confrontation and electronic warfare in network-centric wars at the beginning of the XXI century. St. Petersburg: High Technologies, 2017. P. 237.

Streltsov A. On the problems of adapting international law to information conflicts [Electronic resource] <https://digital.report/problemyi-adaptatsii-mezhdunarodnogo-prava-k-informatsionnyim-konfliktam/>

Knake R. *Internet Governance in the Age of Cyber Insecurity* / Robert K. Knake. New York: Council on Foreign Relations, 2010. 43 p.;

Kurbalija J. *Internet Governance: Issues, Actors and Divides* / Jovan Kurbalija and Eduardo Gelbstein. Diplo Foundation and the Global Knowledge Partnership, 2005. 144 p.;

Malcolm J. *Multi-stakeholder Governance and the Internet Governance Forum* / Jeremy Malcolm. Perth: Terminus Press, 2008. 611 p.;

Mansell R. *Imagining the Internet: Communication, Innovation, and Governance* / Robin Mansell. Oxford: Oxford University Press, 2012. 289 p.;

Mathiason J. *Internet Governance: the New Frontier of Global Institutions* / John Mathiason. New York: Routledge, 2009. 178 p.;

Mueller M.L. *Networks and States: the Global Politics of Internet Governance* /Milton L. Mueller. Cambridge, Mass: MIT Press, 2010. 313 p.

Stahl W.M. [URL]. <http://interlaws.ru/kiberbezopasnost-i-mezhdunarodnoe-pravo/>

Warden J. A. *The Enemy as a System* // *Airpower Journal*. 1995. Vol. 9. № 1.

Wiener N. *Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine* // Hermann & Cie Editeurs, Paris, The Technology Press, Cambridge, Mass., John Wiley & Sons Inc., New York, 1948.

Convention on Cybercrime (Budapest, 23.11.2001) [URL] // <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081561>

Draft United Nations Convention on Cooperation in Combating Information Crimes [URL] // <https://www.rusemb.org.uk/fnapr/6394>

Draft Concept of the Cyber Security Strategy of the Russian Federation [URL]: <http://council.gov.ru/media/files/41d4b3d-fbdb25cea8a73.pdf>

Decree of the President of the Russian Federation dated December 05, 2016 No. 646 «On approval of the Doctrine of Information Security of the Russian Federation» // The collection of the legislation of the Russian Federation dated December 12, 2016. No. 50. Art. 7074.

The Law on Cybersecurity of the People's Republic of China Quango People's Day Daibiao Dahui [National People's Congress of China]. [URL]: [http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2016-11/07/content\\_2001605.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2016-11/07/content_2001605.htm)

Legality of the threat to use nuclear weapons. ICJ Advisory Opinion, 8 July 1996, Par. 39.

Case concerning oil platforms. International Court of Justice, Judgement of 6 November 2003. Par. 51, 62;

Jus ad bellum. Ethiopia's Claims 1-8. Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, 19 December 2005.

AFDD 3-13. Information Operations. USAF, 2011. 65 p.

# 5

## DISCRIMINATION AND ABUSE OF THIRD GENDERS IN SOUTH ASIA

**Ranjana Ferrao**

Assistant Professor, V.M. Salgaocar College of Law, Miramar – Goa, India.

### ABSTRACT

Human beings need to be identified. Every person needs recognition of 'gender.' Gender is identified by a person's name or the way a person decides to dress, behave or by other personality traits. Society views a person either as a 'male' or a 'female.' But there still exist other people who are neither male or female. The West refers to such people as the 'third gender' while the Asian countries continue to use the word 'transgender'. Transgenders have been discriminated for centuries. They have been stripped and paraded naked in public. They are arrested for cross dressing. They have been subjected to corrective measures and suggested difficult medical procedures to change their gender. They have been denied opportunities in employment, education and medical facilities. Discrimination on the basis of a person's sex is the worst human rights abuse. Countries in South Asia like Sri-Lanka, Bhutan, Maldives, Afghanistan have not yet granted transgenders the status of the 'third gender.' Nepal, India, Pakistan and Bangladesh have granted transgenders the legal recognition of being identified as the 'third gender.' The Article will outline the horrific human rights abuses meted out on third genders. The Article will discuss the criminal laws used to arrest



and harass third genders. The Article will dwell will address the issue of protection of rights.

**KEYWORDS:** Transgenders, violence, discrimination, rights

## I. INTRODUCTION

Gender is associated with ‘sexual orientation’ and individual’s behaviour in society. South Asian countries historically did not recognize any other ‘sex’ other the established normative framework of ‘male’ and ‘female.’ The ‘third gender’ does not fit in these categories. The ‘third gender’ is a term used in countries like India, Nepal, Sri Lanka, Maldives, Bangladesh and Pakistan.<sup>1</sup> In these countries the ‘third gender’ is commonly referred to as the ‘Hijra’ who is an iconic figure. The ‘Hijra’ is a gender identity identified by the society as ‘male’ at birth but their psychology is feminine. ‘Hijras’ are neither male or female.<sup>2</sup> These countries have looked at ‘third gender’ as a problematic population.

There are a galaxy of human rights instruments which protect the rights of a human being and prohibit all kinds of discrimination on the basis of sex. The Universal Declaration of Human Rights has declared ‘All human beings are born free and are equal in dignity and rights.’<sup>3</sup> The term ‘human being’ would naturally mean men, women and transgender. In reality the in-

<sup>1</sup> Colin Macabe, Holly Yanacek, *Keywords for Today a 21<sup>st</sup> Century Vocabulary*, Oxford University Press, 2018 / Adnan Hossain, “The paradox of recognition: hijra, third gender and sexual rights in Bangladesh”, *Journal of Culture, Health and Sexuality*, 19 (2017). The term ‘hijra’ is used in Bangladesh, Nepal, India and Pakistan to refer to the transgenders.

<sup>2</sup> Smarak Swain, *Social Issues of India* 57- 58 (New Vishal Publications)

<sup>3</sup> See Article 1.

ternational human rights law did not identify ‘third genders’ as a distinct group of people. However, states have a duty to prevent discriminations based on gender.

South Asia is the southern region of Asia and consists of Afghanistan, Bangladesh, Bhutan, India, Maldives, Nepal, Pakistan and Sri Lanka. South Asian countries have similar concerns and have shared the same history. Britain had introduced Penal Codes in its former colonies. These Penal Codes continue to be in force in Pakistan, Bangladesh, Sri Lanka and India. Discrimination on the basis of a person’s sex is the worst human rights abuse. There is a movement in South Asia to decriminalize homosexuality.

Sri-Lanka, Bhutan, Maldives, Afghanistan have not yet granted transgenders the status of the ‘third gender.’ Countries like Nepal, Bangladesh, Pakistan and India have recognized a ‘third gender’ category. India and Pakistan have enacted suitable legislations to safeguard rights of the third gender. These countries have provided them an identity as a person. Merely granting ‘personhood’ is not sufficient. The Article illustrates the challenges faced by third genders in South Asia. Part I introduces the article to the term ‘Hijra.’ In Part II the Article will define ‘gender’ and explain the importance of gender. Recognition as a natural person is an important identity to attain human rights. Part III of the Article outlines the abuse of human rights. Part IV deals with arrest and detention of third genders. Part V is an attempt to legally define ‘third gender.’ Part VI travels the road of implementing rights of third genders. Part VII of the Article deals with conclusions.

## II. DEFINING GENDER

Gayle Rubin coined the term ‘sex/gender/sexuality.’ According to him gender is ‘the set of arrangements by which a society transforms biological sexuality into products of human activity.’<sup>4</sup>The dictionary defines ‘Gender’ as ‘either of the two sexes (male and female), especially when considered with reference to social and cultural differences rather than biological ones.’<sup>5</sup>Scholars have viewed the term gender differently. Some view it as male or female. This classification is based on chromosomes, hormones, reproductive systems and genitals. In 1945 social cultural factors were included to decide gender. The ‘social and cultural norm’ of gender is used throughout the world.<sup>6</sup>

The world is now moving towards a biological definition of ‘gender.’ ‘Legal gender’ is a term used in most countries. Legal gender is assigned to a child at birth based on its genitals. If the legal gender of a child cannot be determined the term *intersex* is used. If the gender assigned at differs at a later stage it is referred to as trans. If the gender assigned at birth remains the same it is referred to as cisgender.<sup>7</sup>

The United Kingdom and the United States of America permit the change of legal gender merely by filing an application. Countries in South Asia assign more detailed procedures for

<sup>4</sup> Miliann Kang, Donovan Lessard, *Introduction to Women, Gender, Sexuality Studies*, [University of Massachusetts Amherst Libraries, (2017)], available at <https://courses.lumenlearning.com/suny-introwgss/chapter/the-sex-gender-sexuality-system/> (last visited on 4<sup>th</sup> March, 2020)

<sup>5</sup> Oxford Dictionary

<sup>6</sup> Chapter 12. Gender, Sex, And Sexuality, Campus, [BCCampus] Available at <https://opentextbc.ca/introductiontosociology/Chapter/Chapter12-Gender-Sex-And-Sexuality/> (last visited on 5<sup>th</sup> January, 2021)

<sup>7</sup> *ibid*

change of gender. The term ‘third gender’ was coined by M. Kay Martin and Barbara Voorhies.<sup>8</sup> The term ‘third gender’ is used for ‘behaviour which may challenge the normal standards of male and female norm.’<sup>9</sup> A person of the ‘third gender’ may not have ‘reproductive organs like men and women.’<sup>10</sup> Since there is confusion about their gender. It is safe to refer them as ‘third gender.’

The west is using the word ‘third gender’ while the Asian countries continue to use the word ‘third gender’ to grant recognition and the ‘transgender’ in their legislations. People of ‘third gender’ may commonly referred to by various names. The English call them “eunuch’ or ‘hermaphrodite’ or ‘gay’ or ‘LGBT.’” In Nepal the ‘third gender’ may be called as ‘*meti, kothi, fulumulu, hijara, and nachaniya.*’<sup>11</sup> In Pakistan they are called ‘*khawaja sira*’<sup>12</sup>. They are called *Nachchi* in Sri Lanka.<sup>13</sup> India’s uses many names like *Hijras, eunuchs, Kothis, Aravanis,*<sup>14</sup> *Jogappas, Shiv-Shakthis*. Among Hijras, there are emasculated<sup>15</sup> men, non-

<sup>8</sup> Tracy R. Wood, *The Convergence of Race, Ethnicity, and Gender*, (SAGE Publications, 2016).

<sup>9</sup> Kay Martin and Barbara Voorhies, *Supernumerary Sexes*, 23 (1975).

<sup>10</sup> They do not have female reproduction organ and do not undergo menstrual cycle.

<sup>11</sup> “Transgender-inclusive sanitation: insights from South Asia,” [Wateraid] available at <https://www.developmentbookshelf.com/doi/full/10.3362/1756-3488.18-00004> (last visited on 21st February, 2020)

<sup>12</sup> In Urdu means transgender

<sup>13</sup> Western thought refers to Nachchi as transgender and homosexual

<sup>14</sup> Aravan, the son of Arjuna and Nagakanya in Mahabharata, offers to be sacrificed to Goddess Kali to ensure the victory of the Pandavas in the Kurukshetra war, the only condition that he made was to spend the last night of his life in matrimony. Since no woman was willing to marry one who was doomed to be killed, Krishna assumes the form of a beautiful woman called Mohini and marries him. The Hijras of Tamil Nadu consider Aravan their progenitor and call themselves Aravanis.

<sup>15</sup> castrated, nirvana

emasculated men<sup>16</sup> and inter-sexed persons<sup>17</sup>. In Nepal they are called *metis*.<sup>18</sup>

Susan Stryker in her essay defines transgender as;

‘An umbrella term that refers to all identities or practices that cross over, cut across, move between, or otherwise queer socially constructed sex/ gender boundaries. The term, includes but is not limited to, transsexual, heterosexual transvestism, gay drag, butch lesbianism and such non –European identities as the native American berdache or the Indian Hijra.’<sup>19</sup>

### *a. Importance of Gender Identity*

Every human being is born with its own distinctive identity. If a person loses its identity the person loses dignity and other fundamental rights and freedoms. ‘Gender identity’ means a person is identified either as a male or a female.<sup>20</sup>

Radhakrishnan, J. opined:<sup>21</sup>

‘Gender identity refers to each person’s deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body which may involve a freely chosen, modification of bodily appearance or functions by medical, surgical or other means and other expressions of gender, including dress, speech and mannerisms. Gender identity therefore, refers to an individual ‘s

<sup>16</sup> not castrated/akva/akka

<sup>17</sup> hermaphrodites

<sup>18</sup> Transgender women who cross dress to look like men,

<sup>19</sup> S. Stryker, “The Transgender Issue: An Introduction,” *GLQ* 4 No.2 (1998).

<sup>20</sup> *Supra Note 6*

<sup>21</sup> *National Legal Services Authority v. Union of India* and others, (2014) 5 SCC 438

self-identification as a man, woman, transgender or other identified category.’

Sex refers to ‘physical or physiological differences.’ A person’s sex is associated with biology and may not always be associated with gender.<sup>22</sup> For example, a child may be born with male reproductive system but as the child grows into an adult it may identify as a female. ‘Sexual orientation’ is a person’s ‘emotional and sexual attraction to a person of a particular sex.’ The Yogyakarta Principles refer to ‘sexual orientation’ as;

‘Each person’s capacity for profound emotional, affectional and sexual attraction to and intimate and sexual relations with, individuals of a different gender or the same gender or more than one gender.’

### *b. Need for Gender Recognition*

A natural person will never worry about being identified in a legal document. Every person must have a correct name and identified on the basis of ‘sex’ in a legal document. For people of third gender recognition in a legal document is a distant dream. Their name and sex details do not match their gender identity or expression. This creates an environment of discrimination and abuse. In conservative societies if a person discloses its gender identity as belonging to the third gender. The person may be stoned to death. In progressive societies such a person may be abused and rights violated.

‘Third genders’ face difficulties while accessing healthcare. While availing medical treatment the doctors need to ascertain their ‘gender.’ There is hesitation regarding their ‘gender’ which makes it

---

<sup>22</sup> *Supra Note 6*

difficult for them to get medical treatment. Patients suffering from Human Immune Deficiency Virus (HIV) suffer discrimination.<sup>23</sup>

Doctors adopt harsh *medical procedures like sterilization, castration and hormonal therapy*. These methods are used for legal recognition of gender.<sup>24</sup> In most cases these procedures are forcibly performed. Some countries require a psychiatric diagnosis for recognition of ‘gender identity.’<sup>25</sup> Without an identity they are denied education, medical services, housing services and may even be displaced and remain unrecognized in times of disasters.

### III ABUSE AND DISCRIMINATION OF THIRD GENDERS

People of ‘third gender’ earn their livelihood by engaging in acts like ‘singing and dancing at marriage functions and festivals.’ Indian Hindu mythology has a belief that ‘transgender’s have an ability to impart special blessings.’<sup>26</sup> Many sustain their lives by either begging for a livelihood or entering immoral activities like prostitution.<sup>27</sup> They try to dress up like another gender and pass off as the other gender to protect their real identities.<sup>28</sup> They live in fear and are afraid to disclose their real gender identities.

<sup>23</sup> *Supra Note 8*

<sup>24</sup> Daphna Stroumsa, “The State of Transgender Health Care: Policy, Law, and Medical Frameworks” *American Journal of Public Health* (March 2014) available at <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3953767/> (last visited on 22<sup>nd</sup> February, 2020)

<sup>25</sup> Zanzibar (Tanzania) in 1867, Singapore, Malaysia, and Brunei in 1871 Ceylon (Sri Lanka) in 1885, Burma (Myanmar).

<sup>26</sup> *Supra Note 21*

<sup>27</sup> Mohd Aquib Aslam, “The Position of India’s Transgender- Third Gender” available at <http://www.legalserviceindia.com/legal/article-1837-the-position-of-india-s-transgender-third-gender.html> (last visited on 6th January, 2021)

<sup>28</sup> Alison Oram, *Cross dressing and Transgender* 256-285 (Palgrave Macmillan, London, 2020).

Those who disclose their identities may be accused of tripping and cheating others. People of third genders are considered mentally ill, accused of witch craft.<sup>29</sup> Recently the World Health Organization (WHO) has stopped classifying ‘transgendered persons’ as people who suffer from ‘mental disorder’.<sup>30</sup> They are denied basic facilities like use of a bathroom, education, health care, medical facilities and employment opportunities. Most of the transgenders were left to earn a livelihood by either singing or dancing.<sup>31</sup>

Their behaviour is considered as ‘indecent.’<sup>32</sup> Third genders become victims of physical and sexual violence. The family members control their lives. Their families and society decide whom they will marry. The choice of marriage is always a heterosexual partner without their consent. They lack autonomy over their sexual and reproductive rights. The inhumane life they live makes them vulnerable and they fell prey to all kinds of abuse and atrocities.

At the workplace transgenders are not given jobs and housing facilities as their gender does not match official documents. They face *sexual harassment at the workplace* and have no means of redressal. As most legislations confine remedy in cases of sexual harassment of workplace only for women. Transgenders cannot pick a ‘same sex’ partner to get married. If they wish to

<sup>29</sup> Chuck Stewart, *Proud heritage: People, issues, and documents of the LGBT experience* (ABC-CLIO, 2014).

<sup>30</sup> “Transgender no longer recognised as ‘disorder’ by WHO” [BBC, 29<sup>th</sup> May, 2019] available at 2019 <https://www.bbc.com/news/health-48448804> (last visited on 6<sup>th</sup> January, 2021)

<sup>31</sup> The Nation 23 Oct. 2018; BBC 26 Mar. 2018

<sup>32</sup> Human Dignity Trust, “Breaking the Silence Criminalisation of Lesbians and Bisexual Women and its Impacts” available at <https://www.humandignitytrust.org/wp-content/uploads/resources/Breaking-the-Silence-Criminalisation-of-LB-Women-and-its-Impacts-FINAL.pdf> (last visited 7<sup>th</sup> January, 2021)



have a child, they cannot resort to infertility procedures.<sup>33</sup> They are denied the right to adopt.

#### IV. ARREST AND DETENTION OF THIRD GENDERS

In 1895, Oscar Wilde became the first person to be arrested for having committed ‘acts of gross indecency.’<sup>34</sup> A person who is a third gender is looked upon like a criminal by the law enforcement agencies and society. The popular belief is such persons must be arrested and detained. Third gendered people are accused of committing a myriad of crimes. Criminal law is used to arrest and detain people with the same sexual orientation and gender identity from indulging in sexual relations. They are harassed by the police officials.<sup>35</sup>

Criminalizing sexuality violates their human rights of an individual. States must eliminate customary derogatory practices. A person has right to privacy and dignity. These rights entitle an individual to make a ‘sexual choice.’ Right to bodily autonomy and sexual and reproductive freedom is an important right guaranteed by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights<sup>36</sup> and CEDAW. The Committee on CEDAW ‘has interpreted the right to bodily autonomy to include the right to

<sup>33</sup> Council of Europe, “Protecting Human Rights of Transgender Persons, A short guide to legal gender recognition”, available at <https://rm.coe.int/1680492119> (last visited on 22<sup>nd</sup> February, 2020)

<sup>34</sup> Oscar Wilde on Trial available at <https://www.history.com/topics/gay-rights/oscar-wilde-trial>. (last visited on March 12<sup>th</sup>, 2020) (last visited on March 12<sup>th</sup>, 2020)

<sup>35</sup> “Country Information and Guidance Afghanistan: Sexual orientation and gender identity Version 1.0”[Refworld] available at February 2016 <https://www.refworld.org/pdfid/56d53fc54.pdf>

<https://www.refworld.org/pdfid/58d4fc074.pdf> (last visited on March 12<sup>th</sup>, 2020)

<sup>36</sup> See Article 12

sexual and reproductive freedom.<sup>37</sup> Yet for people of third gender they are arrested under the guise of these laws denied them their rights.

Right to life includes ‘right to sexuality, right to sexual autonomy and the right to choose a sexual partner.’ People indulging in homosexual relations are arrested under the provisions of unnatural offence, beggary, public nuisance sexual harassment, rape, domestic violence and sexual violence. The commonly used section of law is of ‘unnatural offence’ in the Penal Codes of the country. An ‘Unnatural offence’ may be referred to in different names in various legal systems of the world. It could be referred to as ‘sodomy, buggery, bestiality, tribadism, sadism, masochism.’ The Laws vary from country to country. The Sodomy law is used to criminalize homosexuality in some countries. The Muslim countries use a mix of Penal Code and Sharia law to punish unnatural offence between people of similar sex.

The crime of ‘unnatural offence’ has two important elements to constitute a crime. There must be penetration and the penetration must constitute intercourse. ‘Intercourse’ means sexual connection.<sup>38</sup> The legal system implies the offence of ‘sexual intercourse’ between two people of similar sex. A dictionary meaning of the word penetrate<sup>39</sup> ‘find access into or through, pass through.’<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Statement of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women on sexual and reproductive health and rights, Beyond 2014 ICPD review, 10-28 February 2014.

<sup>38</sup> See Concise Oxford Dictionary, (Oxford Lexico) available at <https://www.lexico.com/definition/concise> (last visited on 22<sup>nd</sup> February, 2020)

<sup>39</sup> *ibid*

<sup>40</sup> See Cambridge Dictionary available at <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/penetrate> (last visited on 22<sup>nd</sup> February, 2020)

### *a. Homosexuality in Muslim States*

Muslim states of Afghanistan, Bangladesh, Maldives, Pakistan punish homosexuality under Muslim law and the state law.<sup>41</sup> Homosexuals people must keep their identity ‘private’ as they fear persecution if the identity would be revealed. Homosexuality is a horrific offence in Afghanistan. Yet evidence shows that ‘Afghan men have homophobic experience though they may not have homophobic preference.’<sup>42</sup> The Islamic Sharia law prescribes punishments of ‘cutting of hands, lashing, and death by stoning to death.’ Homosexuals live secret lives and fear death sentence being imposed if discovered.<sup>43</sup>

#### Afghanistan

Afghan Penal Code punishes sexual acts between people of similar sexes. It condemns pederasty and sodomy.<sup>44</sup> Yet Afghanistan had a cultural practise where young boys are bought by men. These men make the boys adorn female attire and perform erotic moves and dance. These boys suffered from sexual abuse and were assaulted by the men who owned them.<sup>45</sup> Boys who revolted and rebelled were raped or murdered. This practise is de-

<sup>41</sup> Javaid Rehman, Eleni Polymenopoulou, “Green a Part of the Rainbow? Sharia, Homosexuality and LGBT Rights in the Muslim World”, *Fordham International Law Journals* 37(2013).

<sup>42</sup> *Supra Note 35*

<sup>43</sup> Aria Ahmadzai, “Afghanistan LGBT community living under threat of death” [BBC, 7<sup>th</sup> October, 2016] available at <https://www.bbc.com/news/world-asia-36884732> (last visited 8th January 2021)

<sup>44</sup> Article 427

<sup>45</sup> Jesutofunmi Somade, “Bacha Bazi: Afghanistan’s darkest secret”, [Human Rights Commission, 18<sup>th</sup> August, (2017)], available at <https://humanrights.brightblue.org.uk/blog-1/2017/8/18/bacha-bazi-afghanistans-darkest-secret> (last visited on 21st February, 2020)

clared illegal in Afghanistan. Any person keeping dancing boys may be punished with a death sentence.<sup>46</sup>

Afghanistan repealed the old Penal Code and new Penal Code of 2017 was passed. The 2017 code criminalizes same sex relationships and punishes same sex people indulging in sexual acts with imprisonment of one year.<sup>47</sup> Sodomy is punished with imprisonment for two years.<sup>48</sup> Same sex relationships between men with no penetration is punished with imprisonment for one year.<sup>49</sup> Helping same sex people to find partners, introducing them and inciting them to commit sodomy is punished.<sup>50</sup>

## Maldives

Homosexuality is forbidden in Maldives. If the offender is a Men, he ‘could be punished with banishment for nine months to one year or with whipping of ten or thirty strokes.’ Women offenders may be detained in the house for a period of ‘nine months to one year.’

The Maldivian Penal Code is the only Penal code in South Asia which defines ‘Same Sex intercourse.’ It is defined as:

‘Insertion by a man his sexual organ or any object into the anus of another man for sexual gratification. Or the insertion into another man’s mouth the penis of a man or insertion of a woman’s organ

<sup>46</sup> Kate Clarke, “ICC rejects war crimes investigation in Afghanistan: Continuing impunity for perpetrators, no voice yet for victims” [Afghanistan Analyst Network, 13<sup>th</sup> April, (2019)] available at <https://www.afghanistan-analysts.org/en/reports/rights-freedom/icc-rejects-war-crimes-investigation-in-afghanistan-continuing-impunity-for-perpetrators-no-voice-yet-for-victims/> (last visited on 21st February, 2020)

<sup>47</sup> Section 645

<sup>48</sup> Section 646

<sup>49</sup> Section 649

<sup>50</sup> Section 650

or any object into the vagina or anus of another woman for sexual gratification.<sup>51</sup>

The punishment for same sex intercourse would include eight years of imprisonment as well as additional punishment under Sharia law which would be 100 lashes.<sup>52</sup> A person found guilty of homosexuality is punished with imprisonment for one year.<sup>53</sup> To prove the offence four witnesses are needed. Two people of the same sex are prohibited from getting married.<sup>54</sup> Supporting homosexual causes is prohibited. Those expressing their thoughts in favour of homosexuals on social media are declared as ‘apostates’ or ‘irreligious.’<sup>55</sup>

## Pakistan

Pakistan is a conservative nation sex outside marriage with women is prohibited. Pakistan recognizes marriages between people of two different sexes. 90% Men in Pakistan secretly engage in sexual relationship with other men.<sup>56</sup> The Pakistan Penal Code, 1860 was enacted by the British which punished ‘unnatural offence’ with a punishment of two years and fine. This section is used to punish men indulging in sexual activities with men.

The Hudood Ordinance was proclaimed in 1979 to bring the Penal Code in accordance with the Islamic Sharia Law. The Hu-

<sup>51</sup> Section 411(f)(2)

<sup>52</sup> Section 411 (d) Punishment of 100 lashes

<sup>53</sup> Section 411(a) (2)

<sup>54</sup> Section 411(a) (8)

<sup>55</sup> “Maldives 2019 Human Rights Report”, available at <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/02/MALDIVES-2019-HUMAN-RIGHTS-REPORT.pdf> (last visited 9th January, 2021)

<sup>56</sup> Mobeen Azar, Gay Pakistan: Where sex is available and relationships are difficult, [BBC, 26<sup>th</sup> August, 2013] (last visited 9th January, 2021)

dood ordinance prescribed punishment for offences of Zina.<sup>57</sup> Sexual Offences are now governed by the Islamic Law. ‘Unnatural lust’ is punished with imprisonment of twenty-five years, death and fine.<sup>58</sup> Married people are punished by sentencing them to death, while single people are stoned to death.<sup>59</sup> According to the Global Aids Monitoring 2018 country progress report, Pakistan submits that the third gender people in Pakistan ‘have not been criminalized nor persecuted.’<sup>60</sup>

### *b. Other States*

In India, Bhutan, Nepal there is better acceptance to homosexuality. India and Bhutan have decriminalized homosexuality.

#### Bhutan

The Penal code of Bhutan punishes acts like sodomy and other kinds of sexual conduct.<sup>61</sup> ‘Unnatural offences’ are considered ‘petty misdemeanours’ and the punishment for such offence is ‘imprisonment for one month to one year.’<sup>62</sup>

<sup>57</sup> Crimes against God

<sup>58</sup> Section 12

<sup>59</sup> “Pakistan: Information regarding Muslim law on homosexuality” available at <https://www.refworld.org/docid/3ae6ab4b8c.html#:~:text=Under%20Section%2012%20of%20the,a%20fine%20%5B...%5D> (last visited 9th January, 2021)

<sup>60</sup> “Responses to Information Requests - Immigration and Refugee Board of Canada” available at <https://www.justice.gov/file/1130661/download> (last visited 9th January, 2021)

<sup>61</sup> Article 213 ‘A defendant shall be guilty of the offence of unnatural sex, if the defendant engages on sodomy or any other sexual conduct that is against the order of nature.’

<sup>62</sup> Article 214

## Bangladesh

Bangladesh is a conservative society and discriminates homosexuals. The Bangladesh Penal Code, 1860 punishes ‘unnatural offence’ with life imprisonment. Transgender men live under constant fear of arrest.<sup>63</sup> Many young people who are in the age group of 20-25 years are arrested by the police.<sup>64</sup>

## Nepal

Nepal was the first state in South Asia to recognize rights of ‘third gender.’ The General Code<sup>65</sup> prohibited male to male and female to female relationships and declared them illegal. Such acts were punished as unnatural offence. The General Code was repealed August 17, 2018. There was considerable debate on decriminalizing ‘unnatural sexual offences.’ The Supreme Court of Nepal in *Sunil Babu Pant and Others v. Government of Nepal and Others*<sup>66</sup> recommended a committee to be set up to study the possibility of permitting same-sex marriages. The Ministry of Law refused to follow the Supreme Court judgment directive and re-criminalized ‘unnatural sexual offenses’ by passing the National Criminal Procedure (Code) Act, 2017. The Criminal Code prohibited a person from indulging in obscene act or conduct in a public place or displaying sexual organs.<sup>67</sup> Unnatural

<sup>63</sup> “Bangladesh: Transgender men fear their safety,” [Human Rights Watch, January 19<sup>th</sup>, 2018] Bangladesh: Transgender Men Fear for Their Safety

<sup>64</sup> Sahidul Hasan Khokon, “28 youngsters detained on charges of homosexuality in Bangladesh”, [India Today, 19<sup>th</sup> May, 2017] available at <https://www.indiatoday.in/india/story/28-youngsters-detained-homosexuality-bangladesh-978106-2017-05-19> (last visited on 9<sup>th</sup> January, 2021)

<sup>65</sup> Muluki Ain of 1854 Chapter 16, part No. 4

<sup>66</sup> Writ No. 917 of the Year 2064 BS (2007 AD), *translated in* NAT’L JUD. ACAD. L.J., 2008, AT 262

<sup>67</sup> Section 122

sexual intercourse in a public place is punished with an imprisonment of one year and fine.<sup>68</sup>

## India

The Indian Penal Code was used to punish ‘unnatural offence.’<sup>69</sup> Unnatural offence was punished with imprisonment for ten years and fine. This section was widely used to arrest people in same sex relationships. India did not maintain official statistics of the arrests made. In 2014 the Indian National Crime Records Bureau<sup>70</sup> started compiling data on ‘unnatural offences.’ In the year 2014, there were 774 cases registered and 587 persons were arrested.<sup>71</sup> In the year 2016 the State of Uttar Pradesh had reported 999 cases registered under Section 377 of the IPC. The state of Kerala ranked second with 207 cases being registered. Delhi registered 182 cases. In the year 2017 a total of 2187 cases were registered under Section 377. Only 10% cases are registered against consenting adults having sex under Section 377. The National crime records bureau reports that 57% kids indulge in ‘unnatural offences.’ In India children who are victims of ‘unnatural offences’ the offender is punished for offences of ‘penetrative sexual assault’ and ‘aggravated sexual assault’ under *The Protection of Children from Sexual Offences Act, 2013*.<sup>72</sup>

<sup>68</sup> Section 123

<sup>69</sup> Pakistan Penal Code (Act XLV 1860), section 377, available at <http://www.pakistani.org/pakistan/legislation/1860/actXLVof1860.html>. Also See <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/07/Khaki-v.-Rawalpindi-Supreme-Court-of-Pakistan.pdf> (last visited on 22<sup>nd</sup> February, 2020)

<sup>70</sup> Herein after referred to as (NCRB)

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> K.S. Sudhi, “U.P Tops in Cases Under Section 377”, *The Hindu*, 6<sup>th</sup> September, (2018) Available at <http://www.thehindu.com/news/national/up-tops-in-cases-under-section-377/article24885316> (last visited 3rd March, 2020)



In the year 2013 Justice J.S Verma Committee was set up to make changes to the Criminal law which led to the passing of the Criminal Law Amendment Act, 2013.<sup>73</sup> The Committee had observed that the word ‘sex’ as envisaged in Article 15 of the Constitution of India ‘includes sexual orientation.’<sup>74</sup> The Supreme Court of India has upheld a person’s right to select the desired partner in marriage. Such a right would receive the Constitutional protection under Articles 19 and 21. The Supreme Court has recognized ‘sexual orientation’ as an important right.<sup>75</sup>

**The process of decriminalizing unnatural offence led to the filing of a series of writ petitions. The Delhi High Court was the front runner to declare ‘Section 377 unconstitutional.’** The Supreme Court of India reversed the judgment of the Delhi High Court and declared ‘Section 377 as Constitutional.’<sup>76</sup> In the year 2016 the Supreme Court of India in a review petition declared ‘Section 377 unconstitutional.’<sup>77</sup>

## V. LEGAL GENDER RECOGNITION

Sri Lanka, Maldives, Bhutan, Afghanistan have not recognized ‘third genders.’ Nepal, Bangladesh, India, Pakistan have granted and are trying to implement gender recognition. India and Pakistan have special legislations and the ‘third gender’ is recognized as transgender. This implies people of third gender are citizens of a country. Their names and gender are reflected in national identity cards.

<sup>73</sup> Act No. 13 of 2013

<sup>74</sup> Justice J.S. Verma, Justice L. Seth, *et. al.* Report of the Committee on Amendments to the Criminal Law (2013).

<sup>75</sup> *K.S. Puttaswamy and Another v. Union of India*, (2017) 10 SCC 1.

<sup>76</sup> *Suresh Kumar Koushal and Another v. Naz Foundation*, (2014) 1 SCC 1

<sup>77</sup> *Supra* Note 29

There is no universal procedure which may be adopted by countries for gender recognition. Procedure varies in each country. Most states fail to provide the option of ‘third gender’ in national documents like registration of birth certificate or a national identity card. Without a legal document the third genders will not have personality rights.

In the year 2007, Nepal was the first country to grant legal recognition to the third gender<sup>78</sup> In *Sunil Babu Pant and Others v. Government of Nepal and Others*<sup>79</sup>, the Supreme Court recognized transgenders as the ‘third gender.’ The court defined third genders as ‘Persons who are born with the physical characteristics of one sex but psychologically feel and behave like members of opposite sex and are called transsexual.’ The also court recognized ‘intersexual and those born with sex organs of both male and female.’ The Court ordered the government to study all the laws which discriminate the ‘third genders.’<sup>80</sup> However, till date no such study was carried out. The Supreme Court in *Rajani Shahi v. National Women’s Commission* recognized the ‘individuals right to live with homosexuals or heterosexuals with or without solemnizing marriage.’<sup>81</sup> Same sex marriage are not yet legalized.

Nepal issues Citizenship Certificate with gender marker options like male, female, and ‘other’. Passports are issued to third

<sup>78</sup> *Supra Note 66*

<sup>79</sup> *ibid*

<sup>80</sup> “Decision of the Supreme Court on the Rights of Lesbian, Gay, Bisexual, Transsexual and Intersex (LGBTI) People”, [National Judicial Academy, 2008] available at <http://www.gaylawnet.com/laws/cases/PantvNepal.pdf> and [http://www.humandignitytrust.org/uploaded/Library/Case\\_Law/Sunil\\_Babu\\_Pant\\_and\\_others\\_v\\_Nepal\\_Government\\_and\\_others.pdf](http://www.humandignitytrust.org/uploaded/Library/Case_Law/Sunil_Babu_Pant_and_others_v_Nepal_Government_and_others.pdf) (last visited on 10<sup>th</sup> January, 2021)

<sup>81</sup> *Rajani Shah v. National Women Commission et al.*, Writ No. 069-WH-0030 1

genders with ‘O’ markers.<sup>82</sup> To obtain a citizenship certificate there is no need to undergo medical procedures.<sup>83</sup> If a trans person would like to change its gender from male to female or vice versa there are no guidelines. The person would require to undergo medical interventions and produce proof.<sup>84</sup> In Bangladesh the government recognized ‘third gender’ in the year 2013. The Ministry of social welfare conducted a survey and 10,000 people were registered as the ‘third gender’.

In Pakistan the Supreme Court in *Muhammad Aslam Khaki.v. SSP Operations Rawalpindi and others* ordered ‘Provisional governments to protect the citizenship rights of khawajasiras.’ The Court ordered the setting up of National Database Registration Authority (NADRA) to register ‘sex.’ The NADRA could issue an Identity card to a trans person only after the person appeared for a medical test. Medical procedures were to be conducted to ascertain the level of hormone in a person’s body. The hormone would determine the legal recognition of male and female. Once a person is registered, they are permitted to change their identity and name in a driving license and passport.<sup>85</sup> This caused humiliation to people of third gender and many refused to register themselves. In 2017 according to a census conducted by NA-

---

<sup>82</sup> Supreme Court of Nepal in *Dilu Dibuja v. the Ministry of Foreign Affairs*, ordered that a transgender person be given a passport that matched their citizenship certificate.

<sup>83</sup> Legal Gender Recognition: Multi-Country Legal and Policy Review in Asia, A Multi-Country Legal and Policy Review in Asia, Asia Pacific Transgender Network, UNDP, 2017 available at [https://www.undp.org/content/dam/rbap/docs/Research%20&%20Publications/hiv\\_aids/rbap-hhd-2017-legal-gender-recognition.pdf](https://www.undp.org/content/dam/rbap/docs/Research%20&%20Publications/hiv_aids/rbap-hhd-2017-legal-gender-recognition.pdf)

<sup>84</sup> Zhan Chiam Sandra Duffy Matilda González Gil, Trans Legal Mapping Report, Recognition before the law, November 2017 available at [www.ilga.org](http://www.ilga.org)

<sup>2nd</sup> Edition

<sup>85</sup> *Ibid.*

DRA in Pakistan there were only 10,418 third gendered people.<sup>86</sup> Only 18% of the third gendered population was registered.

In Pakistan The *Transgender Persons (Protection of Rights) Act, 2018*<sup>87</sup> defines ‘transgender person’ as;

‘Transgender person’ is a person who is (i) intersex (khusra) with mixture of male and female genital features or congenital ambiguities; or (ii) eunuch assigned male at birth, but undergoes genital excision or castration; or (iii) a transgender man, transgender woman, Khawaja Sira or any person whose gender identity or gender expression differs from the social norms and cultural expectations based on the sex they were assigned at the time of their birth.’<sup>88</sup>

Pakistan permits third gender persons to recognize ‘self-perceived gender identity’<sup>89</sup> before every <sup>90</sup>government department.<sup>91</sup> After successful registration the person may be permitted to change the earlier taken name and gender. ‘Gender identity’ is defined as ‘a person’s innermost and individual sense of self as male, female or a blend of both or neither that can correspond or not to the sex assigned at birth.’<sup>92</sup>

Bangladesh recognizes third gender with the ‘Other’ category option in the passport form. They must submit a birth certificate or national Identity card for verification. However these identity cards do not have a ‘third gender’ option. As a result, most of the

<sup>86</sup> Danish Hussain, “Only 18% of trans people recorded by NADRA” *The Tribune*, 18<sup>th</sup> December, 2017.

<sup>87</sup> Act No. XIU of 2018 dated May 24, 2018

<sup>88</sup> Transgender Persons (Protection of Rights) Act, 2018 See section 2(n).

<sup>89</sup> Expression of gender is defined as presentation of his gender identity and the one that is perceived by others

<sup>90</sup> Section 3(4)

<sup>91</sup> Section 3(1) Transgender Persons (Protection of Rights) Act, 2018

<sup>92</sup> See Section 2(f).

third gender end up as being recorded as ‘male’. This has created ambiguity and passport forms are rejected.

India’s Supreme Court in *National Legal Services Authority.v. Union of India* recognized a ‘third gender category’, giving transgender individuals formal recognition, legal status, and protection under the law in 2014. The Court defined transgender as; ‘Transgender is generally described as an umbrella term for persons whose gender identity, gender expression or behaviour does not conform to their biological sex. Transgenders may be persons who do not identify with their sex assigned at birth, which include Hijras/Eunuchs. They do not identify as either male or female. Hijras are not men by virtue of anatomy appearance and psychologically, they are also not women, though they are like women with no female reproduction organ and no menstruation.’<sup>93</sup>

The Law in India defines ‘transgendered person’<sup>94</sup> as:

‘A person whose gender does not match with the gender assigned to that person at birth and includes trans-man or trans-woman (whether or not such person has undergone Sex Reassignment Surgery or hormone therapy or laser therapy or such other therapy), person with intersex variations, genderqueer and person having such socio-cultural identities as kinner, hijra, aravani and jogta.’<sup>95</sup>

Socio-cultural identities of *kinner*, *hijra*, *aravani* and *jogta* are the only communities that have received statutory legal protection.<sup>96</sup> *The Transgender Persons (Protection of Rights) Act, 2019* outline the procedure for legal recognition of transgenders. The transgender person must apply to the District Magistrate

<sup>93</sup> *Ibid.*

<sup>94</sup> Transgender Persons (Protection of Rights), Act 2019 (Act No 40 of 2019) See section 2(n).

<sup>95</sup> *Ibid* See Section 2(k).

<sup>96</sup> Section 2(k) of Transgender Persons (Protection of Rights) Act, 2018.

with legal documents. The District Magistrate can issue a certificate recognizing the gender.<sup>97</sup> If the transgender undergoes a medical surgery to change its gender. If it wishes to record the ‘new changed gender’ in official documents the transgender must apply to the District Magistrate along with a certificate issued by the Medical Superintendent stating the person has undergone surgery.<sup>98</sup>

## VI. IMPLEMENTING RIGHTS OF THIRD GENDERS

People of third gender have become citizens and have a right to vote in Pakistan, India, Nepal, In Nepal the government’s Three-Year Interim Plan<sup>99</sup> has a policy to implement and include people of third gender. Bangladesh has granted them the right to inherit property. The government is trying to recruit hijras as traffic police departments. Government has introduced welfare schemes like special stipend, allowance for those hijras who are in their older age. Provide them with skill-based training to create opportunities in employment.

Transgender persons in Pakistan are guaranteed all fundamental rights under the Constitution.<sup>100</sup> Transgender persons may be grouped as ‘socially or educationally backward class’ and the Constitution of Pakistan calls for advancement of this class.<sup>101</sup> The Supreme Court of Pakistan recognized eunuchs as respectable citizens of society.<sup>102</sup> *Transgender Persons (Protec-*

<sup>97</sup> Section 4,5,6

<sup>98</sup> Section 7

<sup>99</sup> 2007 -2010

<sup>100</sup> *Ibid* See Section 16.

<sup>101</sup> Article 22(2) and Article 25 of the Constitution of Pakistan.

<sup>102</sup> *Dr. Muhammed Aslam Khaki.v. SSP (Operations) Rwp & Others*, Constitution Petition No 43 of (2009)

*tion of Rights) Act, 2018* aimed to provide for ‘protection, relief, rehabilitation and welfare’ of transgenders. The Law grants them the right to determine their heritable share in property.<sup>103</sup> The Government is obligated to construct shelter homes to house rescued transgender. To help create livelihood options government must provide vocational training. The government has yet to work on the statutory requirements. As a result, even after two years of having a law in place transgenders are still face social exclusion and are vulnerable.<sup>104</sup>

The law prohibits discrimination and unfair treatment of transgenders in educational institutions at the workplace. Arbitrary termination from employment and healthcare.<sup>105</sup> The law grants right to movement, residence and the right to purchase property<sup>106</sup>. They have been permitted the right to vote and right to hold public office.<sup>107</sup> It prohibits all kinds of harassment to transgenders outside the home. Disabled eunuchs are entitled to a right to maintenance.<sup>108</sup>

In India the statutory law prohibits discrimination in educational institutions, employment and providing of medical healthcare facilities.<sup>109</sup> Government is assigned the task of implementing welfare measures. India has set up Boards in different states to address the issues of the ‘third gender’ and provide them with developmental schemes. Government of West Bengal

---

<sup>103</sup> Section 7

<sup>104</sup> “Social inclusion of vulnerable transgenders in times of COVID-19;” United Nations, 9th December, 2020 available at <https://pakistan.un.org/en/104298-social-inclusion-vulnerable-transgenders-times-covid-19> (last visited 9th January, 2021)

<sup>105</sup> Section 4

<sup>106</sup> Section 15

<sup>107</sup> Section 10, 11

<sup>108</sup> Herein after referred to NADRA.

<sup>109</sup> Section 3

was proactive and has constituted the ‘West Bengal Transgender Development Board under the aegis of Department of Women and Child Development and Social Welfare, in July 2015’.<sup>110</sup> The Board has a Grievance Redressal Sub Committee to address grievance received.<sup>111</sup> The Board is not currently active. The state of Tamil Nadu, has included the ‘third gender’ category in ration cards. Government passed orders enabling transgenders to avail education and counselling services. Tamil Nadu’s social welfare department constituted a ‘welfare board for transgender people.’ Maharashtra has also ‘set up a welfare board for transgender persons.’ This Board also set up a ‘cultural institute’ for them. Kerala, Andhra Pradesh, Maharashtra, Manipur, Rajasthan and Chandigarh have transgender welfare boards transgender development boards.

One may stop to ponder and raise a question have rights finally been achieved? A natural person will never worry about being identified in a legal document. Every person must have a correct name and identified on the basis of ‘sex’ in a legal document. For people of third gender recognition in a legal document is a distant dream. Their name and sex details do not match their gender identity or expression. This creates an environment of discrimination and abuse.

Most countries do not have gender recognition laws and policies in place. Children are prohibited from applying for legal documents and are left unrecognized. This raises confusion about

---

<sup>110</sup> The Cabinet approval was obtained on 18th March 2015 for constitution of West Bengal Transgender Development Board and WBTGDB was notified vide notification No. 1726 I SW I 4S - 54 I MOS/ WCDSW / 14, dated 17.04.2015.

<sup>111</sup> Govt. of West Bengal, Department of Women & Child Development and Social Welfare available at [http://wbcdwds.wb.gov.in/User/wings\\_wbtdb](http://wbcdwds.wb.gov.in/User/wings_wbtdb) (last visited on 4th May, 2020)



their gender when they grow up into adults. Third gender people face difficulties in obtaining legal documents. Procedures for recognition of gender is not transparent and accessible. They involve a long waiting period.

Doctors adopt harsh *medical procedures like sterilization, castration and hormonal therapy*. These methods are used for legal recognition of gender.<sup>112</sup> In most cases these procedures are forcibly performed.’ Without an identity they are denied education, medical services, housing services and may even be displaced and remain unrecognized in times of disasters.

## VII CONCLUSIONS

Countries which recognize the third gender do not really identify and refer to them as the ‘third gender category.’ A person may legally recognize as a ‘third gender’ by mere identifying with that gender. This is not sufficient. Those who cannot identify themselves but believe they are third genders there is need for determination of their gender. Standard operating procedures must be in place for someone who needs to ascertain their gender. Some countries require the trans-persons to perform sex reassignment surgery or take hormones to fit in an assigned gender. This may cause hardships and also give rise to misuse of medical procedures. A person genuinely wanting to change gender may not know the available options or may not have resources. Some may end up taking a hasty decision and may later wish to reconsider. The term ‘transgender’ is ambi-

---

<sup>112</sup> Daphna Stroumsa, “The State of Transgender Health Care: Policy, Law, and Medical Frameworks” *American Journal of Public Health* (March 2014) available at <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3953767/> (last visited on 22<sup>nd</sup> February, 2020)

guous. The law is not clear whether it will apply to people who are ‘gay, lesbian and bisexual.’

Decriminalizing sexual acts between people of same sex is only one step towards recognition of third gender as a separate category. The next step would be for most countries to legalize same sex marriages. Citizenship rights and voting rights have been granted but there is need for affirmative and supportive policies. Most of all there is an urgent need to create public awareness and bring third gender rights in school curriculum. This will help change societal attitude and mindsets to bring about social acceptance of the third gender.

States must study all the laws in force in each country and do away with discriminatory laws towards the third gender. It is pertinent for India and Pakistan to conduct this exercise since these two countries have already passed suitable legislations for them. The two countries prohibit harassment must in reality the statutory enactment is not sufficient. Third genders face constant harassment at home, work, and in the society. Constant monitoring of the policies is required. Third genders must be provided representation in Parliament this will enable their voices to be heard in law making and policies.