

DERECHOS HUMANOS

50 años de la firma
del Pacto de San José

Carlos Eduardo Saraza Gómez
(Compilador)

AREANDINA
Fundación Universitaria del Área Andina

Fundación Universitaria del Área Andina / compilador

Derechos humanos : 50 años de la firma del Pacto de San José -- /
compilador Fundación Universitaria del Área Andina – Bogotá : Fundación Uni-
versitaria del Área Andina, 2020.

ISBN (digital): 978-958-5139-17-6
209 páginas: gráficos, tablas; 27 cm.
Incluye índice

1. Derechos humanos - Aspectos antropológicos. – 2. Derechos civiles. –
3. Derecho de interés público.

Catalogación en la fuente Biblioteca Fundación Universitaria del Área Andina
(Bogotá)

323.3 – scdd22

Derechos Humanos. 50 años de la firma del Pacto de San José

© Fundación Universitaria del Área Andina.
Bogotá, noviembre de 2020
© Carlos Eduardo Saraza Gómez, Juan Camilo
Rave Restrepo, Joaquín Andrés Gallego Marín,
Andrés Fernando Mejía Restrepo, Jimena
Cardona Cuervo, Alejandro Guzmán Rendón,
Catherine Pérez Martínez, Cynthia Martínez
Avelar, Astrid Milena Calderón Cárdenas, Jimmy
Alberto Valarezo Román, César Steber Andrade
Córdoba, Bismarck Andrade Córdoba

Fundación Universitaria del Área Andina

Calle 70 No. 12-55, Bogotá, Colombia
Tel: +57 (1) 7424218 Ext. 1231
Correo electrónico:
publicaciones@areandina.edu.co

Dirección editorial:

Omar Eduardo Peña Reina

Coordinación editorial:

Camilo Andrés Cuéllar Mejía

Diseño de carátula:

Juan Sebastián Patiño Cadavid
jpatino38@estudiantes.areandina.edu.co

Corrección de estilo, concepto gráfico, diseño, composición e impresión:

Xpress Estudio Gráfico y Digital



Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra y su tratamiento o transmisión por cualquier medio o método sin autorización escrita de la Fundación Universitaria del Área Andina y sus autores.

ISBN (digital): 978-958-5139-17-6

Bandera institucional

Miembros Fundadores	Pablo Oliveros Marmolejo † Gustavo Eastman Vélez
Presidente del Consejo Superior y Asamblea General	Diego Molano Vega
Rector Nacional Representante Legal	José Leonardo Valencia Molano
Vicerrectora Nacional Académica	Martha Patricia Castellanos Saavedra
Vicerrectora Nacional de Experiencia Areandina	Ana Karina Marín Quirós
Vicerrectora Nacional de Planeación y Calidad	María José Orozco Amaya
Vicerrectora Nacional de Crecimiento y Desarrollo	Darlu Escorcía Saumet
Vicerrectora Nacional Administración y Financiera	Erika Milena Ramírez Sánchez
Vicerrectora Nacional de Tecnología y Sistemas de Información	Leonardo Sánchez Acuña
Rector - Seccional Pereira	Felipe Baena Botero
Rectora - Sede Valledupar	Gelca Patricia Gutiérrez Barranco
Secretaria General	María Angélica Pacheco Chica
Director Nacional de Investigaciones	Omar Eduardo Peña Reina
Decano Facultad de Derecho	Luis Alfonso Lizcano Higuera
Director programa de Derecho, seccional Pereira	Germán Darío Isaza Cardozo
Subdirector Nacional de Publicaciones	Camilo Andrés Cuéllar Mejía

Contenido

7 

Tabla de siglas y abreviaturas

9 

Presentación

VIVIANA KATHERINE USGAME PEÑA

18 

Capítulo I. Posmodernidad:
¿Apogeo o decadencia de los derechos humanos?

CARLOS EDUARDO SARAZA GÓMEZ

34 

Capítulo II. Capacidades, derechos
y políticas públicas locales dirigidas
a los sectores sociales LGBTI

JUAN CAMILO RAVE RESTREPO

66 

Capítulo III. Derechos humanos:
paradoja funcional de relaciones
individuo/derecho

JOAQUÍN ANDRÉS GALLEGO MARÍN

91 

Capítulo IV. Creación jurisprudencial de reglas y su
flexibilidad: la prohibición de normas de amnistía a
la luz de los Acuerdos de Paz en Colombia

ANDRÉS FERNANDO MEJÍA RESTREPO



113

Capítulo V. Los Derechos Humanos como derechos de los animales: caso Política Pública de Protección y Bienestar Animal en Colombia

JIMENA CARDONA CUERVO

ALEJANDRO GUZMÁN RENDÓ



134

Capítulo VI. Protección de los derechos de niños y niñas con madres privadas de la libertad en convenios internacionales: comparación Colombia y México

CATHERINE PÉREZ MARTÍNEZ

CYNTHIA MARTÍNEZ AVELAR

ASTRID MILENA CALDERÓN CÁRDENAS



171

Capítulo VII. Margen nacional de apreciación: ¿Existe justificación?

JIMMY ALBERTO VALAREZO ROMÁN



189

Capítulo VIII. El fallo "Simón" versus paradigmas positivistas y postpositivistas

CÉSAR STEBER ANDRADE CÓRDOBA

BISMARCK ANDRADE CÓRDOBA

Contenido

Tabla de siglas y abreviaturas

Antes de Cristo	a.C.
Comisión Interamericana de Derechos Humanos	CIDH
Consejo Nacional de Política Económica y Social	CONPES
Convención Americana sobre Derechos Humanos	CADH
Convenio Europeo de Derechos Humanos	CEDH
Corte Interamericana de Derechos Humanos	CORTE IDH
Derechos Humanos	DD. HH
Después de Cristo	d.C.
Enfoque de Derechos	ED
Enfoque de las capacidades	EC
Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo	FARC-EP
Índice de Capacidad Administrativa de Garantías de Derechos	ICAGD
Índice de Capacidad Administrativa de Políticas Públicas	CADH
Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales, Intersexuales	LGBTI

Tabla de siglas y abreviaturas

Non-normative sexual orientations and gender identities	NNSOGI
Obediencia Debida	OD
Organización de las Naciones Unidas	ONU
Organización de los Estados Americanos	OEA
Organización Internacional para las Migraciones	OIM
Orientaciones sexuales e identidades de género no normativas	OSEIGNN
Políticas públicas sobre orientaciones sexuales e identidades de género no normativas	PPOSIGNN
Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo	PNUD
Punto Final	PF
Salario Mínimo Legal Vigente	SMLV
Sectores Sociales LGBTI	SSLGBTI
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	TEDH
United Nations International Children's Emergency Fund	UNICEF

Presentación

Viviana Katherine Usgame Peña¹

Los derechos humanos han sido vulnerados a través del tiempo y los conflictos armados se han presentado como una constante en la historia de los pueblos. Sin embargo, el genocidio ocurrido en la Segunda Guerra Mundial (1939 –1945) evidenció que el ejercicio del poder público constituye una actividad peligrosa para la dignidad humana, de modo que su control no debe dejarse a cargo, sino que deben constituirse instancias internacionales para su protección (Nikken, 1994, p. 31).

Las funestas consecuencias de este conflicto bélico otorgaron una especial relevancia a las normas establecidas para disminuir los efectos de la guerra y permitieron fortalecer el Derecho Internacional Humanitario, a través de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949²; los tres protocolos adicionales (dos de 1977³ y uno de 2005⁴); la Convención de la Haya y la Convención sobre Armas químicas, entre otras normas creadas para limitar el uso de armas de guerra por los Estados y evitar el sufrimiento humano.

Si bien, antes de la Segunda Guerra Mundial existían regulaciones sobre la protección de los derechos humanos, solo con posterioridad adquirieron la relevancia universal y su protección internacional, que se le atribuye al Derecho Internacional Humanitario⁵, aunque es en la

1 Abogada, Especialista en Didáctica para la Docencia Virtual, Magíster en Administración de Empresas —MBA—, Magíster en Derecho Administrativo.

2 Protección durante la guerra, a los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; II Protección durante la guerra, a los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; III Aplica a los prisioneros de guerra; IV Protege a las personas civiles, incluso en los territorios ocupados

3 I Conflictos internacionales; II Conflictos no internacionales

4 Emblema distintivo “cristal rojo”

5 El DIH se aplica en los casos de conflicto armados, busca limitar sus efectos de la guerra por razones humanitarias.

Carta de las Naciones Unidas⁶ firmada el 16 de junio de 1945 cuando por primera vez se habla de “derechos humanos” y su reconocimiento.

En 1947 se crea la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, su objetivo se enmarcó en inspección e investigación en casos de vulneración de los derechos humanos y la asesoría relativa a la garantía de estos. En 1948 se marca un hito en la historia de los derechos humanos, ya que se adopta la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁷, que definió los derechos universalmente protegidos. En la misma anualidad, bajo la presidencia del conservador Mariano Ospina Pérez, se firma la Carta de la Organización de Estados Americanos —OEA, también llamada Carta de Bogotá, la cual entró en vigencia en 1951 en el gobierno del también conservador Laureano Gómez. Este tratado crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), órgano consultivo que posteriormente se integra al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Continuando con el breve recuento histórico normativo de los derechos humanos, en noviembre de 1969 se expide la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). En su preámbulo reconoce que todos los seres humanos, por el hecho de su existencia, son titulares de derechos esenciales y gozan de protección internacional, por lo que el derecho interno de los Estados Partes debe garantizar su respeto, cumplimiento y restablecerlos en caso de vulneración.

Colombia, bajo la presidencia del liberal Carlos Lleras Restrepo⁸ y la reforma constitucional de 1968 que pretendía promover el ejercicio libre de la democracia y poner fin a la coalición política pactada entre los partidos liberal y conservador⁹, firma la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) el 22 de noviembre de 1969. Algunos años después, el 28 de mayo de 1973, la ratifica mediante la Ley 16 del 30 de diciembre de 1972 bajo el Gobierno del conservador Misael Pastrana. Luego, el 21 de junio de 1985, el presidente conservador Belisario Betancur reconoce

6 El preámbulo de la Carta de Naciones Unidas hace referencia a los crímenes y vulneraciones de derechos cometidos en la guerra.

7 El preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, también justifica su surgimiento en los crímenes de lesa humanidad cometidos en la Segunda Guerra mundial y otros actos que atentaron contra la misma humanidad.

8 Bajo el gobierno de Carlos Lleras Restrepo se creó en 1966 el departamento de Risaralda.

9 Se le llamó Frente Nacional y fue legitimado mediante el plebiscito de 1957.

la competencia indefinidamente de la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), en aquellos casos que requieran intervención para la interpretación o aplicación de la Convención.

Desde su ratificación y depósito, en Colombia se han presentado varios sucesos que han impactado los derechos humanos, aunados a las condiciones sociales, económicas y políticas que han agudizado la crisis originada por la violación sistemática de los derechos humanos fundamentales, tales como: la violencia, el narcotráfico, la corrupción, el secuestro, la reconfiguración de grupos al margen de la ley; lo que generó que en 1990 en el Gobierno del liberal César Gaviria se gestara la reforma constitucional de 1991 hasta hoy vigente.

La Constitución de 1991 introdujo modificaciones sustanciales entre las que se destaca la declaratoria de Estado Social de Derecho, dejando atrás el Estado de Derecho establecido por la Constitución de 1886; la creación de la Corte Constitucional y el reconocimiento del ser humano como centro de la estructura jurídica, en la que el Estado debe velar por cumplir sus fines esenciales para el bienestar de los administrados y la satisfacción de sus necesidades básicas. En este orden de ideas, los derechos humanos se constituyen como una fuente de obligaciones para las autoridades públicas en lo concerniente a su protección, garantía y restablecimiento.

Han transcurrido 34 años desde el reconocimiento de la competencia de la Corte IDH y 29 años desde la declaratoria como Estado Social de Derecho de Colombia, lapso en el que el órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha pronunciado en 38 casos sobre la responsabilidad del Estado Colombiano por la vulneración de los derechos humanos, así:

T A B L A 1
Número de casos fallados por año

AÑO	Casos contenciosos
1994	1
1995	1
1996	0
1997	1
1998	0
1999	0

2000	1
2001	1
2002	2
2003	0
2004	1
2005	3
2006	3
2007	2
2008	3
2009	1
2010	1
2011	0
2012	2
2013	2
2014	1
2015	0
2016	3
2017	2
2018	6
2019	1
Total	38

Fuente: Elaboración propia con datos extraídos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los investigadores del Grupo de Estudios e Investigación Jurídica y Socio Jurídica GEIS, coherentes con los propósitos de formación del programa de Derecho de la Seccional Pereira, se plantearon en el año 2018¹⁰ el reto de analizar la incidencia del contenido jurídico de algunos derechos de la CADH en 32 de los fallos de la Corte IDH contra el Estado Colombiano y los resultados frente al grado de apropiación de dichos fallos¹¹ por los tribunales internos de cierre. Además, con la participación de expertos nacionales e internacionales se construyó el texto que presenta una

10 Proyecto de Investigación denominado *Estudio sobre el acatamiento de los estándares internacionales fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias emitidas contra Colombia, por parte de los Tribunales de cierre nacionales*, liderado por el profesor Carlos Eduardo Saraza Gómez.

11 Para mayor información consultar el libro “Discusiones Contemporáneas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su referenciación en el orden jurídico interno de Colombia Tomo I”.

perspectiva ampliada de los derechos humanos, en temas como: derechos humanos y empresa; modelo de gestión y diseño de políticas públicas territoriales y análisis sobre las tensiones generadas por comisiones de la verdad en un contexto de pos-acuerdo y el estudio sobre la efectividad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos¹².

Reconociendo el papel estratégico que cumplen las regiones en el restablecimiento de los derechos, el pasado 28 y 29 de noviembre de 2019 se llevó a cabo el I Congreso Internacional de Derechos Humanos en “Conmemoración de los 50 años del Pacto de San José”, cuyo objetivo se centró en generar espacios de reflexión, socialización y discusión sobre los avances que en materia de derechos humanos han sido desarrollados por la academia, por el sector público y, claro está, por los movimientos y organizaciones sociales de la región. El resultado de este escenario es el generador de la presente publicación que recoge la participación de los ponentes.

En este orden de ideas, ahora el gran desafío se centra en recorrer y relatar de manera sucinta los temas e indagaciones teóricas y conceptuales que se encontrarán en este libro, de tal manera que se puedan predecir las conclusiones o disertaciones que en cada capítulo se plasman.

Para empezar, es importante pensar si alguna vez se consideró que la construcción de la categoría derechos humanos es resultado de un mito. Lo cautivador del capítulo presentado por Carlos Saraza estriba en el enlace entre la construcción mítica de esta categoría, desde una perspectiva sociológica, y su desarrollo histórico, el cual desemboca en la reflexión sobre si la posmodernidad es el apogeo o la decadencia de los derechos humanos.

En el segundo capítulo Juan Camilo Rave parte de la interpretación de las políticas públicas sobre orientaciones sexuales e identidades de género no normativas (PPOSIGNN) en el municipio de Pereira, con base en los resultados del estudio del Ministerio del Interior sobre Índice de la Capacidad Administrativa y Política Pública (ICAPP), lo anterior desde una óptica de Enfoque de Derechos (ED) y Enfoque de Capacidades (EC).

.....
12 Ibídem., Tomo II

Ahora bien, el enfoque de derechos parte del marco normativo del derecho internacional sobre derechos humanos como faro para la formulación y evaluación de políticas y estrategias; el profesor Víctor Abramovich (2006) afirma que:

Uno de los principales aportes de este enfoque es dotar a las estrategias de desarrollo de un marco conceptual explícito, del cual puedan inferirse elementos valiosos para reflexionar sobre los diversos componentes de esa estrategia: los mecanismos de responsabilidad, la igualdad y la no discriminación, la participación y el otorgamiento de poder a los sectores postergados y excluidos. Ese marco conceptual podría contribuir además a definir con mayor precisión las obligaciones de los Estados frente a los principales derechos humanos involucrados en una estrategia de desarrollo, tanto económicos, sociales y culturales como civiles y políticos. (Abramovich, 2006, p. 36)

Prosigue el autor con el abordaje teórico del enfoque de capacidades de Nussbaum y bajo esta teoría soporta el diálogo entre el ED y EC. Finaliza con el estudio de caso y los resultados frente a la capacidad administrativa del municipio en la garantía y goce efectivo en el ejercicio de los derechos humanos para las personas de los sectores sociales LGBTI.

El capítulo de Joaquín Andrés Gallego Marín en su inicio presenta dos visiones que permiten comprender de manera ampliada el discurso de los DD. HH., la primera consistente en la apropiación cognoscitiva de las personas sobre estos derechos y lo paradójico que resulta que al momento de su garantía estos sean transgredidos. La segunda estriba en el sentido que le otorga a este discurso las características representativas de la sociedad, desde una perspectiva interdisciplinar. El autor traza reflexiones de los DD. HH. desde la teoría de los sistemas sociales y plantea un desarrollo metodológico y teórico a lo funcional.

En el siguiente capítulo, Andrés Fernando Mejía reflexiona sobre la prohibición de la creación de normas de amnistía de la Corte IDH, a la luz de los Acuerdos de Paz suscritos por Colombia. Parte de los pronunciamientos de este órgano relacionados con dicha negativa, fundamentada por considerar que es violatoria de las garantías, derechos y libertades consagradas en el Derecho Internacional, continúa el autor relacionando sentencias de la Corte Constitucional referidas a los Acuerdos de Paz y la figura de amnistía.

De otra parte, el capítulo quinto deja ver que el avance de la sociedad ha traído consigo la definición de nuevos sujetos de especial protección. Es ese, precisamente,

el objeto de la investigación de Jimena Cardona y Alejandro Guzmán, quienes parten de un encuadre histórico de los derechos humanos con enfoque antropocéntrico hasta las nuevas batallas de la modernidad, que le otorgan una categoría especial a la naturaleza y en particular a los seres sintientes. Esta condición ha sido respaldada conceptual, normativa y jurisprudencialmente. Concluyen los autores con reflexiones sobre la aplicación de los derechos humanos a los seres sintientes y un llamado para aunar esfuerzos entre las instituciones, la sociedad civil y el sector productivo, con el fin de garantizar la protección de los derechos de los animales.

Continúa el texto con el capítulo de Catherine Pérez, Cynthia Martínez y Astrid Milena Calderón. Las autoras se enfocan en un nuevo grupo de sujetos de especial protección “niños y niñas”, que, para el caso en particular, cohabitan con madres privadas de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios. Las coautoras, a través de la metodología de derecho comparado, presentan las principales similitudes y diferencias entre el ordenamiento jurídico colombiano y mexicano, para finalizar con las discusiones sobre las ausencias y los retos normativos que garanticen la protección de los derechos de la infancia.

El siguiente capítulo examina la doctrina del Margen Nacional de Apreciación gestada en el derecho internacional. El autor Jimmy Valarezo Román buscó advertir la influencia de esta doctrina en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos SIPDH. Inicia con un recuento histórico desde la génesis de esta teoría, continúa con el análisis de los pronunciamientos de la Corte IDH al respecto, para, posteriormente, plantear algunas discusiones sobre el reconocimiento de la doctrina y la interpretación de la norma internacional.

Finaliza este recorrido con el análisis del Fallo “Simón” (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina) por tratarse de una decisión trascendental que declaró la inconstitucionalidad de dos leyes: punto final¹³ y obediencia debida¹⁴. Los autores César Steber Andrade y Bismarck Andrade analizan la decisión de la Corte desde una óptica postpositivista que permitió resignificar los derechos humanos en Argentina.

Como ha quedado visto, aunque la Convención Americana de derechos humanos fue suscrita hace 50 años, los derechos y libertades allí reconocidos siguen siendo

.....
13 Ley 23 492 promulgada el 24 de diciembre de 1896 y derogada en 1998.

14 Ley N.º 23 521 promulgada el 8 de junio de 1987 y derogada el 12 de agosto de 2003.

vulnerados por los Estados. Entender cómo garantizar estos derechos en la cuarta Revolución Industrial representa un reto de mayor envergadura para los defensores y promotores de los derechos humanos, para la sociedad civil, para las entidades tanto estatales como privadas y, por supuesto, para la academia.

En este sentido, Areandina ha resignificado la formación desde el ser, el hacer, el conocer y el convivir, al entender que, en una sociedad mediada por la automatización, los datos y la inteligencia artificial, se debe priorizar el ser humano como actor responsable en la construcción de una sociedad. El programa de Derecho no ha sido ajeno a este nuevo enfoque académico, razón por la cual se ha entendido que el aprendizaje de los derechos humanos no puede acotarse a una asignatura dentro un plan de estudios, por el contrario, debe responder a la integración de estos en todas las áreas del derecho como un eje transversal, lo que significa un gran reto para la educación.

Este panorama pareciera ser más una distopía que se alimenta, en parte, de los avances de la ciencia, la globalización, la tecnología, entre otros fenómenos, y que dirigen a un cataclismo tal y como se deduce del artículo del nobel de literatura Gabriel García Márquez¹⁵, todos somos llamados a fomentar una cultura de educación y paz y a trabajar por la construcción de una humanidad que se preocupe más por mejorar la vida, que por destruirse a sí misma.

Referencias

Abramovich, V. (2006). *Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo*. Revista de la CEPAL.

Ballesteros, J. (2003). *¿Derechos?, ¿humanos?*. Consultado el 28 de abril de 2020. https://dun.unav.edu/bitstream/10171/14282/1/PD_48_02.pdf.

Comité Internacional de la Cruz Roja. (Julio de 2004). *¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario?*. Obtenido de Cruz Roja: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&ved=2ahUKEwj48j7krDpAhVtZN8KHcE_CEMQFjAJegQIARA-

.....
15 A propósito de cataclismo, leer el artículo de Gabriel García Márquez publicado en el Diario El País, titulado El cataclismo de Damocles (1986).

B&url=https%3A%2F%2Fwww.icrc.org%2Fes%2Fdownload%2Ffile%2F3648%2Fdih.es_.pdf&usg=AOvVaw2OrGIH127SFSbzxmeEt4Un

Humanos, D. (1948). *Declaración Universal de los Derechos humanos*. Consultado el 2 de mayo de 2020. <http://www.un.org>.

Naciones Unidas (s.f). Carta de las Naciones Unidas. Consultado el 28 de abril de 2020. <https://www.un.org/es/charter-united-nations/>

Nikken, P. (1994). *El concepto de derechos humanos*. IIDH (ed.), Estudios Básicos de Derechos Humanos, San José, I, 15-37.

Capítulo I

Posmodernidad: ¿Apogeo o decadencia de los derechos humanos?

Carlos Eduardo Saraza Gómez¹

Fundación Universitaria del Área Andina - Colombia

¹Abogado, Especialista en Derechos Humanos, Magíster en Derecho de la Universidad de Manizales. Subdirector de Investigaciones de la Fundación Universitaria del Área Andina. Investigador adscrito al Grupo GEIS. Correo electrónico: cesaraza@areandina.edu.co.

Resumen

Este artículo pretende ubicar a los derechos humanos, en tanto categoría jurídica y sociológica, como una construcción mítica de la especie que tiene lugar en diversas etapas históricas y que logra su consolidación en la Edad Contemporánea. A su vez, adscribe el mito de los DD. HH. y los ritos que le son propios, al movimiento posmoderno. Desde allí, realiza un análisis en torno a las ideas de decadencia y apogeo de aquellos derechos y la relación de estas con el momento temporal y el movimiento en que se universalizaron.

Palabras clave:

Derechos Humanos, mitos, modernidad, posmodernidad, ritos.

Introducción

El presente escrito parte de la idea que las sociedades humanas, tal como se encuentran concebidas en la actualidad, están soportadas por la creación y puesta en marcha de mitos (*mýthos*) y ritos (*ritus*) como invenciones del hombre² en su condición de ser social y político. Aquellas ficciones se soportan en el constructo de elementos sustanciales y operativos que permiten su difusión entre redes de personas y su conservación en el tiempo, lo cual se traduce en conciencia colectiva, efectividad y credibilidad. Desde esa perspectiva, se plantea que los derechos humanos (DD. HH.) como categoría jurídica y sociológica, hacen parte de la entramada red de mitos que el ser humano ha creado para procurar su existencia, permanencia y hasta su supervivencia en el mundo, pero también para facilitar el relacionamiento entre personas y entidades socio-políticas que, por obvias razones, presentan diferencias culturales, económicas, ideológicas y filosóficas, entre muchas otras. Dicho de una manera más simple, la mitología de los derechos humanos permite unir a los seres humanos y agruparlos en causas comunes, a pesar de sus diferencias axiales, para evitar su extinción.

La intencionalidad del texto es rastrear el origen del mito de los derechos humanos, identificar su evolución y su estado actual para, a partir de allí, formular un planteamiento que deleve si la época en que se desarrolla la posmodernidad sirve para la consolidación de esta idea fundante o si, por el contrario, la llevará a su decadencia. Para lograr el cometido se deberá, por razones evidentes, determinar si en realidad la categoría “posmodernidad” existe como elemento temporal, si hace referencia a una visión del ocaso de la modernidad que tuvo su génesis en el siglo XV o si, por el contrario, es nada más un elemento o movimiento que hace parte de un momento histórico determinado. Por último, el texto planteará un conato de conclusiones que le permitirán al autor tomar postura respecto de lo esbozado teóricamente y, lo más importante, darán pie a la apertura del debate sobre las ideas trazadas.

.....

2 Sea pertinente anotar que este texto se construyó con conciencia de la utilización inclusiva del lenguaje, sin embargo, en algunos apartados resulta pertinente el uso de expresiones genéricas que no pretenden invisibilizar o discriminar a ningún género y más bien propenden a la facilidad de lectura.

Mýthos, ritus y realidad humana

Desde el momento en que la especie humana dio el salto evolutivo que conllevó la conversión de Homo de Neandertal a Homo Sapiens (Weidenreich, 1943, p. 2), se vio enfrentada a distintas realidades que traía consigo esta nueva condición. El hecho de haber adquirido conciencia y capacidad de razonamiento implicó la concepción paulatina de herramientas, métodos, sistemas y tecnologías para expresar los pensamientos, cada vez más complejos, que elaboraba.

De esa manera, en la medida en que avanzó el pensamiento humano, progresaron también sus formas de articularlo. De allí que el lenguaje oral, la música, la escritura, los cálculos matemáticos, la idea de sociedad, la cultura, el concepto de Estado y, en general todas las expresiones de inteligencia humana que actualmente se conocen — lenguaje humano en sentido amplio— se deban a dicho salto genético que implica para Chomsky, citado por Lombraña, “una capacidad autónoma de la mente, independiente de cualquier conexión con las cosas en el mundo externo” (Lombraña, 2008, p. 225).

Adicional a dicha capacidad mental, al ser humano se le atribuyen dos características inherentes a su naturaleza que se conjugan para crear un sujeto capaz de convivir con otros y de generar estructuras organizativas que le permiten mantener cierto orden o balance y hacer proyecciones de vida hacia el futuro³, además de su condición de ser social y de ser político. Estos dos rasgos distintivos del ser humano se conjugan con su capacidad lúdica y el poder que tiene para conservar y transformar el orden social para convertirlo en lo que Aristóteles denominó el *zoon politikon*⁴ (Gintis et al., 2019, p. 17).

Pues bien, este animal social y político que constituye al ser humano se ha valido de diversos recursos para hacer crecer y mantener en orden sus estructuras orgánicas desde las primitivas hordas, pasando por las tribus, los clanes y demás formas de alineación social existentes, incluyendo las actuales “sociedades diversas, sustentables y organizadas” (Sinopoli y Ibáñez, 2016, p.1).

3 Futuro entendido en el contexto del concepto de tiempo lineal, es decir, lo que ocurrirá después de un momento determinado.

4 *These forces added a unique political dimension to human social life which, through geneculture coevolution, became Homo ludens —Man, the game player— with the power to conserve and transform the social order. Homo sapiens became, in the words of Aristotle’s Nicomachean Ethics, a zoon politikon*

El primer recurso al que acude el ser humano es el uso de la fuerza. El hombre tiene trazas genéticas que le muestran de manera instintiva que el poderío físico o la capacidad de subyugar por cualquier medio a sus congéneres, le darán ventajas políticas y sociales sobre aquellos. Sin embargo, a medida que las sociedades crecieron en número, se tornó casi imposible para una sola persona imponerse sobre una pluralidad solamente acudiendo a su fortaleza física, razón por la que esta táctica tuvo que ser replanteada (no olvidada). Lo anterior, aunado a la necesidad latente de explicarse diversos fenómenos naturales como la vida, la muerte, el trueno, la lluvia, las sequías, entre otros, llevó al ser humano a activar su segundo recurso: la creación de mitos y ritos.

Los mitos son relatos que crea el ser humano para contar historias que pretende instalar en el colectivo social, para explicar o justificar un fenómeno específico. Dicho en otras palabras, el mito tiene la función de contar cómo “una realidad ha venido a la existencia, sea esta la realidad total, el Cosmos, o solamente un fragmento: una isla, una especie vegetal, un comportamiento humano, una institución. Es, pues, siempre el relato de una creación: se narra cómo algo ha sido producido, ha comenzado a ser” (Eliade, 2003, p. 1). Bajo esta égida, el hombre protege sus creencias, las transmite, las posterga y, en ocasiones, las inmortaliza.

Pero la narración mítica no es suficiente para cumplir tales cometidos; se requiere que un conjunto de individuos (el número dependerá del poder del mito y sus alcances), se identifique con ella. Luego, es necesaria la existencia de acciones que permitan la reiteración del mito por parte de todos los elementos que integran un determinado colectivo social para que este realmente se emplace en el consciente colectivo y permanezca allí; pero también para que se materialicen los elementos mandatorios, persuasivos o de coerción con los que pretende imbuir.

Es en este escenario en el que cobra importancia la concepción del rito, entendido como una

Expresión universal cultural en el sentido de que de una u otra forma se encuentra en todas las culturas [que] refracta además, dimensiones humanas biológicas, evolutivas, sociales y culturales [y que] es inseparable de momentos importantes en el ciclo de la vida [...] o el drama del ser orgánico. (Tolosana, 2012, pp. 22-23)

Lo anterior se traduce en las acciones prácticas que desarrolla el ser humano para materializar un mito determinado. Haciendo una analogía de ello con la disciplina del derecho, podría decirse que una norma de orden sustancial es un mito que confiere derechos o establece obligaciones y que las normas procedimentales para hacer efectivos tales derechos u obligaciones, son los ritos.

Puede argumentarse, entonces, que el mito tiene un carácter “precedente y normativo” (Campos, 2004, p. 2) y que el rito tiene una función operativa respecto de aquel, que se traduce en darle un significado práctico; en descenderlo de lo abstracto para la mayor comprensión, asunción y aprehensión por parte de la colectividad, pues llevarlo al plano empírico de manera reiterada presupone la inserción en la cotidianidad cultural y en las creencias de aquella. En últimas, la utilidad del rito se concreta en que este “significa, vehicula sentido” (Tolosana, 2012, p. 23) al mito.

En el contexto planteado resulta diáfano que las religiones, los Estados, la academia, la ciencia, son, entre otros, ejemplos claros de construcciones míticas como se pasa a exponer: Las religiones crean seres sobrenaturales que dotan de sentido la existencia del mundo y de sus habitantes; así mismo, imprimen significación a la vida y la muerte como fenómenos generalizados y alineados con el propósito específico de las creencias religiosas. Luego de creado el mito, este se consigna en un instrumento guía para su difusión. Ya sea mediante tablas de piedra talladas, jeroglíficos cincelados en bloques de roca, pinturas plasmadas en paredes de cuevas ancestrales o simplemente libros sagrados escritos por profetas que representan a las deidades superiores, se fraguan los principios sustanciales (precedentes normativos) de la religión. Llámese Corán, Dasam Granth, Bhagavad-Gita o Libro de Mormón, estos textos tienen la intencionalidad de generar las bases fundacionales del mito específico y aspiran a que se difunda en una comunidad determinada. A partir de ellos se empieza a gestar el proceso creativo de los ritos y rituales que promulgarán y proliferarán el mito en el escenario social, tales como misas, sacrificios, oraciones, símbolos, etcétera, que sirven para incentivar a los creyentes, pero también para captar nuevos adeptos.

La misma dinámica ocurre con el Estado. Primero se generó la idea de ciudades estado en la antigua Grecia, que posteriormente evolucionó al concepto *lo Stato*⁵

5 “Procure, pues, un príncipe conservar y mantener el Estado: los medios que emplee serán siempre considerados honrosos y alabados por todos; porque el vulgo se deja siempre coger por las apariencias y por el

(Maquiavelo, 1971, p. 130) acuñado en el siglo XV y desarrollado ampliamente en los siglos siguientes hasta consolidarse con la conformación de los Estados Nacionales tras la paz de Westfalia y las revoluciones inglesa, estadounidense y francesa. Así, en un abrir y cerrar de ojos histórico, el ser humano creó un mito tan poderoso que actualmente vive en su interior. No existen en la actualidad sociedades que no se encuentren adscritas, así sea de manera precaria, a la idea de Estado; no se concibe hoy la vida sin la existencia de este demonio del abismo⁶ dentro de cuyas fauces se hallan todos los seres humanos. El hombre, para garantizar su mito, creó teorías políticas y normas jurídicas que lo soportan, como las constituciones y los códigos. Además, generó otro tipo de instrumentos rituales para su conservación como el voto popular, las elecciones democráticas, la representación, las relaciones internacionales, los procesos judiciales, solo por nombrar algunos.

La ciencia y la academia no son ajenos a este procedimiento. Estos mitos se gestaron a partir de una especie de revolución cognitiva que tuvo el ser humano y con ayuda del abandono del mito religioso por parte de un cierto sector de la sociedad. Sus textos fundacionales no son ya textos sagrados escritos por algún mesías salvador y dictados por divinidades, sino libros y artículos científicos redactados por estudiosos de los fenómenos físicos, químicos, biológicos, matemáticos y sus auxiliares (que en la praxis resulta siendo lo mismo), etcétera. De igual manera, los seguidores de la ciencia y la academia se han dado a la tarea de nutrir sus mitos con la realización de ritos que buscan perpetuarlos. La entrega de premios y galardones, los grados universitarios, las distinciones científicas, las metodologías de la investigación son algunos ejemplos claros del enorme retículo ritual al que acuden para el logro de sus fines.

Como puede observarse, es tal la capacidad imaginativa del ser humano que lo ha llevado construir algunos mitos capaces de ‘vivir’ o instalarse dentro de otros; de compartir un mismo espacio-tiempo social sin que se afecten e, incluso, de interactuar en simbiosis. Pero también ha originado ciertas mitologías que logran desplazar, transformar e incluso destruir a sus predecesoras.

Pues bien, dentro del amplísimo plexo mítico que ha construido el ser humano se encuentra la categoría principal que le interesa a este escrito: los Derechos Humanos,

acierto de la cosa y en el mundo no hay sino vulgo; los pocos espíritus penetrantes no tienen lugar en él, cuando la mayoría tiene donde apoyarse”.

6 En referencia al *Leviatán* propuesto por Hobbes.

por tal razón, en las siguientes líneas se revisará su origen, evolución y estado actual en el escenario global⁷.

Derechos humanos: perspectiva histórica, evolución y actualidad

Existen diversos criterios en el ámbito académico de las ciencias sociales en cuanto al surgimiento o génesis de los Derechos Humanos. Algunos plantean su surgimiento o reconocimiento es una de las mayores conquistas de la especie en su trasegar histórico, otros lo visionan como una cuestión intrínseca a la naturaleza humana.

La facción que propone lo primero, considera que tales derechos no le son con-naturales al hombre ni inherentes a su condición, sino que se admitieron de manera paulatina y se colonizaron por fuerza de luchas armadas, políticas, sociales y civiles. Este sector propugna la existencia de generaciones de DD. HH. que responden cada una a necesidades particulares de la época en que se implementaron.

Para sus seguidores, los derechos civiles y políticos son de primera generación; los derechos económicos sociales y culturales corresponden a la segunda y los derechos de solidaridad o colectivos hacen parte de la tercera. Incluso, se ha planteado una cuarta generación de derechos que hace referencia a las nuevas tecnologías, la ciudadanía digital y los desarrollos científicos en materias de redes comunicacionales y ciberespacio.

Esta doctrina de las generaciones de derechos humanos dio paso a una concepción más historicista de su evolución, la cual tiende a resaltar hitos históricos que conllevaron el reconocimiento de ciertos derechos. Hay una sutil diferencia entre una y otra concepción, por lo que se visionan como subdivisiones de una misma teoría. Para la postura de las generaciones hay derechos que surgen o se crean en un momento determinado por las necesidades del ser humano. En cambio, para la postura historicista, los derechos se reconocen conforme a la ocurrencia de hechos históricos que afectan profundamente a la especie.

El primer enfoque encuentra, por ejemplo, que la vida, la libertad personal, la nacionalidad, la libertad de expresión y los demás derechos civiles y políticos, son

.....
7 Acotado, evidentemente, por las limitaciones que implica la realización del trabajo y la imposibilidad práctica de abordar el universo de información que existe al respecto.

producto de las necesidades que impuso la modernidad como resultado de la separación de los ideales teológicos de los ideales humanitarios. Son, en otras palabras, derivados de un proceso de concienciación del ser humano -o ilustración-, pues de allí emergieron. En cambio, para el segundo enfoque, tales derechos son el fruto de las revoluciones liberales o revoluciones atlánticas como elementos factuales de su conquista o reconocimiento. Puede ser que el escenario temporal de unos y otros coincida, pero resulta claro que atribuyen a distintas causas la existencia de los DD. HH.

Existe, de otro lado, una postura teórica —punto de referencia epistemológico de este escrito— que fundamenta la existencia de los DD. HH. como derechos naturales. El *iusnaturalismo* apunta a que estos no requieren creación ni reconocimiento para su existencia, pues son inherentes a la calidad de ser humano, sin más consideraciones. En otras palabras, su savia brota por sí misma y no por voluntad de autoridades, Estados, legisladores o cualquier otra ficción que haya creado el hombre; así, existirían aún sin el Siglo de las Luces y sin las revoluciones estadounidense y francesa. Por esta razón, para la corriente naturalista los DD. HH. no fungen como normas jurídicas — como sí para el positivismo—, sino como valores intrínsecos de los órdenes legales por el hecho de estar dirigidos a regular relaciones entre seres humanos.

Esta última postura la ilustra con claridad Nikken, citado por Torres, en los siguientes términos:

La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que éste, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer derechos que hoy conocemos como Derechos Humanos. (Torres, 2002, p. 3)

En la línea de lo expuesto, pueden identificarse también tendencias sobre la génesis de los derechos humanos como normas positivas. Algunas aseguran que desde la promulgación del Código de Hammurabi en el siglo XVII a.C., pasando por el Cilindro de Ciro en el siglo VI a.C.; por la Carta Magna (1215), el *Bill of Petition*, el *Bill of Rights* de Inglaterra; por la Bula de Oro en Hungría (1222); por la Declaración de Virginia de 1776 y la Carta de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, entre otros

documentos históricos importantes⁸, existen normas de derechos humanos propiamente dichas que reconocen derechos subjetivos en estricto sentido a los seres humanos. A pesar de todo ello y del debate académico que genera, lo que sí resulta claro es que la formulación de los DD. HH. como un sistema concreto de reconocimiento universal (Guerra Sesma, 2014, p. 2), se dio en la segunda posguerra, específicamente en el año 1945 cuando se elaboró la Carta de las Naciones Unidas y se explicitó en 1948 con la creación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Edad contemporánea, posmodernidad y derechos humanos

Una de las clasificaciones más aceptadas por los historiadores para establecer la cronología del desarrollo humano, determina que existen cinco etapas históricas marcadas por acontecimientos trascendentales para la especie.

La primera etapa, denominada prehistoria, se cuenta desde el origen mismo de la humanidad hasta la aparición de la escritura aproximadamente 4.000 años a.C.; la segunda etapa —Edad Antigua— se presenta hasta la caída del Imperio Romano de Occidente, alrededor del siglo V d.C.; la Edad Media constituye la tercera fase y se extiende hasta el ‘descubrimiento’ de América en el año 1492. A finales del siglo XV inicia, entonces, la Edad Moderna que abarca hasta la Revolución Francesa a fines del siglo XVIII y principios del XIX cuando emerge la Edad Contemporánea, que se extiende hasta la actualidad (Acnur, 2018).

Teniendo en cuenta todo lo anterior y asumiendo la existencia de tales etapas históricas, se puede argumentar que, de manera formal (no material), los DD. HH. tienen sus orígenes primarios en la Edad Antigua, alguna articulación ideológica en la Edad Media y su consagración de una manera más consciente en la Edad Moderna; pero su desarrollo completo y complejo como categoría transversal (jurídica, sociológica, económica y política), así como su consagración positiva, en la Edad Contemporánea.

En este punto es necesario aclarar que aún persiste el debate teórico respecto de si la modernidad y la posmodernidad obedecen a momentos históricos distintos o si la “posmodernidad es solo uno de los tantos modos de darse de la modernidad” (Roa, 1995, p. 13). Este debate subsiste, como bien lo anota Vattimo, porque hay quie-

.....
8 Para una ampliación al respecto, se puede consultar a (Carvajal Contreras, 2016) y a (Guerra Sesma, 2014), entre otros autores que esbozan una completa radiografía histórica del origen de los DD. HH..

nes piensan que la modernidad ha concluido y otros que defienden su persistencia, esencialmente porque ello “depende de lo que se entienda por modernidad” (Vattimo, 1990, p. 1).

Pues bien, para el caso concreto de este texto, se parte de la postura de que la posmodernidad no es un hito histórico determinado, sino más bien un movimiento que hace parte de la Edad Contemporánea, consistente en “*identifiable systems of values, philosophical and moral outlooks, and intellectual and artistic projects and traditions*” (Dunn, 1998, p. 82)⁹. Este movimiento es a lo que Zygmunt Bauman ha propendido a denominar, bajo su propia concepción, como “modernidad líquida” en la que se compromete a un replanteamiento sociológico de la idea de lo moderno (Redhead, 2011, p. 4)¹⁰.

En ese entendido, se ubica el mito de los derechos humanos como una construcción de la Edad Contemporánea bajo los preceptos del movimiento posmoderno, pues en este momento histórico y bajo esa égida de pensamiento se solidificó la narración; se plasmó en instrumentos escritos que la normalizan; se democratizó a través de la reiteración hasta instalarse en el consciente colectivo y se generaron los dispositivos operacionales que permiten su materialización a través de rituales de difusión, protección y justiciabilidad. Dicho en otras palabras, fue en este momento en que se establecieron los caracteres de precedente normativo del mito y las funciones operativas de los ritos asociados a los DD. HH.

Si se plantea lo anterior en los términos utilizados por Harari, podría decirse que el nacimiento de la narrativa del mito tuvo lugar en los inicios de la “revolución humanista” de finales del siglo XVIII¹¹, —que llevó a ‘superar’ la visión teocéntrica del mundo—, pero se consolidó a mediados del siglo XX luego de los fuertes procesos bélicos y posbélicos que hicieron repensar la perspectiva del liberalismo socialista y

9 “Sistemas de valores identificables, perspectivas filosóficas y morales, así como proyectos y tradiciones intelectuales y artísticas” (Traducción propia).

10 Zygmunt Bauman (Bauman 1991, 1993, 1995, 1998, 1999; Blackshaw 2005; Bauman and Tester 2001) has conceded that for some time he has been distancing himself from the concept, preferring his own original idea of ‘liquid modernity’ (Gane 2004) and committing himself to a thorough going sociological rethinking of the modern (Bauman 2001, 2002, 2004a, 2004b, 2007b, 2008, 2010a, 2010b) La cita en castellano es una adaptación que el autor de este artículo hace del original, con traducción propia.

11 El autor también la denomina “humanismo liberal”.

encarrilarla nuevamente hacia el liberalismo humanista (Harari, 2016, pp. 248-307), que son los mismos procesos que dieron lugar al movimiento posmoderno.

Es aquí donde cobra relevancia la pregunta con la que se titula este artículo, ¿Es la posmodernidad, entonces, el escenario de apogeo o de decadencia de los derechos humanos?

Pues bien, la respuesta no puede ser simple y mucho menos unívoca. Si se ensaya una solución acotada desde la visión meramente instrumental, podrá inferirse que hay un innegable apogeo de los DD. HH. en la posmodernidad; empero, si se formula desde lo material (goce efectivo de derechos), la conclusión puede inclinarse hacia la decadencia. Se intentará ilustrar cada una de estas posturas:

Desde la primera perspectiva, resulta innegable la proliferación de normas, instrumentos, organizaciones e incluso de manifestaciones de voluntad tendientes a la protección de los derechos humanos. Desde el momento de la promulgación de la Declaración Universal en 1945 no ha cesado el aluvión de herramientas expedidas por los Estados y los organismos supranacionales en pro de estos derechos. La creación de tratados, convenciones, pactos, resoluciones y otras categorías normativas pertenecientes tanto al *hard law* como al *soft law*, han enriquecido el denominado *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos¹². Sin embargo, la cuestión no se detiene allí, a esta plétora normativa la acompaña la creación y entrada en funcionamiento de órganos como la propia ONU, la OEA, la Unión Europea, las Comisiones de Derechos Humanos, entre otros, los cuales han sido encargados de velar por la difusión y aplicación de tales mandatos. Pero, como si ello fuera poco, también se fortaleció la protección con órganos de carácter jurisdiccional capaces y competentes para investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos en las diferentes latitudes.

Así mismo, se fortalecieron los ordenamientos jurídicos al interior de los Estados. Con la onda global del neoconstitucionalismo se crearon artilugios jurídicos para acompasar la realidad internacional con los contextos nacionales y, en este ejercicio, se robustecieron las democracias, se vigorizó el rol de los Tribunales Constitucionales

.....
12 La Carta de la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las convenciones regionales de derechos humanos (europea, americana y africana), las resoluciones de los Comités de la ONU, son algunos escasos ejemplos de ello.

(o de las salas de esta especialidad en los tribunales de cierre), se derrotó a la mayoría de los regímenes totalitarios¹³ y se propendió (todo esto al menos en teoría) por el cumplimiento de los deberes internacionales adquiridos por los Estados, al tener en cuenta la sesión parcial de soberanía que implica la firma, aprobación y ratificación de los pactos internacionales bajo los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*.

Este plexo de mecanismos¹⁴, revisado desde una mirada meramente formal, genera una percepción de apogeo casi incuestionable de los derechos humanos a partir de la segunda posguerra. Cualquiera puede argumentar, sin que le falte razón, que, en materia de previsiones normativas y operativas, la segunda mitad del siglo XX y lo que va transcurrido del siglo XXI han sido escenarios históricos para la consolidación del mito de los derechos humanos y de los ritos diseñados para su enraizamiento en las creencias colectivas globales. Negarlo sería equivalente a desconocer las realidades socio jurídicas que acompañan el día a día del mundo.

A pesar de ello, el segundo enfoque de las respuestas muestra un panorama menos alentador. Cuando se revisa más allá de las normas y de los compromisos adquiridos por los Estados y los organismos internacionales en materia de protección de DD. HH., el paisaje deja entrever cuestiones problemáticas que escapan al plano meramente formal y que se establecen en el orden de la materialidad. Sin pretender caer en discursos retóricos, la realidad de fenómenos como el hambre¹⁵ que afecta más de 240 millones de personas (ONU, 2019); el índice de homicidios a nivel global que vuelve a ser creciente (Banco Mundial, 2018) y la migración humana que solo el año pasado alcanzó una cifra superior a los 271 millones de personas a nivel mundial (OIM, 2020), por mencionar solo algunos¹⁶, devela que en el contexto de la vida práctica, la protección de DD. HH. no es más que una utopía.

.....
13 Con las conocidas excepciones en países africanos y de medio oriente, principalmente.

14 Sumados a todos los demás existentes que no se mencionan por simple economía del espacio.

15 Por tercer año consecutivo, más de cien millones de personas sufrían la forma más grave de hambre, según datos relativos a 2018. Además, otros 143 millones de personas en el mundo estaban a un paso de ese destino. El clima y los desastres naturales condujeron a 29 millones de personas a esta situación. En América Latina, 4,2 millones de personas no tienen qué comer. El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, los países que forman el llamado corredor seco, albergan 1,6 millones.

16 Pobreza, falta de agua, carencia de servicios de salud y educación, condiciones de trabajo inhumanas, desempleo, precariedad en el servicio de administración de justicia y un casi interminable etcétera, hacen parte de las realidades del día a día de gran parte de la población mundial.

Al revisar algunas pocas cifras estadísticas y estudios de impacto en materia de goce efectivo de derechos, se logra comprender que, en contraposición con el apogeo descrito en párrafos anteriores, la materialidad de los derechos humanos muestra una desgarradora decadencia mediada por los hábitos de la posmodernidad.

La globalización mal entendida y enfocada, los hábitos de consumo, la desigualdad latente, el proceso de individualidad¹⁷ egoísta al que se han sometido los miembros de la especie y la ausencia de conciencia colectiva respecto del hábitat que le corresponde al ser humano, son apenas una muestra de las prácticas que trajo consigo el movimiento posmoderno y que dan al traste con la intencionalidad de protección de derechos que está consignada en lo instrumental. Pareciera ser una relación directamente proporcional en la que, a mayor vulneración de derechos, mayor expedición de normas para contrarrestarla, algo así como lo plantea la sabiduría popular: “pecar y rezar para empatar”.

Conclusiones

Más que conclusiones categóricas, se pretende formular una serie de reflexiones que estimulen la discusión posterior y, con mayor ahínco, la crítica de la visión aquí expuesta.

La primera reflexión a la que se arriba luego del análisis realizado, es que, efectivamente los DD. HH., como dispositivos instalados en la realidad sociológica y jurídica de la humanidad, hacen parte de la morfología mitológica que el ser humano ha creado para su evolución como especie. Ello es claro, pues se pueden identificar las diversas narrativas que existen alrededor de tales derechos y también los elementos operacionales que permiten su instalación en el colectivo y sus prácticas generalizadas.

En segundo lugar, se vislumbra que esta quimera tiene raíces primigenias, incluso en culturas de la Edad Antigua, pero que su consolidación como mito estructurado, establecido y aceptado ‘universalmente’, tiene lugar a partir de la segunda mitad del siglo XX; por lo tanto, es posible ubicarlo temporalmente en el periodo histórico conocido como Edad Contemporánea. Además, por las características propias de la sociedad y la cultura en las que se desarrolla y evoluciona el mito, es posible ubicarlo

.....
17 No individuación, que trae consigo el reconocimiento de las particularidades del otro.

dentro del movimiento de la posmodernidad, con las implicaciones que ello conlleva a nivel axiológico, filosófico, moral, intelectual y en las tradiciones propias de la sociedad, conforme a las ideas que sobre la posmodernidad expresaran Bauman y Dunn, citados en líneas anteriores.

Como tercer aspecto, se debe resaltar la capacidad (institucional si se quiere) de generar artificios normativos que propenden a la protección de los DD. HH. y cuya teleología apunta a su realización. Sin embargo, también llama la atención la habilidad (esta, en mal sentido) que tiene el ser humano de auto torpedear dichos procesos y de menguar con sus acciones materiales los alcances formales de los instrumentos que genera. En otras palabras, pareciera ser que mientras quita una mina, siembra dos a su paso. Se presenta, entonces, una paradoja indefinible entre lo formal y lo material en cuanto al disfrute efectivo de derechos que, puesta en una balanza, podrá inclinarse hacia el lado que apunta a la decadencia, más que al apogeo.

Esto lleva a la última reflexión: No es posible dar una respuesta nominal al cuestionamiento orientador de este texto, es decir, no hay manera de establecer en modo categórico si la posmodernidad es escenario de apogeo o de decadencia de los derechos humanos. Pareciera que las dos categorías coexisten en una especie de relación simbiótica en la que una se alimenta de la otra: el apogeo en materia de generación de dispositivos formales se alienta con la presencia de prácticas conculcadoras de derechos en el plano material.

Lo anterior, expresado a manera de metáfora, hace memorar la historia del laberinto de Creta: allí, las vulneraciones y los vulneradores personificarían al Minotauro que pretende engullir a las doncellas que están a su merced (los derechos humanos). Por su parte, los dispositivos formales harían las veces del artesano Dédalo que saca a relucir su ingenio para contrarrestar las transgresiones o al menos confundir a sus perpetradores en el intrincado laberinto de normativo.

No queda otra alternativa que hacer esfuerzos tangibles para que la balanza empiece a inclinarse hacia el punto de la verdadera materialización y goce efectivo de los derechos humanos; para ello, debe ponerse al servicio de este fin la capacidad de las personas consideradas individualmente sin importar su ámbito de acción, pero también la suma de capacidades en colectivo que redundará en ejercicios más democráticos para la defensa real de los derechos humanos.

Referencias

- Acnur. (2018). *Etapas históricas en el desarrollo de la humanidad*. https://eacnur.org/blog/etapas-historicas-en-el-desarrollo-de-la-humanidad-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/
- Banco Mundial. (2018). VC @ [datos.bancomundial.org](https://datos.bancomundial.org/indicador/VC.IHR.PSRC.P5?end=2017&start=1990). <https://datos.bancomundial.org/indicador/VC.IHR.PSRC.P5?end=2017&start=1990>
- Campos, N. G. T. (2004). Los mitos. Consensos, aproximaciones y distanciamientos teóricos. *Gazeta de Antropología*, 20.
- Carvajal Contreras, M. (2016). Los sistemas internacionales de protección a los Derechos Humanos. *Revista de La Facultad de Derecho de México*. Vol. 66(265), 395–416.
- Dunn, R. G. (1998). On the Transition from Modernity to Postmodernity: Transformations in Culture. In *Identity Crises: A Social Critique of Postmodernity* (NED-New, pp. 81–106). University of Minnesota Press. <http://www.jstor.org/stable/10.5749/j.ctttt1s1.7>
- Eliade, M. (2003). Ensayo de una definición del mito. Documento Electrónico. [http://www.Unimag. Edu. Co/Antropologia/Ensayo_de_una_definicion_del_mito](http://www.Unimag.Edu.Co/Antropologia/Ensayo_de_una_definicion_del_mito).
- Gintis, H., van Schaik, C., & Boehm, C. (2019). Zoon politikon: The evolutionary origins of human socio-political systems. *Behavioural Processes*, 161(August 2017), 17–30. <https://doi.org/10.1016/j.beproc.2018.01.007>
- Guerra Sesma, D. (2014). Los derechos humanos: situación actual y perspectivas. Encuentros Multidisciplinares. UAM Ediciones.
- Harari, Y. N. (2016). *Homo Deus: breve historia del mañana*. Debate.
- Lombraña, J. V. (2008). Leibniz y el origen del lenguaje. *Daimon Revista Internacional de Filosofía*. pp. 223–234.
- Maquiavelo, N. (1971). *El príncipe*. Ediciones Ibéricas y LCL.
- OIM. (2020). Index @ [Migrationdataportal.Org](https://migrationdataportal.org/?i=stock_abs_&t=2017&cm49=724). https://migrationdataportal.org/?i=stock_abs_&t=2017&cm49=724
- ONU. (2019). 1453791 @ news.un.org. <https://news.un.org/es/story/2019/04/1453791>

- Redhead, S. (2011). After Postmodernity? In *We Have Never Been Postmodern: Theory at the Speed of Light* (pp. 1–10). Edinburgh University Press. <http://www.jstor.org/stable/10.3366/j.ctt1r227q.4>
- Roa, A. (1995). Modernidad y posmodernidad: coincidencias y diferencias fundamentales. Andrés Bello.
- Sinopoli, D. A., & Ibáñez, E. (2016). *Memorias del II Foro Académico de Ciencias Sociales y Humanidades: hacia sociedades diversas, sustentables y organizadas*. Ediciones UADE.
- Tolosana, C. L. (2012). Rito, funciones y significado. *Música Oral Del Sur. Revista Internacional*. Vol. 9, pp. 22–28.
- Torres, J. L. (2002). Naturaleza e historia de los Derechos Humanos. *Revista Espiga*. Vol. 3(5), pp. 1–14.
- Vattimo y Otros (1990): *En Torno a La Posmodernidad*. Anthropos. Barcelona, p. 9–21.
- Weidenreich, F. (1943). The "Neanderthal Man" and the ancestors of "Homo sapiens". *American Anthropologist*. Vol. 45(1), pp. 39–48.

Capítulo II

Capacidades, derechos y políticas públicas locales dirigidas a los sectores sociales LGBTI

Juan Camilo Rave Restrepo¹

Fundación Universitaria del Área Andina - Colombia

¹Abogado, Magíster en gestión pública, candidato a Doctor en Políticas Públicas. Investigador en estudios comparados de políticas sociales de tipo n-pequeño. Docente de la Fundación Universitaria del Área Andina, investigador líder grupo GEIS.

Correo electrónico:
jreve2@areandina.edu.co.

Resumen

El propósito de este documento es efectuar un análisis de las políticas públicas sobre orientaciones sexuales e identidades de género no normativas (PPOSIGNN) en el municipio de Pereira (Risaralda, Colombia). En particular, interesa generar un diálogo entre el enfoque de las capacidades (EC) y el enfoque de derechos (ED), para problematizar el conjunto de acciones administrativas dirigidas a intervenir situaciones problemáticas locales que afectan negativamente a las personas de los sectores sociales LGBTI (SSLGBTI).

Palabras clave

Capacidades, derechos humanos, políticas públicas, orientaciones sexuales e identidades de género no normativas y sectores sociales LGBTI.

Detonantes de sentido

El ejercicio parte del interés como investigador, para contribuir a la discusión local sobre el rol de la administración municipal en la confección de políticas sociales dirigidas a la garantía de derechos de los SSLGBTI. Durante el año 2018, la Secretaría de Desarrollo Social y Político del Municipio de Pereira, lideró el proceso de diseño de una política de focalización, que ubica a las personas con orientaciones sexuales e identidades de género no normativas (OSEIGNN) como sujetos destinatarios de acción afirmativa. Sin embargo, desde la aprobación del actual plan de desarrollo municipal, se vienen adelantando políticas de intervención que abordan los déficits de derechos humanos de la población descrita.

Este ejercicio investigativo es caso-céntrico, desde esta visión, el enraizamiento como activista local, impulsa el desarrollo de procesos de reflexión que puedan insertarse en la comunidad de actores sociales que demanda al gobierno local, la construcción de políticas de reconocimiento y redistribución, en razón de la discriminación e invisibilización a la que han sido sometidas las personas que hacen parte de los SSLGBTI. En esencia, la lógica de intervención pasa por la necesidad de efectuar un análisis crítico de las políticas ejecutadas por el gobierno actual, con la intención de que los resultados puedan ser instrumentalizados con otras experiencias de militancia en el territorio y, de esta manera, pueda fortalecerse el debate sobre las estrategias institucionales pertinentes para la generación de cambio social en el escenario local.

Problema de investigación

Durante el 2017 el Ministerio del Interior de la República de Colombia, impulsó un proceso de evaluación de capacidades institucionales locales para el diseño de políticas enfocadas a la garantía de derechos de los SSLGBTI (Ministerio del Interior, 2018a). En el marco de lo descrito, la gestión en la materia por parte de la Alcaldía de Pereira fue examinada a través del *Índice de Capacidad Administrativa de Política Pública* (ICAPP). Dicho proceso implicó un análisis completo del actual plan de desarrollo del municipio, así como el examen de sendos componentes relacionados con desempeño institucional. Así mismo, la aplicación del ICAPP generó un proceso amplio de recolección de datos con actores sociales, para indagar su percepción sobre el estado de disfrute de derechos y la suficiencia y pertinencia de las acciones administrativas actuales que se venían implementando localmente para el momento de la evaluación.

Lo anterior convergió en un diagnóstico detallado de capacidad institucional del municipio y un plan de mejoramiento articulado a los objetivos y líneas de acción de la política nacional “para la garantía del ejercicio efectivo de las personas que hacen parte de los SSLGBTI y de personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas” (Ministerio del Interior, 2018a, 2018b).

En Colombia, las demandas sociales de los SSLGBTI ante la institucionalidad formal, el recorte problémico de agenda que se efectúa en el diseño de políticas nacionales y locales, y la fijación de metas e indicadores de intervención están arropados por una narrativa de goce efectivo de derechos, lo anterior porque el debate sobre el reconocimiento de las personas con OSEIGNN, está anclado a una estrategia argumentativa, en la que se expone la situación de las personas de los SSLGBTI, como un conjunto factual de violaciones sostenidas y estructurales de los derechos humanos (Colombia Diversa, 2010, 2015a, 2015b, 2017). Bajo esta lógica y apelando a la noción de ciudadanía y sus epifenómenos: titularidad y merecimiento (Ingram y Schneider 1997), se instala un proceso de reconocimiento jurídico y político que -en teoría- se orienta a la remoción de obstáculos que impiden la concreción material de las garantías constitucionales.

Por lo anterior, se está frente a un universo de análisis codificado por el lenguaje del paradigma de derechos, según Araujo (2009) las características generales de este paradigma en materia de orientaciones sexuales e identidades de género son:

1. Su alineación a la perspectiva que considera la importancia de las regulaciones públicas en las asimetrías de poder generadas por la heterónoma.
2. La institucionalización de orientaciones sexuales e identidades de género que en principio, son significadas como no normativas y abyectas.
3. Visibiliza la pertinencia de la regulación institucional, como respuesta a la naturalización y normalización de la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

Bajo la intención de generar un diálogo entre el EC y el ED, se pretende aprovechar los resultados cualitativos del ICAPP, esto para interpretar críticamente las políticas que vienen siendo ejecutadas por el municipio de Pereira desde la aprobación del último plan de desarrollo. De este modo, las preguntas orientadoras son: ¿A qué tipo de capacidades tributan las PPOSIGNN en el municipio de Pereira? ¿Qué tipo de

instrumentos de política se utilizan para tal finalidad? ¿Qué tan adecuadas son dichas medidas para traducir el estándar de las capacidades?

Desarrollo teórico

Para el desarrollo de este apartado se expondrá el sustento teórico del EC como estrategia analítica de PPOSIGNN. Para esto, se utilizará como marco orientador la propuesta de capacidades que realiza Nussbaum, específicamente su despliegue argumentativo en torno a la dignidad humana como eje del bienestar y el listado de capacidades afinado sobre el liberalismo político. Para lo anterior, se iniciará por explicar las ideas basales de Sen, en relación a las capacidades como meta-marco que nutre la apuesta de Nussbaum, posteriormente se expondrá la teoría que propone la autora y se sustentará el diálogo entre EF y EC. Finalmente, se realizará el entrecruce con la orientación sexual y la identidad de género como categorías analíticas.

El enfoque de capacidades en Sen

Sen (1990, 2005) afina sobre la libertad el eje de articulación de las capacidades. En su perspectiva, las personas deben estar en posibilidad de escoger y tomar decisiones respecto a su curso de vida, asumiendo los efectos directos y las externalidades que se producen con la toma de postura y la realización de actos mercantiles y extra mercantiles. Sin embargo, Sen (2000) llama la atención sobre la posición en la que se encuentra el individuo al momento de calibrar sus metas y objetivos accionarios. Esta idea es importante por dos razones: la primera es que obliga a pensar que no todos los individuos disponen de las mismas oportunidades, ni para proyectar sus expectativas, ni para allanar los medios necesarios en su obtención. En segundo punto, también es importante considerar la contingencia y su presencia como restricción sobre el curso de vida de los individuos; en efecto, exógenamente se presentan situaciones que pueden transformar decisiones inicialmente tomadas o imponer obstáculos insalvables en su proceso de materialización.

Las capacidades son entendidas como la conjunción de ciertos capitales disponibles, que permiten al individuo la confección de procesos decisionales y lo habilitan para generar los actos que se estiman adecuados y necesarios en la consecución de ciertos objetivos. Desde esta perspectiva, las personas desarrollan ‘funcionamientos’ que les permite generar competencias en el ámbito del “ser” y del “hacer”. De este razonamiento se deducen varias ideas:

1. Las decisiones que las personas toman son dependientes de sus capacidades.
2. Dichas decisiones se toman -en condiciones típicas- para impactar positivamente el bienestar de las personas.
3. Las personas deben disponer de las condiciones necesarias para escoger los funcionamientos que juzguen apropiados para alcanzar sus finalidades y expectativas.
4. Los déficits de capacidades disminuyen el alcance de la autopercepción del individuo, y sus posibilidades de transformación del bienestar subjetivo y el bienestar objetivo.

El enfoque de capacidades en Nussbaum

En Nussbaum es posible identificar dos proposiciones teóricas diferenciales para el abordaje de las capacidades. Cada una se deriva de marcos referenciales y estrategias metodológicas diversas. De este modo, se pueden identificar la “versión del florecimiento” (1987a, 1987b, 1990, 1992, 1998a) y la “versión de las capacidades” (1998b, 2000, 2007, 2009, 2011). En cuanto a la primera, su concepción parte de una posición esencialista-internalista- aristotélica. Desde este lugar, su estrategia consiste en identificar los rasgos o funcionamientos esenciales que distinguen los sujetos, los cuales contribuyen a un estándar de humanidad que permite proponer ciertos elementos indispensables para el florecimiento humano.

En términos metodológicos, el internalismo es un canal de investigación que parte de la identificación de experiencias humanas comunes, se trata de un proceso de autodescubrimiento e interpretación en el que se trazan “esferas de experiencia” para inducir elementos primordiales y transculturales. Nussbaum (1987a, 1987b, 1992) utilizó este método para generar y validar unos supuestos inderogables del sujeto en tanto tal; a través de esta operación, anidó en la potencia para el florecimiento, la instancia evaluativa de las trayectorias de vida en términos de su nivel de humanidad. Por su parte, el esencialismo es utilizado por Nussbaum para conjugar aquellas actividades básicas y generales que los individuos deben performar para vivir una vida ‘humana’, en su lenguaje es clara la necesidad de establecer una dicotomía que separe el significado de la vida humana de otros tipos de experiencias existenciales.

La versión del florecimiento es objetivista en oposición al relativismo cultural, precisamente, la utilización del internalismo esencialista le permite a Nussbaum plan-

tear los rasgos comunes que caracterizan exclusivamente a los seres humanos, en este sentido, la autora espera construir un listado de experiencias comunes, el cual capture la esencia de lo que significa vivir una vida humana; su pretensión es lograr una “teoría gruesa y vaga de lo bueno” (Nussbaum, 2002: 84). Gruesa en tanto es una teoría que recoge —extensivamente— los funcionamientos particulares que se requieren para el florecimiento; vaga porque está construida a modo de bosquejo general poroso a la discusión intercultural y buena en tanto su contenido tributa al alcance del bienestar. El listado que propone la autora es el siguiente:

1. Mortalidad
2. El cuerpo humano
3. Capacidad para el placer y el dolor
4. Capacidad cognitiva: percepción, imaginación y pensamiento
5. Desarrollo infantil temprano
6. Razón práctica
7. Afiliación con otros seres humanos
8. Relacionamiento con otras especies y la naturaleza
9. Humor y juego
10. Separación (Nussbaum, 1992)

Según Nussbaum (1998a), la razón práctica y la afiliación son capacidades mayúsculas que engranan y ejecutan la materialidad del resto de capacidades. La mortalidad como cualidad de los seres vivos es incluida por Nussbaum para evidenciar cómo la tendencia humana de evitar la muerte, instala una serie de sentidos sobre el sujeto que lo avocan a desarrollar comportamientos y actuaciones que implican el desarrollo de capacidades y funcionamientos. En relación al cuerpo humano, esta capacidad incluye cuatro subcomponentes:

1. Comida y bebida
2. Refugio

3. Deseo sexual
4. Movilidad

En cuanto a la capacidad del dolor y del placer, la autora prevé la discusión sobre la valoración cultural de la prevención del dolor innecesario.

En suma, la interpretación de esta primera versión debe ser entendida según los siguientes moduladores:

1. No se trata de un listado que dictamina formas de vida, sino requisitos necesarios para la interpretación de florecimiento de cada individuo según su autonomía y contexto.
2. Se trata de un listado capacidades no de funcionamientos.
3. Está sustentada sobre la distinción aristotélica de capacidades internas y externas (Kleist, 2017).

Por otro lado, las críticas a esta propuesta se pueden sintetizar en dos grandes frentes, en el primero se encuentran las que difieren de su concepción del 'florecimiento' por ser una categoría reductiva e impositiva de un deber ser. Lo anterior, puesto que, si bien la autora insiste en la capacidad decisoria del sujeto sobre su trayectoria, excluye otras visiones de experiencias humanas que no tienen en cuenta su interpretación del contenido de las capacidades esbozadas. Por otro lado, la mirada esencialista se torna riesgosa sobre aquellos componentes que conjuntamente cristalizan la noción de humanidad, en la medida que su instrumentalización empírica llevaría afirmar que ciertos sujetos no son humanos o no viven experiencias humanas, en tanto no disponen de las capacidades esenciales que menciona la autora (Kleist, 2017).

A diferencia de la versión del florecimiento que está sustentada en el marco aristotélico del esencialismo internalista, la versión de las capacidades está afincada sobre el sentido rawlsiano del liberalismo político (Rawls, 1999, 2001), en este sentido, su referente estructural se sustenta en la premisa de garantizar la capacidad de las personas para alcanzar su propia concepción sobre el bien y el bienestar, bajo un entorno en el que múltiples y diferenciales relatos sobre el desarrollo humano conviven y compiten por reconocimiento. En este nivel, la propuesta renovada de Nussbaum

yace sobre la defensa y promoción de la dignidad humana como proyecto ético kantiano, bajo esta lógica, Nussbaum renuncia a la proposición de una teoría normativa sobre el bien, para elaborar una teoría de justicia que vindica un listado de capacidades cuya activación requiere de la intervención efectiva del Estado.

La localización filosófica sobre el marco liberal también permite interpretar el EC, en términos del desarrollo del individuo y no de grupos o colectivos, es decir, el listado de capacidades que defiende Nussbaum y la justificación de las obligaciones del Estado en la materia, se circunscribe al campo puramente individual, de modo que cada persona debe disponer de cierta dotación que le permita decidir libremente sobre la trayectoria de vida que satisface sus expectativas, intereses y objetivos. Si bien es claro que este enfoque no riñe con la posibilidad de la acción y la transformación colectiva, es el sujeto, singularmente considerado, el titular de las capacidades a las que hace referencia la autora.

En la relación entre capacidad y dignidad, la primera es el vehículo que conduce a la segunda (Nussbaum, 2009, 2011). Respecto a este vínculo, algunos autores lo han abordado en términos del discurso de los derechos humanos (Feinberg y Narverson, 1980; Rosen, 2012). Desde este campo se plantea que es imposible salvaguardar la dignidad humana sin respetar el ejercicio de los derechos y libertades públicas, en este esquema, solo conociendo *a priori* el contenido de los derechos es posible efectuar una defensa de la dignidad humana. De este modo, Nussbaum (1999, 2000, 2011) propone su listado de capacidades como instancia de articulación que otorga sentido y concreción a la dignidad como eje de existencia de los sujetos:

1. Vida
2. Salud corporal
3. Integridad corporal
4. Sentidos, imaginación y pensamiento
5. Emociones
6. Razón práctica
7. Afiliación

8. Otras especies
9. Jugar
10. Control sobre su propio ambiente

Nussbaum insiste en que la garantía de estas capacidades requiere de ciertos umbrales de concreción, según ella, algunas capacidades deben ser garantizadas de forma ‘adecuada’ (primer escenario), mientras que otras deben ser provistas en ‘igualdad’ (segundo escenario), de igual modo, las capacidades también generan ciertas prestaciones para los individuos que deben ser garantizadas en un plano de igualdad para que su garantía sea adecuada (tercer escenario). Un ejemplo del primer escenario es la capacidad N.º 10. De esta se infiere la subcapacidad de tener una vivienda adecuada, ciertamente, la prepuesta de Nussbaum no implicaría que cada sujeto tenga exactamente la misma vivienda, sino que todos tengan las mínimas dotaciones para implementar esta capacidad. Un ejemplo del segundo escenario también se desprende la capacidad N.º 10. Específicamente, la subcapacidad de votar que debe ser garantizada en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos. Finalmente, un ejemplo del tercer escenario es la capacidad N.º 7. Puntualmente, la subcapacidad para interactuar y construir relaciones sociales de todo tipo solo puede ser adecuadamente asegurada si es garantizada en un plano de igualdad para todos los sujetos.

Consenso superpuesto y equilibrio reflexivo

La justificación de su propuesta se logra a partir de tres métodos, el de “equilibrio reflexivo” (Nussbaum 2001), el “consenso superpuesto” y “la aproximación narrativa”. Los dos primeros constituyen su estrategia de justificación primaria, mientras que la segunda es vista como un método de educación cívica (Nussbaum, 2001, 2004). Sin embargo, algunos autores la critican por la falta de transparencia en la utilización de dichos métodos, concretamente se le acusa de:

1. No justificar adecuadamente la instrumentalización de cada uno para avalar sus posiciones
2. No explicar el diálogo entre dichos métodos para la justificación de la dignidad humana como producto del ejercicio de las capacidades (Rutger y Düweil, 2013).

Por su parte Kleist (2016) afronta estas complejidades en su lectura de Nussbaum, acudiendo a Rawls para plantear posibles líneas de justificación que apoyen la teoría de la autora.

En efecto, el autor evidencia que el equilibrio reflexivo “es un método de justificación que busca coherencia entre (a) los juicios morales de un individuo, (b) un conjunto de principios y (c) supuestos de fondo” (Kleist, 2016, p. 54). En este proceso dialéctico, el individuo en primer lugar se sitúa con sus estructuras morales e intuiciones de mundo, en segundo punto, utiliza dichas intuiciones para evaluar una teoría, que al mismo tiempo, se utiliza como forma de escrutinio de sus estructuras morales iniciales.

En esta lógica de ida y vuelta se producen cambios de intuiciones y desplazamientos discursivos, por lo que al final, el individuo puede construir un catálogo de principios y condiciones derivado de reflexión sobre la teoría. Al respecto es importante tener en cuenta que Rawls (2001) distingue el “equilibrio reflexivo estrecho” del “equilibrio reflexivo amplio”, la diferencia radica en que el primero solo garantiza la coherencia entre las intuiciones del individuo inmerso en la reflexión, mientras que el segundo, además de lo anterior, también considera argumentos alternativos y externos que podrían desestabilizar la justificación de cierta teoría.

Por su lado, el consenso superpuesto se refiere a la formación de una concepción política que logra la convergencia suficiente para servir como justificación política respecto al alcance de ciertos objetivos, sin embargo, en el marco de una sociedad democrática es posible que conviva con otros relatos y convergencias que un momento dado podrían superponerse. Esta definición evita la realización de “compromisos metafísicos”, ¿qué significa esto?, según Rawls (2009), la justificación no puede generarse a través de un equilibrio entre las distintas concepciones políticas, sino que la primacía de alguna depende de la fuerza de su justificación y el nivel de su institucionalización. Finalmente, la aproximación narrativa busca generar un proceso reflexivo en el que se vinculan las intuiciones de las personas que habitan en la otredad respecto al escenario y posición del investigador. De este modo, se apela al espacio de la diversidad para articular plurales nociones sobre lo que significa vivir una vida con dignidad.

El aporte de Rawls permite releer el procedimiento metodológico de Nussbaum. Esto porque la autora utiliza el equilibrio reflexivo para estabilizar las creencias morales y las capacidades que articulan su propuesta teórica. De este modo, la versión

‘amplia’ del método sirve para evidenciar la superioridad del EC respecto a otras teorías de la justicia, en este proceso, también acude a la “aproximación narrativa”, para que su sintonización con otras racionalidades y cosmogonías, no sirva solamente como estrategia de validación teórica, sino como herramienta de empoderamiento global. Finalmente, utiliza el consenso-superpuesto para presentar su marco discursivo, como una apuesta transcultural y transreligiosa de capacidades, cuya fuerza de justificación argumentativa, permite orientar obligaciones básicas y concretas de cualquier Estado con sus ciudadanos.

Diálogo entre el EC y el ED para el análisis de PPOSIGNN

En materia de políticas públicas, tanto el discurso de los derechos humanos como la teoría de las capacidades han sido operativizados a través de dos marcos diferenciales. De este modo, cada marco ha generado una batería de orientaciones, métodos, objetivos e instrumentos para la formulación, implementación y evaluación de políticas. Park (2016), señala las diferencias entre ambos enfoques a partir de cinco criterios:

1. La historia de su adopción institucional en Naciones Unidas
2. Los sistemas operacionales de cada enfoque
3. Instituciones vs. Individuos
4. Norma jurídica vs. Experiencia de vida
5. Soluciones absolutas vs. Soluciones intermedias
6. Universalismo vs. Focalización

En cuanto al primer componente, la institucionalización del ED inicia con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, posteriormente, la Conferencia Mundial de Viena de 1993 contribuyó a clarificar las obligaciones del Estado en relación al respeto, protección y garantía de los derechos humanos. De igual modo, tanto en el ámbito universal y regional de protección de derechos, se han celebrado tratados internacionales que reconocen los derechos humanos, imponen estándares de cumplimiento y ofrecen herramientas de reclamación administrativa y judicial ante eventos de vulneración.

Por otro lado, el antecedente hito en la institucionalización del EC es la conferencia de Bretton Woods en las que se crea el Banco Mundial. Posteriormente, y a partir de las discusiones sobre medición del bienestar, según una perspectiva monetaria o multidimensional, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo propone una definición de desarrollo, en la que se privilegia optimizar la capacidad decisonal del individuo sobre su trayectoria de vida, así mismo se prioriza el desarrollo de capacidades para:

1. Vivir una vida larga y sana
2. Ser educado
3. Tener acceso a recursos para un estándar decente vida (PNUD, 1990).

En cuanto al segundo elemento, la intervención de Naciones Unidas para la aplicación del ED se efectúa a través del Alto Comisionado de Derechos Humanos, sin embargo, la aplicación del EC en los Estados parte de Naciones Unidas se realiza a través del PNUD, Unicef, el Programa Mundial de Alimentos, el Banco Mundial y otras entidades y programas administrativos. En cuanto al tercer elemento, el ED se centra primariamente en las instituciones y su ajuste al estándar establecido en materia de garantía de derechos humanos, por su parte, el EC se ubica en la indagación del bienestar de las personas a partir de la medición del bienestar objetivo y subjetivo.

En relación al cuarto, el ED implica hablar de cumplimiento o incumplimiento de los derechos humanos, por su lado, el EC examina las intervenciones del Estado respecto a las consecuencias e impacto de aquellas sobre el bienestar de los ciudadanos, en esta mirada, la garantía de las capacidades se observa en un plano incremental, en la que se producen actuaciones progresivas en la provisión de bienes y servicios. En relación al quinto, desde el ED los derechos humanos se consideran universales e interdependientes, de este modo las intervenciones se producen a través de mandatos genéricos de protección y garantía. Por su parte, el EC requiere necesariamente la focalización en tanto los sujetos tienen distribuciones asimétricas de capacidades y enfrentan obstáculos diferenciales en el desarrollo de funcionamientos.

Carpenter (2009) señala que la imbricación de ambos enfoques permite reconciliar estratégicamente el énfasis libertario del EC, con el colectivismo social arraigado en el ED, de la misma manera, ofrece la posibilidad de mejorar las debilidades intrínsecas de la focalización y la universalización, transitando de una relación antagónica

entre ambas categorías, a una complementaria en el diseño de políticas sociales. Adicionalmente, el autor considera que el EC robustece las críticas dirigidas a la concepción clásica de ciudadanía según Marshall (1950), toda vez que la implementación del enfoque conlleva visibilizar las asimetrías que, en el orden social, bloquean el proceso la construcción de ‘funcionamientos’ a través de las capacidades instaladas.

En materia de PPOSIGNN, Bosia (2014) plantea una crítica al discurso de derechos humanos de las personas con OSEIGNN, básicamente sus argumentos son:

1. Las nociones occidentales de identidad sexual y derechos humanos pueden legitimar relaciones coloniales e invisibilizar estructuras de poder dominantes cuando se acoplan a contextos no occidentales.
2. Inhiben la discusión sobre orientaciones sexuales e identidades de género no normativas que no encajan en las categorías taxonómicas: gay, lesbiana, bisexual y transgenerista.
3. Ante ciertos contextos políticos represivos en los que la construcción social de las identidades LGBT es negativa y criminalizada, puede ser más adecuado y pragmático, la generación y puesta en marcha de una agenda, relacionada con la autonomía corporal y la generación de capacidades de decisión para la afirmación de la libertad individual.

Por otro lado, Mills (2015) utilizando los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas, señala que la exclusión social de la población con OSEIGNN se evidencia en las siguientes áreas de desarrollo: pobreza, salud, educación, igualdad de género, crecimiento económico, seguridad, resiliencia y ciudades sostenibles y justicia y rendición de cuentas. Así mismo, sugiere utilizar un marco orientador de política en el que se garantice:

1. Sin perjuicio de la orientación sexual y la identidad de género, todos los ciudadanos deben ser activamente protegidos en contra de cualquier forma de discriminación económica, política o social.
2. Los servicios de provisión en materia de salud, educación y protección social deben contribuir al bienestar individual sin marginar de la titularidad en razón de la orientación sexual y la identidad de género.

Finalmente, Thoreson (2009) explica la asimilación de los principios de Yogyakarta en el *policy making*, en su opinión, esta declaración de *soft law* institucionaliza una agenda básica de reconocimiento de derechos con perspectiva de género y diversidad sexual, la interrelación entre el ED y el EC, radica en que la denegación de legitimidad de las personas de los SSLGBT, su deshumanización a través de la violencia social y simbólica, y la imposibilidad de acceder a la tutela judicial efectiva de sus derechos, deprime la posibilidad de utilizar las capacidades para el desarrollo de un curso de vida.

Metodología

Estudio de caso, en el que el acercamiento a las políticas objeto de estudio se realizó a través de los resultados del ICAPP en el municipio de Pereira. Se trata de un informe diagnóstico que da cuenta de dos aspectos: a. la capacidad administrativa del municipio para el diseño de políticas enfocadas a la garantía de derechos de los SSLGBTI y b. sobre la percepción de los actores sociales acerca de su situación de ejercicio de derechos en relación a las obligaciones de la administración municipal en la garantía de los derechos de las personas de los SSLGBTI (Ministerio del Interior 2018b).

El ICAPP (Ministerio del Interior 2018a) está compuesto por tres (3) categorías, once (11) dimensiones y setenta y ocho (78) preguntas clasificadas en dos (2) tipos: cuarenta y cinco (45) preguntas de territorialización (TT) que constituyen el Índice de Capacidad Administrativa para la territorialización de la política nacional LGBTI y treinta y tres (33) preguntas de garantía de derechos (GD) que conforman al Índice de Capacidad Administrativa de garantía de Derechos Humanos (En adelante, ICADH). A través del ICAPP se procesaron los siguientes documentos de política:

1. Decreto de conformación del Consejo de Política Social.
2. Acuerdo plan de desarrollo.
3. Documento técnico plan de desarrollo.
4. Plan plurianual.
5. Planes de acción 2017-2018.
6. Seguimientos y/o evaluaciones al plan de desarrollo 2016-2017.
7. Actos administrativos de legalización de Políticas Públicas. (Decretos o Acuerdos).

8. Documentos técnicos y planes de acción de Políticas Públicas de la entidad territorial.
9. Seguimientos y/o evaluaciones de política pública 2015-2016-2017.
10. Acto administrativo de legalización de Comités Sociales y/o Poblacionales
11. Proyectos en Diversidad Sexual y de géneros.
12. Contratos cuyo objeto tenga relación directa e indirecta con la promoción, respeto o valoración por la diversidad sexual y de géneros (Prestación de servicios, consultorías, convenios de asociación, etc.).
13. Acto administrativo de legalización de la estructura administrativa (Decreto de organización administrativa de la entidad territorial y alcances misiones de secretarías y subsecretarías) (Ministerio del Interior, 2017).

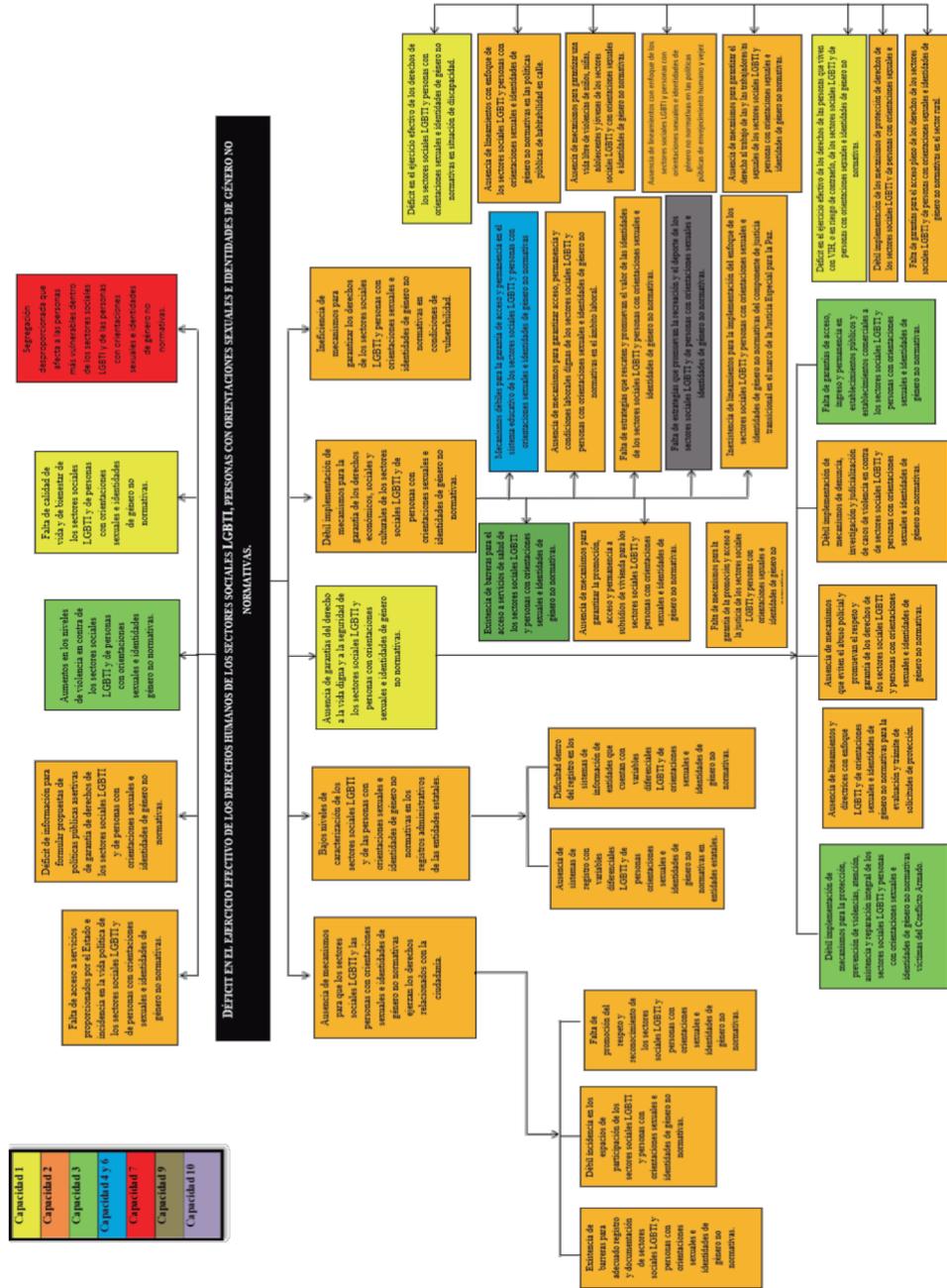
La dinámica metodológica consiste en usar unos lentes analíticos que, integrando el ED y el EC, puedan interpretar los resultados del ICAPP. Para generar este proceso, se tomó el mapa de problemas sobre el que está sustentado el ICAPP y se relacionó con el listado de capacidades de Nussbaum. Esta operación produjo dos efectos:

1. circunscribir el ámbito de análisis a aquellas capacidades que son abordadas en la agenda de derechos que sirve como radio de indagación del ICAPP.
2. Validar en el nivel metodológico el diálogo entre el EF y el ED.

FIGURA 2.1.
Listado de capacidades en Nussbaum

1. **Life** – Being able to live the normal length of a human life; to not die prematurely or before one’s life is so reduced as to no longer be worth living.
2. **Bodily Health** – Being able to have good health, which includes reproductive health, adequate nourishment and shelter.
3. **Bodily Integrity** – Being able to move freely; to live free from assault, including sexual and domestic assault; to have the opportunity for sexual satisfaction and choice in reproductive matters.
4. **Senses, Imagination, and Thought** – Being able to use the senses to imagine, think, and reason in a “truly human way,” that is, one cultivated by an adequate education. Being able to use one’s mind in ways protected by artistic speech and freedom of religious exercise. Also, the ability to have pleasurable experiences and avoid non-beneficial pain.
5. **Emotions** – Being able to have attachments to things and people outside ourselves, love those who care for us, and express justified anger.
6. **Practical Reason** – Being able to form a conception of the good and critically reflect on it.
7. **Affiliation**
 - A. Being able to live with and towards others and engage in various social interactions.
 - B. To have the social bases for self-respect and non-humiliation, and to be treated as a dignified being worthy of equal respect.
8. **Other Species** – Being able to live with concern for and in relation to animals, plants, and the eco-system in general.
9. **Play** – Being able to laugh, play, and enjoy recreational activities.
10. **Control over One’s Environment**
 - A. **Political** – Being able to participate effectively in political choices that govern one’s life, including protections of free speech and association.
 - B. **Material** – Being able to hold property (land and movable goods) on an equal basis with others; and to have the right to seek employment equally to others. In work, being able to exercise practical reason and engage in meaningful relationships of mutual recognition with other workers.

FIGURA 2. 2. Árbol de problemas de ejercicio de derechos de los SSLGBTI

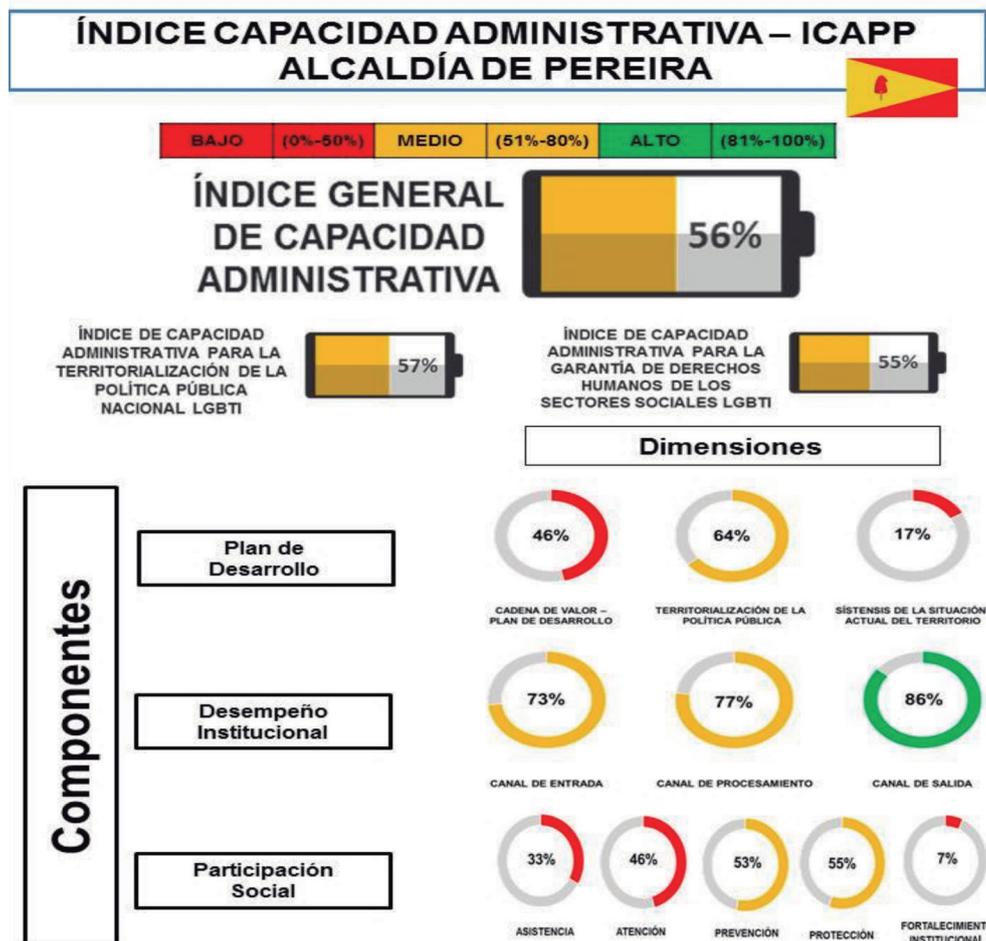


Fuente: Ministerio del Interior (2018)

Resultados

El ICAPP permite visualizar información de tipo institucional y de percepción social. En cuanto a la primera dimensión, el ICAPP tiene una batería de preguntas e indicadores sobre el plan de Desarrollo Municipal y sobre el desempeño institucional en materia de formulación e implementación de políticas sociales, relacionadas con el ejercicio de derechos de los SSLGBTI. En términos cuantitativos, los resultados para el municipio de Pereira fueron los siguientes (Ministerio del Interior, 2018b):

IMAGEN 2.3.
Resultados ICAPP-Pereira



Fuente: Ministerio del Interior, 2018b.

En el plan de desarrollo del Municipio de Pereira, se implementa la siguiente cadena de valor para la garantía de derechos de los SSLGBT:

Eje: desarrollo social, paz y reconciliación

T A B L A 2 . 1 .
Cadena de valor. Segmento 1.

Indicador de resultado	Descripción de la meta	Valor línea base	Valor esperado meta de producto				
			2016	2017	2018	2019	Acumulado
Índice de Pobreza Multidimensional.	Reducir en 4,2 puntos el Índice de Pobreza Multidimensional.	33,7	33,7	32,3	30,9	29,5	29,5

Fuente: Plan de Desarrollo Municipio de Pereira (2016-2019)

Programa: Capacidades para el disfrute de derechos de los grupos poblacionales

T A B L A 2 . 2 .
Cadena de valor. Segmento 2.

Indicador de resultado	Descripción de la meta	Valor línea base	Valor esperado meta de producto				
			2016	2017	2018	2019	Acumulado
Prevalencia de discriminación en los últimos 12 meses en población LGTB.	Reducir en 3 puntos la prevalencia de discriminación hacia la población LGTB.	59,5 %	59,5 %	58,5 %	57,5 %	56,5 %	56,5 %
Porcentaje de no denuncia de personas LGTB ante actos de discriminación.	Reducir en 17,6 puntos el porcentaje no denuncia de personas LGTB ante actos de discriminación.	92,6 %	88,2 %	83,8 %	79,4 %	75 %	75 %

Fuente: Plan de Desarrollo Municipio de Pereira 2016-2019

Subprograma: equidad de género para las mujeres y diversidad sexual:

T A B L A 2 . 3 .
Cadena de valor. Segmento 3.

Indicador de producto	Descripción de la meta	Valor línea base	Valor esperado meta de producto				
			2016	2017	2018	2019	Acumulado
Número personas pertenecientes a la población diversa con atención y orientación.	Incrementar en 1.020 el número personas pertenecientes a la población diversa con atención y orientación.	255	510	765	1020	1275	1275
Porcentaje de organizaciones de población diversa fortalecidas.	Incrementar en un 50 % el porcentaje de fortalecimiento de las organizaciones de población diversa.	50 %	100 %	100 %	100 %	100 %	100 %
Porcentaje de espacios de participación que incluyen población diversa.	Incrementar en 42,8 el porcentaje de espacios de participación que incluyen población diversa.	14,29 %	14,3 %	28,6 %	42,9 %	57,1 %	57,1 %
Porcentaje de formulación e implementación de la política pública de diversidad sexual.	Formular e implementar el 100 % de la política pública de diversidad sexual.	0 %	20 %	60 %	100 %	100 %	100 %
Campaña de promoción de la denuncia frente a la vulneración de los derechos de la población.	Incrementar a 4 el número de campañas de promoción de la denuncia frente a la vulneración de los derechos de la población.	0	1	1	1	1	4

Fuente: Plan de Desarrollo Municipio de Pereira (2016-2019)

Las acciones que se dirigen a la población LGBTI están ancladas a una meta de impacto relacionada con la reducción de la pobreza multidimensional. Este sería el primer elemento de discusión para discernir sobre los objetivos de política que traza el municipio en materia de OSIGNN. En efecto, porque la inclusión de una perspectiva multidimensional (Sen, 1995), en vez de una monetaria (Laderchi, 2000) genera lo siguiente:

1. Permite problematizar escenarios deficitarios de derechos humanos que no están cruzados necesariamente por la carestía de ingresos.
2. Implica una mirada problémica sobre la situación del individuo, sustentada en el desarrollo de capacidades para la construcción de bienestar objetivo y subjetivo.

3. Amplía la mirada sobre los estresores y restricciones (endógenos y exógenos) que impiden al individuo el goce efectivo de sus derechos constitucionales.

En Colombia, el Departamento Nacional de Planeación de Colombia (2018), establece los siguientes elementos que conforman la medición del Índice de Pobreza Multidimensional:

- 1. Condiciones educativas del hogar**

- a. Logro educativo
- b. Analfabetismo

- 2. Condiciones de la niñez y juventud**

- a. Asistencia escolar
- b. Rezago escolar
- c. Acceso a servicios para el cuidado de la primera infancia
- d. Trabajo infantil

- 3. Trabajo**

- a. Desempleo de larga duración
- b. Empleo formal

- 4. Salud**

- a. Aseguramiento en salud
- b. Acceso a servicio de salud dada una necesidad

- 5. Servicios públicos domiciliarios y condiciones de la vivienda**

- a. Acceso a fuente de agua mejorada
- b. Eliminación de excretas
- c. Pisos

- d. Paredes exteriores
- e. Hacinamiento crítico

Sin embargo, cuando se observa la operativización de la meta de impacto a través de los programas y subprogramas, se encuentra que las acciones trazadas no vinculan metas de resultado relacionadas con las dimensiones y variables del Índice de Pobreza Multidimensional. En efecto, la revisión de las metas de programa y subprograma utilizando el criterio del DNP, permite inferir que la planeación administrativa de acciones es insuficiente para cubrir un objetivo de disminución de pobreza multidimensional en las personas que hacen parte de los SSLGBTI.

Otro elemento tiene que ver con la narrativa que orienta el diseño de metas de las políticas del Municipio de Pereira para los SSLGBTI, si bien el Plan de Desarrollo en su parte general declara textualmente que la formulación de acciones está inspirada en el pensamiento de Sen y Nussbaum, el caso de las personas de los SSLGBTI evidencia la debilidad de la aseveración.

Esto por varias razones: primero, porque la formulación de objetivos y acciones se reduce a prevención de discriminación, al incremento de denuncias por violaciones a los derechos humanos en razón de la orientación sexual y la identidad de género, al fortalecimiento organizacional y a la ampliación de espacios de participación. Si bien es cierto que de acuerdo al mapa de problemas que se relacionó con el listado de capacidades de Nussbaum, puede inferirse que la cadena de valor retoma algunos de los nudos problemáticos priorizados por el Ministerio del Interior, lo cierto es que quedan invisibilizados y sin tratamiento, problemas relacionados con la capacidad de salud corporal, integridad corporal, educación, afiliación y control sobre el ambiente.

En segundo punto las metas del plan de desarrollo uniforman a las personas de los SSLGBTI, asumiendo que se trata de una población homogénea con las mismas privaciones en términos de capacidades y problemas para el ejercicio adecuado de derechos. Esto toda vez que el diseño de objetivos y acciones está sustentado en una racionalidad que asume de manera estable y con lógica de comunidad a las personas con OSIGNN. La sigla LGBT es una estrategia de aglutinamiento político y de movilización de agenda, sin embargo, es lógico que el recorte del destinatario de la política en un proceso de diseño debe tener en cuenta: los déficits de capacidades diferenciales por orientación sexual e identidad de género y por cruces de otros ordenes de poder.

De acuerdo al diagnóstico del ICAPP, el municipio no desarrolla lineamientos y directrices con enfoque diferencial de géneros y diversidad sexual para el trámite de solicitudes de protección. Esto es especialmente relevante para el caso de las mujeres trans, trabajadoras sexuales que constantemente son sometidas a patrones de violencia por actores de redes ilegales, policía y personas de la sociedad civil en general. De igual manera, también se encontró que la entidad territorial no tiene identificados beneficiarios de subsidios de vivienda de los SSLGBTI y personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas.

Tampoco hay acciones enfocadas a generar una vida libre de violencias para niños, niñas, adolescentes y jóvenes con OSIGNN, ni se han desarrollado mínimamente procesos de articulación institucional que incorporen los lineamientos de la Corte Constitucional² de Colombia para garantizar el derecho al trabajo de los y las trabajadores/as sexuales de los SSLGBTI.

Otra ausencia concierne a la situación de derechos humanos de las personas de los SSLGBTI que viven en el ámbito rural. Pereira tiene 572 Km² de área rural en la que viven 72.315 personas. Varios estudios han dado cuenta de la intersección de la vida rural con el desarrollo de proyectos identitarios no hegemónicos (Gray, Johnson y Gillely, 2016; Whitehead, Shaver, y Stephenson, 2016). En esencia, estas investigaciones evidencian la contextura especial de los estigmas y dinámicas discriminatorias en el ámbito rural, la invisibilidad e ilegitimidad de las identidades no normativas y el riesgo de privación estructural para el desarrollo de capacidades y ejercicio de derechos.

Hay varios problemas de gestión que originan las anteriores ausencias e impiden el desarrollo de políticas enfocadas a la generación de capacidades y ejercicio de derechos. Lo primero es que el Municipio no dispone de información cualitativa y cuantitativa de calidad sobre la situación de derechos humanos de los SSLGBT en el territorio. De entrada, esto impide que los decisores de política puedan preguntarse: ¿Cuáles son las capacidades actuales las personas de los SSLGBT en el territorio? ¿Cuáles son las áreas prioritarias de intervención? Otra situación tiene que ver con el problema de la transversalidad del enfoque de orientaciones sexuales e identidades de género. Dentro del proceso de revisión del ICAPP se auscultaron todas las políticas sociales del municipio. Por ejemplo, la política pública de indígenas, la de afros, la de

.....
2 Ver, Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-736 de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

primera infancia, la de infancia y adolescencia, la de juventud, la de adulto mayor y otras políticas de focalización poblacional.

La posibilidad de construir acciones que respondan a las necesidades problemáticas de los SSLGBT, en términos de derechos y capacidades, requiere que la fragmentación ocasionada por la producción de políticas de *single issue* sea compensada a través de la utilización de los enfoques diferenciales. Sin embargo, esto no sucede en el municipio de Pereira. Primero porque no existe una orientación técnica por parte de la Secretaria de Planeación para conducir este proceso, segundo, porque no hay arreglos intra organizacionales entre actores estatales para sobrepasar el esquema de gestión por atributo individual y tercero porque la ausencia de datos específicos impide la emergencia de la necesidad de pensar en diseños interseccionales para abordar situaciones problemáticas en el ámbito local.

En relación a los instrumentos de política se pueden identificar los siguientes:

T A B L A 2 . 4 .
Instrumentos de política

Instrumentos	Observable en el diseño (Acciones de política)	Comportamiento esperable
Autoritarios	Decreto que institucionaliza el Comité Municipal de Orientaciones Sexuales e Identidades de Género no Hegemónicas.	Articulación entre actores sociales y actores estatales.
Incentivos	Ninguno	-
Capacidad	Capacitación a actores sociales y en general personas de los sectores sociales LGBT en materia de promoción y garantía de derechos humanos.	Ejercicio de derechos y producción económica
	Acompañamiento en interposición de recursos legales y administrativos ante conculcaciones de derechos humanos en razón de la orientación sexual y la identidad de género.	
Simbólicos y exhortatorios	Capacitación a actores de diversos subsistemas sociales (colegios, clínicas, cárceles, centros de detención de menores, universidades, policía, etc.) en respeto y no discriminación de orientaciones sexuales e identidades de género-diversas.	Generación de representaciones sociales
	Campañas y estrategias culturales para el respeto a la diferencia sexual y de género.	
Aprendizaje	Generación de convenios con actores académicos para la recolección de información sobre la situación de los derechos humanos de los SSLGBTI.	Deuteroaprendizaje

Fuente: Elaboración propia con datos del Plan operativo del proyecto de diversidad sexual del Municipio de Pereira, 2017.

A partir de la observación del ítem: “comportamiento esperable”, puede estimarse la distancia entre las acciones ejecutadas por el municipio y el mapa de problemas elaborado por el Ministerio del Interior. Los instrumentos confeccionados por la Alcaldía de Pereira generan una dotación mínima de capacidades para las personas que hacen parte de los SSLGBTI. Lo anterior, en tanto solo canalizan objetivos de política relacionados con la atención de discriminación (a través del acompañamiento legal) y la prevención a través de campaña. Obsérvese que la naturaleza de dichos instrumentos no es la instalación de capacidades, sino la reacción ante eventos discriminatorios y la prevención de estos solo a través de recursos simbólicos y exhortatorios.

A través de la aplicación del ICAPP se realizaron varias entrevistas con actores sociales del territorio. Dichos actores se caracterizan por ser representantes de las organizacionales sociales que promueven los derechos humanos de las personas de los SSLGBT en la ciudad de Pereira. Como se observa en los resultados cuantitativos del ICAPP (dimensión de participación social), este componente tuvo unos resultados regulares. En términos cualitativos, esto significa que, por un lado, los actores sociales se encuentran inconformes con las estrategias y acciones administrativas que ejecuta el municipio para los SSLGBT, por otro lado, también evidencia que, a juicio de los actores, la situación de ejercicio de derechos de los SSLGBT es problemática y deficitaria.

En relación al primer componente, los actores perciben que el municipio no desarrolla acciones adecuadas en términos de asistencia, atención, prevención y protección. Así mismo, plantean que la administración no incluye en sus programas de acción medidas de fortalecimiento técnico y financiero de las organizaciones sociales del territorio dedicadas a la movilización de agendas de reconocimiento para los SSLGBT. En detalle, los actores expresan que no se generan condiciones para el ejercicio del derecho a la vivienda, al empleo, a la recreación y el deporte, a la cultura, a la educación y al acceso a la justicia. En su percepción, no hay eficiencia en la remoción de obstáculos para el disfrute de dichas garantías en conexión con la orientación sexual y la identidad de género. En este relato se encuentra implícita la demanda por examinar la oferta de provisión de bienes y servicios en clave de las necesidades particulares que tienen los SSLGBT como población sometida a patrones históricos de discriminación.

En relación al segundo componente, los actores plantean que las características esenciales de las dinámicas de discriminación por orientación sexual e identidad de género son las siguientes:

1. Violencia física, psicológica y moral por parte de agentes de policía a mujeres trans y trabajadoras sexuales.
2. Violencia física, psicológica y moral en razón de la orientación sexual y la identidad de género.
3. Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el espacio educativo (todos los niveles) y en el espacio laboral.
4. Problemas para el ejercicio del derecho a la salud y el libre desarrollo de la personalidad en relación a los tránsitos identitarios realizados por hombres y mujeres transgénero.
5. Segregación del espacio público en razón de la orientación sexual y la identidad de género.
6. Déficits de información para el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos con enfoque de Osignn.

Conclusiones

El diseño de política estudiado tiene problemas de secuencialidad y coherencia en las acciones y objetivos que propone. Esto porque la cadena de valor que lo estructura no conduce al alcance del objetivo de política. Esta situación se produce debido que el mandato de disminución de pobreza multidimensional es abordado a través de acciones que solo desarrollan parcialmente algunas dimensiones. Al mismo tiempo, otras dimensiones quedan excluidas; esta información fue importante para el análisis, en la medida en que afinó la posibilidad de revisar el contenido de las acciones desde el diálogo entre el EF y el ED.

A través de esto se evidenció que el diseño de acciones y objetivos no es funcional para la generación de capacidades, en tanto adjuntan problematizaciones de la realidad que asumen la situación de derechos de los SSLGBT como reacción a eventos discriminatorios. Adicionalmente los instrumentos de diseño utilizados para provocar giros culturales son incipientes y dependientes de mecanismos meramente discursivos. Esta visión está inspirada en una narrativa que desconoce las consecuencias generadas por los procesos históricos de discriminación y exclusión de las personas con OSEIGNN.

De las problemáticas planteadas por el Ministerio del Interior en su árbol de problemas, son pocas las abordadas en las políticas públicas del municipio de Pereira. Bajo el EC, la batería de indicadores revisados muestra que las acciones relacionadas están orientadas al: fortalecimiento de organizaciones sociales, disminución de la prevalencia de discriminación, campañas culturales de respeto a la diversidad sexual y ampliación de participación. También se incluye la formulación de una política de focalización poblacional para agrupar acciones intersectoriales.

Estas acciones no traducen el enfoque de las capacidades por las siguientes razones:

1. No hay un objetivo explícito de distribución de capacidades para el alcance del bienestar.
2. Las acciones antidiscriminación son reducidas teniendo en cuenta los sistemas sociales donde opera la exclusión en razón de la orientación sexual y la identidad de género.
3. La dotación de capacidades organizacionales es incompatible con el enfoque individualista del discurso de las capacidades.
4. Por la falta de instrumentos de interseccionalidad, las acciones están concebidas para generar mínimos de “capacidad de relacionamiento” en campos reducidos de la sociedad.

Teniendo en cuenta los objetivos de la política nacional, los resultados de la aplicación del ICAPP, los resultados derivados de la aplicación del ED y EF como estrategia analítica propongo para la discusión, el siguiente repertorio de acciones de política diseñadas bajo una lógica de derechos y capacidades. En este sentido dichas acciones corresponden a insumos para pensar la territorialización de la política nacional dirigida a las personas de los SSLGBTI.

T A B L A 2 . 5 .
Metas a territorializar

Ejes estratégicos	Metas
<p>1. Fortalecimiento de capacidades y competencias institucionales</p>	<p>Consolidar desarrollos institucionales para el reconocimiento, garantía y ejercicio de derechos de las personas que hacen parte de los sectores sociales LGBTI y de personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas.</p>
	<p>Dotar a las instituciones responsables de la política pública de capacidades para dar respuesta efectiva a las necesidades de la población.</p>
	<p>Incorporar el enfoque de orientaciones e identidades de género diversas en la gestión de los servidores públicos y en los procesos misionales de las instituciones.</p>
	<p>*Incentivar la unificación de variables en la recolección de información y sistemas de información existentes, que permitan la caracterización del estado de satisfacción de los derechos y el registro de las personas que hacen parte de los SSLGBTI y de personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas.</p>
	<p>Posicionar la inclusión del enfoque de orientaciones sexuales e identidades de género diversas en la planeación estratégica y documentos relevantes de las instituciones concernidas.</p>
	<p>Establecer mecanismos y lineamientos de política pública para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de poblaciones vulnerables dentro de las personas que hacen parte de los SSLGBTI, tales como: personas en situación de discapacidad, habitantes de la calle, personas consumidoras habituales de sustancias psicoactivas, adultos mayores -envejecimiento humano y vejez-, trabajadores sexuales, personas que viven con VIH -o en riesgo de contraerlo- personas privadas de la libertad, personas del sector rural.</p>
	<p>Establecer parámetros o directrices para incluir el enfoque diferencial y lenguaje incluyente en los servicios sociales del Estado.</p>
	<p>Diseñar e implementar mecanismos para garantizar una vida libre de violencias a niños, niñas, adolescentes y jóvenes de los SSLGBTI y con orientaciones sexuales e identidades de género diversas.</p>
	<p>Fomentar el desarrollo institucional para la territorialización de la política pública orientada a la garantía del ejercicio efectivo de los derechos de las personas que hacen parte de los SSLGBTI y de personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas.</p>
	<p>Fortalecer instancias y mecanismos de articulación y coordinación de la política pública.</p>
<p>Realizar ajustes institucionales para el reconocimiento y reparación a víctimas de los SSLGBTI en el marco de la Justicia Especial para la Paz y el Posconflicto.</p>	
<p>2. Cambio cultural e imaginarios sociales</p>	<p>Transformar imaginarios culturales que producen discriminación y prejuicios contra las personas que hacen parte de los SSLGBTI y de personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas.</p>
	<p>Reducir la segregación que sufren grupos vulnerables dentro de los SSLGBTI.</p>
	<p>Promover el derecho a la cultura y a la comunicación. Promocionar el respeto y reconocimiento de personas que hacen parte de los SSLGBTI y de personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas.</p>

Ejes estratégicos	Metas
3. Promoción de capacidades organizativas de los sectores sociales LGBTI y de las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas.	<p>Generar capacidades en organizaciones y personas de los SSLGBTI para el ejercicio de sus derechos.</p> <hr/> <p>Promover la participación de personas y organizaciones de los SSLGBTI en espacios de incidencia política.</p> <hr/> <p>Fortalecer la incidencia política de las organizaciones y las personas de los SSLGBTI, a través de procesos de formación y sensibilización.</p>
4. Reconocimiento, garantía y acceso a derechos.	<p>Remover las barreras de acceso que impiden el ejercicio de derechos por parte de las personas y organizaciones de los SSLGBTI.</p> <hr/> <p>Implementar mecanismos para garantizar la promoción, acceso y permanencia de los SSLGBTI a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tales como: salud, vivienda, acceso a la justicia, educación, condiciones laborales dignas, cultura, recreación y deporte.</p> <hr/> <p>Promover el acceso de los SSLGBTI a servicios proporcionados por el Estado.</p> <hr/> <p>Mejorar la calidad de vida y de bienestar de los SSLGBTI.</p> <hr/> <p>Promover el ejercicio pleno de derechos de los SSLGBTI víctimas del conflicto armado y de otro tipo de violencias, por medio de mecanismos para la protección, la prevención, la atención, la asistencia y la reparación integral.</p> <hr/> <p>Disminuir la vulneración sistemática y sistémica de los derechos de las personas que hacen parte de los SSLGBTI.</p> <hr/> <p>Diseñar e implementar mecanismos que eviten el abuso policial y promuevan el respeto y garantía de los derechos de los SSLGBTI y personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas.</p> <hr/> <p>Implementar mecanismos de denuncia, investigación y judicialización de los derechos de los SSLGBTI y personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas.</p> <hr/> <p>Garantizar el acceso, ingreso y permanencia en establecimientos públicos y establecimientos comerciales a los SSLGBTI y personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas.</p>

Fuente: elaboración propia.

Referencias

- Araujo, Kathya y Mercedes Prieto (2008) *Estudios Sobre Sexualidades En América Latina*. Flacso —Sede Ecuador.
- Bosia, Michael (2014) “Strange Fruit: Homophobia, the State, and the Politics of LGBT Rights and Capabilities.” *Journal of Human Rights* 13 (3): 256–73.
- Carpenter, Mick (2009) The Capabilities Approach and Critical Social Policy: Lessons from the Majority World? *Critical Social Policy* 29 (3): 351–73.

- Claassen, Rutger, and Marcus Düwell (2013) The Foundations of Capability Theory: Comparing Nussbaum and Gewirth. *Ethical Theory and Moral Practice* 16 (3): 493–510.
- Colombia Diversa (2015a) *Cuando la guerra se va, la vida toma su lugar: Informe de derechos humanos de personas LGBT en Colombia 2013-2014*.
- Colombia Diversa (2015b) *Del amor y otras condenas: personas LGBT en las cárceles de Colombia*.
- Colombia Diversa (2010) *Situación de derechos humanos de la población LGBT. Informe alterno presentado al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas*.
- Colombia Diversa (2017) *Vivir bajo sospecha – informe sobre violencia hacia personas LGBT en el conflicto armado colombiano*.
- Feinberg, Joel, and Jan Narveson (1970). The Nature and Value of Rights. *The Journal of Value Inquiry* 4 (4): 243–60.
- Gray, Mary L, Colin R Johnson y Brian J Gilley (2016). *Queering the Countryside: New Frontiers in Rural Queer Studies*. NYU Press.
- Kleist, Chad (2017). *Developing Capabilities: A Feminist Discourse Ethics Approach*.
- Laderchi, Caterina Ruggeri (2000) *The Monetary Approach to Poverty: A Survey of Concepts and Methods*. Queen Elizabeth House.
- Mills, Elizabeth (2015). *Leave No One Behind?: Gender, Sexuality and the Sustainable Development Goals*. IDS.
- Nussbaum, Martha. (1987a) *Nature, Function, and Capability: Aristotle on Political Distribution*. Vol. 31. World Institute for Development Economics Research of the United Nations ...
- Nussbaum, Martha. (1987b). *Non-Relative Virtues: An Aristotelian Approach*. World Institute for Development Economics Research.
- Nussbaum, Martha. (1988). Aristotelian Social Democracy. In *Necessary Goods: Our Responsibilities to Meet Others' Needs*, Edited by Gillian Brock, 135-56. Lanham, Maryland: Rowman and Littlefield Publishers, Inc.

- Nussbaum, Martha. (1992) Human Functioning and Social Justice: In Defense of Aristotelian Essentialism. *Political Theory* 20 (2): 202–46.
- Nussbaum, Martha. (1998a) “Political Animals: Luck, Love and Dignity.” *Metaphilosophy* 29 (4): 273–87.
- Nussbaum, Martha. (1998b) “Public Philosophy and International Feminism.” *Ethics* 108 (4): 762–96.
- Nussbaum, Martha. (1999) *Sex and Social Justice*. Oxford University Press.
- Nussbaum, Martha. (2000) The Costs of Tragedy: Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis. *The Journal of Legal Studies* 29 (S2): 1005–36.
- Nussbaum, Martha. (2001) *Women and Human Development: The Capabilities Approach*. Vol. 3. Cambridge University Press.
- Nussbaum, Martha. (2004) “On Hearing Women’s Voices: A Reply to Susan Okin.” *Philosophy & Public Affairs* 32 (2): 193–205.
- Nussbaum, Martha. (2007) Liberty of Conscience: The Attack on Equal Respect. *Journal of Human Development* 8 (3): 337–57.
- Nussbaum, Martha. (2009) *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*. Harvard University Press.
- Nussbaum, Martha. (2011) *Creating Capabilities*. Harvard University Press.
- Nussbaum, Martha. (2016). *A Development Agenda for Sexual and Gender Minorities*. Williams Institute, UCLA School of Law.
- Nussbaum, Martha. (2017) Capabilities, Entitlements, Rights: Supplementation and Critique. In *Justice and the Capabilities Approach*, 173–87. Routledge.
- Rawls, John. (1999) *The Law of Peoples: With, the Idea of Public Reason Revisited*. Harvard University Press.
- Rawls, John. (2009) *A Theory of Justice*. Harvard university press.

- Rosen, Michael (2012) *Dignity: Its History and Meaning*. Harvard University Press.
- Sen, Amartya. (1990). Development as Capability Expansion. *The Community Development Reader*, 41–58.
- Sen, Amartya. (2005) Human Rights and Capabilities. *Journal of Human Development* 6 (2): 151–66.
- Thoreson, Ryan Richard (2009) Queering Human Rights: The Yogyakarta Principles and the Norm That Dare Not Speak Its Name. *Journal of Human Rights* 8 (4): 323–39.
- Whitehead, J, John Shaver, y Rob Stephenson (2016) Outness, Stigma, and Primary Health Care Utilization among Rural LGBT Populations. *PLoS One* 11 (1): e0146139.
- Ingram, Helen y Anne Schneider (1997) *Policy Design for Democracy*. University Press of Kansas, Lawrence, Kansas.
- República de Colombia. (2018a) *Informe técnico. Índice de Capacidad Administrativa de política pública*. Ministerio del Interior.
- República de Colombia. (2018b) *Informe técnico. Índice de Capacidad Administrativa de política pública-Pereira*. Ministerio del Interior.
- República de Colombia. (2018) *Documento de política. Pobreza monetaria y pobreza multidimensional. Análisis 2010-2017*. Departamento Nacional de Planeación.

Capítulo III

Derechos humanos: Paradoja funcional de relaciones individuo/derecho

Joaquín Andrés Gallego Marín¹

Universidad Libre de Colombia,
Seccional Pereira

¹Abogado, Licenciado en Etnoeducación y Desarrollo Comunitario, Magíster en Educación, candidato a Doctor en Derecho. Docente investigador y titular en la Universidad Libre, campus Pereira. Perteneciente al grupo de investigación: Derecho, Estado y Sociedad de la Universidad libre.

Correo electrónico:

joaquina.gallegom@unilibre.edu.co;

jgallegomarin@gmail.com

Resumen

El lector se encontrará la necesaria discusión de cuatro aspectos que son tratados para implicarlo en una circunstancia de observación de los derechos humanos, en torno a una reflexividad epistémica de los sistemas sociales: (I) el giro desde la complejidad en que están rodeados los derechos humanos en el contexto de la sociedad descentrada; (II) lo funcional-estructural para observar los derechos humanos en un contexto de la sociedad descentrada; (III) individuo/derecho como un marco para comprender la funcionalidad de los derechos humanos; y (IV) observancia de los derechos humanos en un contexto de decisiones judiciales del tribunal constitucional colombiano.

Palabras clave

Complejidad, Derechos Humanos, Paradoja y Sistema/Entorno.

Introducción

La temática de los derechos humanos es una de las más recurrentes en los ámbitos comunicativos de la sociedad, pues se construyen amplios reparos por los niveles representacionales que las personas construyen sobre ellos. Tanta es la posibilidad de consideraciones, argumentos y discursos que se han elaborado de los derechos humanos, que ante ellos se tiene una amplia cantidad de información que moldea formas de apreciarlos y rechazarlos, o de transgredirlos y protegerlos; sin embargo, sí resulta en un buen predominio cognitivo de las personas, que los derechos humanos son derechos que protegen la integridad del ser cuando se percibe que la expectativa de lo humano no se está cumpliendo; así, por ejemplo, como coinciden Pintos (1999) y Luhmann (2000), las formas de hacer evidente la existencia de los derechos humanos es cuando en la realidad vivida se presentan sus violaciones.

Hay que tener en cuenta que más allá de los mundos representacionales de los derechos humanos que se configuran las personas, estos son observados por unos otros estructurales o funcionales integradores de la sociedad, que le cargan significaciones que han permitido expandir el panorama conceptual, epistemológico y metodológico de estudio. Tanto es ello, que se encuentran referencias desde lo disciplinar a lo interdisciplinar que han elaborado formas reflexivas de los derechos humanos que han construido la circularidad de lo teórico a lo pragmático.

Desde las dos visiones anteriores es posible indicar que ante los derechos humanos hay amplitud de la expectativa normativa y cognitiva, cuyos alcances pueden llevar casi a aceptar la consideración de Harrison (2005) al indicar sobre la polarización indebida de los aspectos teóricos y prácticos de los derechos humanos. Pero, si se tiene presente que la indicación de polarización del autor es una forma, de las diferentes posibles, que se construyen de los derechos humanos, entonces es posible que también sea operable únicamente si se tiene en cuenta que es una forma de observar a dichos derechos en un contexto de la sociedad; como es igual a la forma de observarlos como positivos/naturales, buenos/malos o transgredidos/protegidos.

Por ende, esta ponencia se edifica desde la investigación: *Derechos humanos: paradoja de la incomunicabilidad comunicada en el sistema del derecho*, en el marco del desarrollo de la tesis de doctorado, cuya finalidad es observar a los derechos humanos

como un elemento del sistema de la sociedad donde opera, esto por relaciones comunicativas que se realizan entre sistemas y entornos, mas no como objetos sometidos a una cognición estrictamente humana. Con lo anterior, se busca poder mostrar con el procesamiento metodológico del funcional-estructuralismo la posibilidad de plantear la alternativa de reflexionar los derechos humanos en el contexto de la sociedad como elemento de esta, conformados por relaciones comunicativas y distinciones de sentido que se edifican por sistemas funcionalmente relacionados con entornos.

Si se acota la visión de los sistemas sociales operada en los derechos humanos, como un elemento del sistema de la sociedad, es posible encontrar que el panorama de observación se amplía, si se tiene en cuenta que observar y operar los derechos humanos es un ejercicio de acción y vivencia que se hace por selecciones de distinción que lo integran, a los cuales Luhmann (2000) los considera como individuo y derecho [individuo/derecho].

El lector se encontrará con la discusión en cuatro puntos para implicar las forma de observar los derechos humanos en una reflexividad epistémica de los sistemas sociales: (I) el giro desde la complejidad en que están rodeados los derechos humanos en el contexto de la sociedad descentrada; (II) Lo funcional-estructural para observar los derechos humanos en un contexto de la sociedad descentrada; (III) individuo/derecho como un marco para comprender la funcionalidad de los derecho humanos; y (IV) observancia de los derechos humanos en un contexto de decisiones judiciales del tribunal constitucional colombiano.

Finalmente, se construye un corpus de conclusiones, que le mostrarán al lector unas reflexiones finales de los derechos humanos como elementos que son observados por el sistema del derecho, como productor de paradojas ante la unidad de la diferencia: individuo/derecho.

Planteamiento del problema

La teoría de los sistemas sociales propuesta por Niklas Luhmann (1998) ofrece una nueva mirada de la sociedad, la cual está relacionada por procesos comunicativos entre sistemas con su(s) entorno(s). Desde esa mirada, la sociedad se entiende como un sistema de comunicaciones antes que como la sumatoria de las acciones humanas que el funcionalismo (Harold Lasswell, Paul Lazarsfeld, Malinowski, Radcliffe-Brown) o el estructural funcionalismo (Emile Durkheim, Herbert Spencer, Talcott Parsons o Robert Merton) proponen.

Es desde este primer acercamiento que se comienza a perfilar. El estado en derechos humanos muestra un panorama en que: *primero*: Se habla y se expresa mucho sobre los derechos humanos, pero igualmente, se siguen transgrediendo; *segundo*: son derechos que han quedado en un nivel retórico de su uso y finalidad, mas no de su funcionalidad; *tercero*: son derechos en distinción a los derechos fundamentales; *cuarto*: su fundamentación y desarrollos epistemológicos han construido una complejidad semántica que han llevado a los derechos humanos a un estado de posibilitar y no posibilitar al que los evoca; *quinto*: los estudios socio-jurídicos en derechos humanos no han tenido en cuenta el desarrollo de la sociedad y la mutación impuesta de esta al ser humano; y *sexto*: el derecho y sus elementos, como los tribunales, han permitido la edificación de fundamentación y semánticas que han olvidado la relación próxima entre el derecho y el individuo como autorreferencia independiente de la sociedad.

Por lo cual, el ahora de las investigaciones presenta policontexturas de los derechos humanos, que han superado la pretensión sembrada como derechos en la sociedad moderna mediante la Resolución 217 A(III) del 10 de diciembre de 1948. Como derechos, estos no se quedan agotados por las discusiones que propongan las ciencias del pensamiento sobre el hombre o las elucubraciones de las organizaciones encargadas de conformar consideraciones y decisiones sobre ellos. Lo que ahora se estima como oportuno, conforme a la evolución de la sociedad moderna, está en considerar que esta es funcionalmente diferenciada y que el ser humano no es sujeto u objeto, sino un sistema de conciencia autorreferente que se diferencia de la sociedad y de los sistemas sociales; quien construye con la heterorreferencia las selecciones y decisiones de la relación con el otro como un entorno.

Si se tiene en cuenta que los tribunales, como sistemas, parten del sistema del derecho y desarrollan decisiones judiciales que implican la operación de relaciones de los derechos humanos, se encuentra que el derecho construye paradojas de apertura y cierre al ser humano como unidad, mediante las decisiones judiciales producidas por los tribunales, que para el caso de estudio fue la Corte Constitucional Colombiana. Entonces, la inquietud en cuanto a los derechos humanos se fue enrostrando cuando se eleva la pregunta ¿Cómo los derechos humanos en Colombia están contruidos en discursos paradójicos, que conllevan a acciones paradójicas, que le permiten a aquellos auto-reproducirse como sistema social en el sistema del derecho?

Justificación

Con el ejercicio de pensar los derechos humanos mediante un referente socio-jurídico que pone al individuo y al derecho como sistemas iguales, autorreferentes y creadores de sentido con los derechos humanos, se empieza a bosquejar que los derechos humanos están armados por paradojas en las decisiones judiciales, las cuales no se ven a simple vista o se muestran a una lectura que no observa las operaciones de distinción del administrador de justicia en relación al individuo y el derecho como unidad de los derechos humanos.

Por ende, tres aspectos justifican la intención investigativa de observar los derechos humanos en perspectiva funcional: el primero, la importancia a nivel teórico; como segundo, los vacíos encontrados en el análisis de las investigaciones empíricas y teóricas de los derechos humanos desde la sociología jurídica; y tercero, la aplicabilidad que pueden tener los resultados en la forma que se abordan los derechos humanos en el derecho —contexto colombiano—.

Ante el primer punto, está la presencia de la importancia social, jurídica, política y simbólica que poseen los derechos humanos en el contexto de la sociedad moderna e igualmente el alto nivel de desarrollos teóricos y metodológicos que se han tenido a partir del estudio de dichos derechos; no es posible encontrar claramente una teoría funcional-estructural de estos, la cual aborde claramente las cuestiones empíricas de los derechos humanos como objeto de estudio descriptible propiamente desde su propia unidad de sentido. También y de manera regular, la sociología general y jurídica han entrado a constituir conjuntos de estimación y aproximación a los derechos humanos como centro de estudio con diversidad de semánticas, conceptos, definiciones, denominaciones, características, clasificaciones, propiedades, elementos y operaciones que han permitido construir modelos teóricos y metodológicos de aplicabilidad en el entorno político, jurídico y social.

Pese a todo el despliegue de aspectos de fundamentación [dogmática] que se ha construido de los derechos humanos, se hallan fuertes brechas de estabilización teórica y estados de escepticismo y demérito ante la funcionalidad de estos en el contexto de la sociedad, de tal manera que, algunos autores tratan de la complejidad y la paradoja que se constituye de los derechos humanos por la generalización de discursos, pero al mismo tiempo del aumento de la violaciones y vulneraciones de dichos derechos conllevando a concebirse por la generalidad de los ciudadanos como la sinrazón de la inhumanidad del ser humano en la sociedad posmoderna.

En el trasfondo del ámbito de los derechos humanos se encuentran perspectivas de observación teóricas y metodológicas que han incrementado la percepción y el conocimiento constructivo de la(s) realidad(es) del(los) mundo(s). Pero también hay que tener presente que en los derechos humanos existen elementos, operaciones, distinciones, observaciones, sentidos y valores construidos relacionamente por la sociedad, mediante la cual se puede encontrar un mayor flujo de información que constituye dichos derechos cuando se observan como sistemas autorreferentes dentro del sistema social; por lo cual es pertinente que en la observancia de los derechos humanos se parta desde la necesidad de un abordaje de la teoría de sistemas sociales, propuesto por Luhmann (1998), a intención de construir descripciones a partir de la relaciones de relaciones que existen en dicho sistema.

Por consiguiente, abordar los derechos humanos desde la teoría de los sistemas sociales es ubicarse en un ámbito sociológico de los derechos, como un sistema de referencia dentro del sistema social constituido por relaciones y enlaces operativos de orden comunicativo construido entre los sistemas. Implica observar los derechos humanos desde los acontecimientos fácticos en estos, mas no desde una cuestión de problema de existencia del naturalismo normativo o del positivismo metodológico de tales derechos (dogmática jurídica).

Las investigaciones empíricas que usan la teoría de los sistemas sociales muestran una plausibilidad paradójica de los derechos humanos como función de la estructura en que se pueden aportar nuevos discursos y referencias de estos derechos desde la perspectiva sistémica; las proximidades metódicas que las matemáticas del procesamiento de las formas y la teoría cibernética de la observación de segundo orden, que, pese al ejercicio desarrollado por las investigaciones empíricas que trabajan la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann, no se potencian desde el legado de la complejidad de la sociedad, el derecho, la política, la ciencia, entre otras, observadas como sistemas; por ello, los resultados de las investigaciones identificadas en el estado del arte dan cuenta de aproximaciones tímidas -pero muy importantes-, al mundo epistémico de los derechos humanos observados como sistemas sociales parciales conformantes de comunicaciones/acciones.

Finalmente, el tercer ámbito motivacional del presente proyecto se dibuja en la aplicabilidad que puede tener los resultados en la forma que se aborda los derechos humanos en Colombia, pues frente a la pregunta: ¿Qué nuevos aportes permite la teoría de los sistemas sociales en la función de los derechos humanos en la sociedad

moderna altamente diferenciada al observarlos como sistema parcial del sistema social?, es necesario comprender que los derechos humanos se visualizan inicialmente como una función con la que se construye estructura en relación organizacional, los cuales son fácilmente comprensibles en la medida que se demuestren en el estado de desarrollo empírico los actos de la sociedad, y que al igual que los sistemas, estos se comprenden en la medida que se pueden mostrar empíricamente.

Objetivo general

Explicar la auto-reproducción de los derechos humanos en el sistema social colombiano, mediante la paradoja de los discursos y las acciones paradójicas en el derecho humano de la dignidad.

Objetivos específicos

1. Determinar los diferentes discursos paradójicos que se han dado en la dignidad (étnica, género, muerte, vida) como derecho humano en el sistema social del derecho colombiano.
2. Seleccionar acciones paradójicas relacionadas con los discursos paradójicos que se han dado en la dignidad como derecho humano en el sistema social del derecho colombiano.
3. Establecer la relación entre los discursos paradójicos y las acciones paradójicas en los derechos humanos en el contexto colombiano, respecto a la dignidad en el sistema social del derecho.

Marco teórico

Los derechos humanos en el marco de la teoría de sistemas sociales, aportada por Niklas Luhmann, generan una distinción observacional en el contexto de la sociedad como sistema de comunicaciones y no de meras acciones humanas que el funcionalismo (Harold Lasswell, Paul Lazarsfeld, Malinowski, Radcliffe-Brown) o el estructural funcionalismo (Emile Durkheim, Herbert Spencer, Talcott Parsons o Robert Merton) proponen; pues así construyen un estado de la temática en su avance, tanto en el derecho como en los estudios socio legales en que los trabajos de investigación han focalizado el análisis, teorización, conceptualización, o que, metodológicamente, han

trabajado la concepción de los derechos humanos como construcción de la sociedad moderna funcionalmente diferenciada bajo la óptica epistémica funcional-estructuralista que construyó Luhmann, bajo la óptica de su teoría de los sistemas sociales.

Dicha condición, se asume como base para poder entender y asumir los derechos humanos como elementos autorreferentes y heterorreferentes en el marco del derecho colombiano, conforme a la distinción con los derechos fundamentales. De esta forma, los derechos humanos están cargados de expectativas normativas y cognitivas de valor superior a cualquier otro derecho operado en relación de distinción por sistemas psíquicos y sistemas sociales, como el derecho por enlaces comunicativos que unen y desunen la relación por las propias operaciones que se efectúan entre uno u otro sistema.

Estar ubicados en la teoría funcional-estructuralista construida por Luhmann indica que ya no es posible estudiar la sociedad moderna de manera estratificada, como la concepción marxista o weberiana lo hacían, dado que se centraban en el estudio de las acciones intencionales de los sujetos. Por consiguiente, la teoría de los sistemas sociales pretende explicar los fenómenos sociales desde su propia observación, por lo que distingue entre identidad y diferencia y describe la sociedad de un modo muy diferente.

Luhmann (1998), desde su teoría replantea y edifica operadores conceptuales con los que construye un fundamento de la sociedad como sistema único, autorreferente, formado por comunicaciones, tantas como indeterminadas, que son percibidas en el momento de la selección que haga el selector. Con este aspecto trazado de la comunicación y la selección, aparece la necesaria comprensión de cómo se hace este proceso mediante la concepción sentido². El autor trata de estimar que en la constante evolución social siempre estará presente la complejidad y la autorreferencia, por lo que toda experiencia de sentido es una continua actualización de posibilidades que permite observar las diferencias entre lo que se da en la actualidad y lo que es posible en la complejidad y autorreferencia material, temporal y social.

.....

2 Para mayor comprensión del concepto de sentido, también es importante remitirse a Husserl, pues Luhmann introduce dicha concepción desde la fenomenología. Aunque desde esta perspectiva no se estima la concepción de sistema, sus diferenciaciones (exclusiones) y la trascendencia de los sistemas autorreferentes, como el psíquico o social, aparece como una forma de referencia de vivencia y acción en el mundo circundante e intersubjetivo (véase a Husserl [1962, pp. 68 y ss] *Ideas relativas a la fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*).

Se trata de una conquista evolutiva de los sistemas sociales, puesto que el sentido no es solo la selección que generan los sistemas psíquicos, sino también los sociales en los que hay vivencia y acción. El sentido se reproduce a través de un proceso de experimentación que continuamente lo actualiza, refiriendo así a otras posibilidades (potencialidades) que se dan en las operaciones de los sistemas.

El cambio epistémico de sujeto/objeto, sujeto/sujeto o el individuo/el otro, a la relación *alter ego*³ por la necesaria relación comunicativa que un alter establece con un ego en los procesos comunicativos que se distinguen, seleccionan y deciden. Es desde allí que Gallego (2015), a propósito del paso epistémico propuesto por Luhmann, observa:

La referencia a observador del sistema, para Luhmann, no se reduce a una persona -investigador, político, juez o legislador- sino que se extiende a los propios sistemas que utilizan el observar como operación recursiva para constituir distinciones e indicaciones de las operaciones que se hacen al interior de este, otros sistemas y entornos. Lo que pretende Luhmann es superar la condición mostrada por la epistemología clásica de los sujetos en la relación sujeto/objeto como esquema de la concepción del observado. Este autor, lo que pretende presentar es que el sistema de conocimiento en la relación sujeto/objeto se debe transformar, pues mediante la pregunta ¿Por qué el observador tiene que ser necesariamente un sujeto?, Luhmann epistémicamente posee desde la teoría de los sistemas sociales que el observador es también un sistema que también tiene la capacidad de observar a otros sistemas, subsistemas y entorno, porque los sistemas tienen la capacidad de ubicación reflexible al mismo nivel de los otros sistemas y de hacer distinción e indicación desde las propias operaciones observadas de los otros sistemas. En ambos casos, el sistema que observa atribuye la selección al sistema observado: en el primer caso como su actuar, y en el segundo caso como su vivencia de selecciones del entorno. La diferencia está en el hecho de que el sentido experimentado se toma como constituido de manera externa, en el entorno del sistema observado, mientras el sentido de la acción se toma como reducción de complejidad por parte del sistema observado. (p. 52)

.....
3 Por encima de las críticas a la posición de Luhmann sobre el individuo en la sociedad, lo que hay que comprender es que no se borran o deshumanizan las ciencias sociales, sino que traspasan en la episteme funcional-estructuralista en que las operaciones de la sociedad se dan en los sistemas sociales y no en los individuos.

Lo anterior conduce a construir un referente de la sociedad bajo el referente del sentido. Se parte desde la vitalidad e importancia que detenta la relación hombre y sociedad, pero adoptando al hombre como un sistema de conciencia (observadores y referenciadores de sí mismos) con otros, capaz de constituir sus propios elementos y operaciones como sistema psíquico autorreferente e independiente de la sociedad, a modo de unidades funcionales de relaciones entre sistema/entorno:

No hay comunicación entre individuo y sociedad, ya que la comunicación es siempre solo una operación interna del sistema de la sociedad. [...] la sociedad no puede salir de sí misma con sus operaciones y tomar al individuo; con sus propias operaciones solo puede reproducir sus propias operaciones. (Gallego, 2015, p. 62)

En consecuencia, las operaciones de los sistemas sociales, (por ejemplo, el derecho) se efectúan de forma autónoma del sistema psíquico, pero en relación con el sistema psíquico. Se trata de una autoconstrucción que continuamente es reproducida como sistema ante el entorno. ¿Cómo es esto? Luhmann (1998) asume la concepción de sistemas sociales como aquellos sistemas clausurados en sus operaciones de manera autónoma por el nivel de conciencia interna del sistema, pero de relación con el entorno.

Metodología

Esta investigación se direcciona ante una perspectiva de investigación cualitativa; en términos de Deslauriers (2004):

[...] la investigación cualitativa no rechaza las cifras ni las estadísticas pero no le concede simplemente el primer lugar, se concentra ante todo sobre el análisis de los procesos sociales, sobre el sentido que las personas y los colectivos dan a la acción, sobre la vida cotidiana, sobre la construcción de la realidad social. (p. 6)

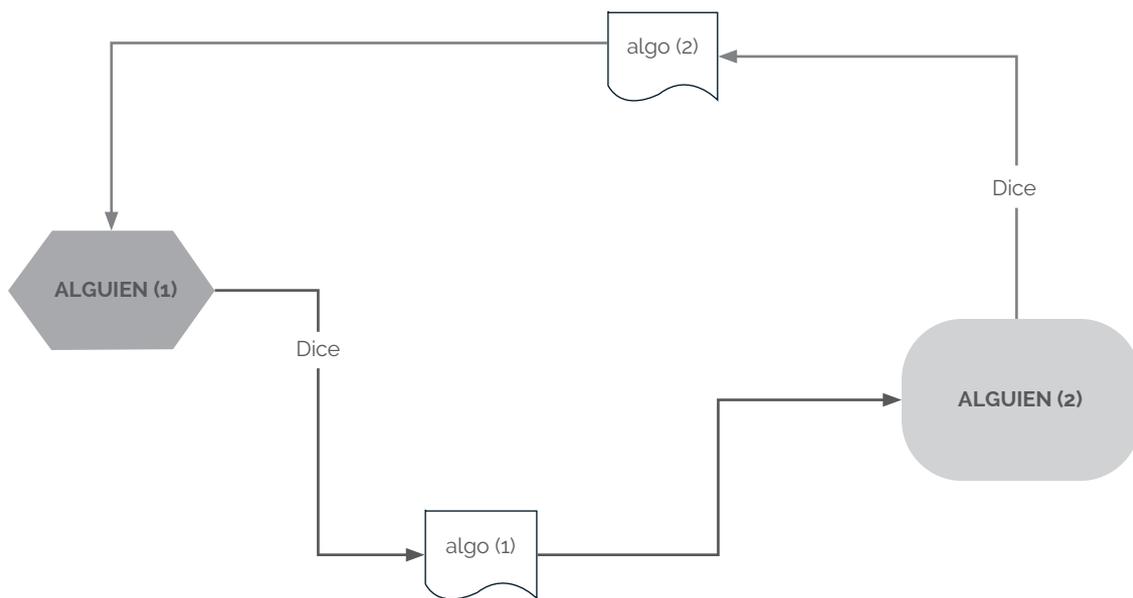
Ya que en el trasfondo de la investigación en derechos humanos, en el caso particular, interesa la construcción de sentido que se produce por la Corte Constitucional en los fallos cuyo tópico de análisis es la dignidad humana. Por ende, en el contexto de investigar en las ciencias jurídicas se plantea el desarrollo de una investigación con enfoque socio-jurídico, pues se hacen aproximaciones reflexivas del proceso comunicativo y de acciones presentadas en el seno de la sociedad como sistema en que los derechos humanos son una unidad de la distinción individuo/derecho.

Al tener claridad en lo conceptual, se eligió una muestra de sesenta y cinco sentencias, cuyo criterio de selección fue la vulnerabilidad de la dignidad humana presente en ellas, entre los años 2013 a 2016, que funge como dato empírico, según los demandantes, que los magistrados de la Corte Constitucional debían resolver, mediante una decisión.

El modelo interpretativo que guía el examen de las decisiones de las sentencias seleccionadas es la idea de comunicación de Luhmann. Así las cosas, el esquema tiene la siguiente estructura: Un primer alguien (1) le dice algo (1) a un segundo alguien (2), y este segundo alguien le dice un nuevo algo (2) a ese primer alguien, desde lo dicho por el primero y así sucesivamente. La figura 3.1 presenta un esquema que sintetiza todo el proceso.

FIGURA 3.1.

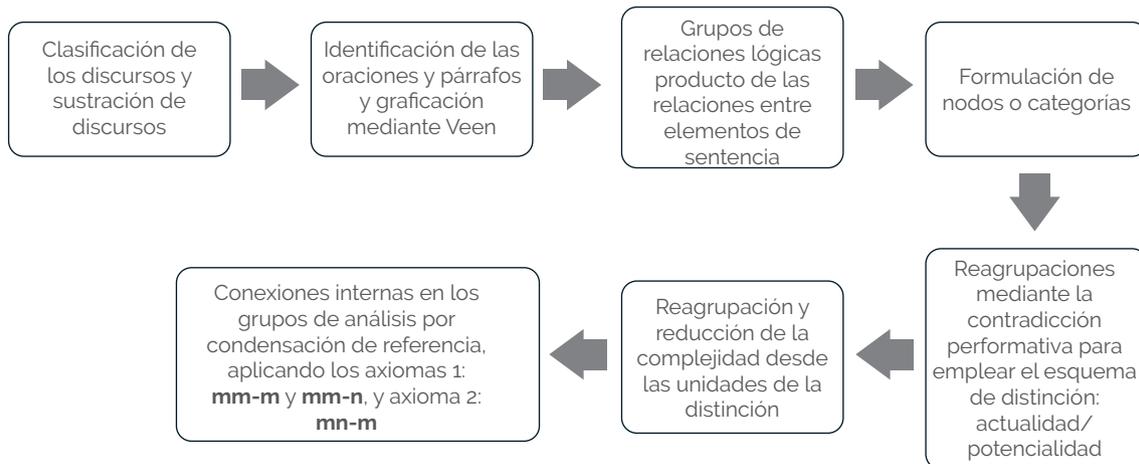
Mirada comunicativa de la sociedad desde Niklas Luhmann



Fuente: elaboración propia.

Teniendo en cuenta lo anterior, se creó un proceso metodológico de siete fases que permitió analizar, organizar sistematizar e interpretar la información, e ir conformando los niveles de hallazgos principales del presente documento. El proceso metodológico se edificó de la siguiente forma:

FIGURA 3.2.
Modelo metodológico de nivel de análisis



Fuente: Elaboración propia.

Con las siete fases anteriores, se posibilita un mayor nivel de elaboración y abstracción de análisis por cada nodo o categoría, al acudir a la concepción luhmaniana, “la reducción correcta” (Luhmann, 1996), que enlaza la semántica del esquema que se venía operando desde la fase 5, y permiten mediante la connotación teórica de la paradoja, definida por Luhmann, en medio constructor de enunciados de paradoja como medios deductivos que muestren resultados contrarios a la expectativa razonable que tendría que suceder.

Para poder construir paradojas fue necesario recurrir a la clasificación por colores en los campos semánticos de distinción que encierran términos distintivos y significativos como unidad de las distinciones, aunque sobre existan distinciones de las que no se tiene la posibilidad de agrupación por no tener unión con los criterios semánticos comunes. Con el proceso descrito y aplicando la concepción de la reducción correcta, se conformaron paradojas por cada nodo de diferenciación. De esta forma, surgió un total de 42 paradojas llamadas específicas que condensaban las diferentes distinciones ubicadas por cada nodo, pero al mismo tiempo, concentraron la expresión de sentido que se iba expresando en cada nodo.

Las 42 paradojas se someten a un procesamiento basado en la unidad de la distinción: individuo/derecho que forma la diferenciación ‘derechos humanos’ y por

conexiones semánticas, las cuales permiten llegar a paradojas de los derechos humanos, en las que ya es posible observar el esquema de distinción, selección y decisión que mayoritariamente se empleó por los magistrados de la Corte Constitucional en las 65 sentencias sometidas a observación sistémica.

Discusión

Observar los derechos humanos en un contexto de sociedad descentrada

A propósito del tema de los derechos humanos, es recurrente que en el marco de las construcciones doctrinales exista una gran proliferación de esta clase de derechos en planos históricos, sociológicos, filosóficos y antropológicos. Pero el caso no es exclusivo del derecho, pues en otros ámbitos disciplinares, independientes del derecho se encuentra una gran proliferación de estudios relativos a los derechos humanos que hacen aportes conceptuales, teóricos, categoriales o metodológicos. Estos aportes terminan siendo de provecho en la esfera del mismo derecho y en contextos políticos, sociales, religiosos, entre otros.

A partir de allí, se puede señalar que los derechos humanos constituyen un campo disciplinar muy amplio y diverso, pues son del interés de disciplinas como el derecho, la sociología, las ciencias políticas, la economía y de otras muchas ciencias sociales y humanas, toda vez que desde allí se han conducido ejercicios de reflexión, teorización, conceptualización, cuantificación, comparación, normatización o procesamiento. Se trata de ejercicios que han procurado producir significación, simbolización o semántica al respecto de los derechos humanos. No obstante, como lo advierte Harrison (2005), esta situación comporta la polarización indebida de los aspectos teóricos y prácticos de los derechos humanos y finalmente, la orientación académica. Es una situación en la que se ha puesto a los derechos humanos, por su carácter interdependiente y multidimensional.

Si como Luhmann (1998) lo sugiere, los sistemas sociales practican sus propias operaciones de distinción e indicación, los derechos humanos, también lo hacen. De allí que, en cuanto sistemas independientes, se pueda observar que los derechos fundamentales “son algo enteramente distinto a los derechos humanos” (2010, p. 99), pues ambos poseen una presentación funcional específica conforme a operaciones y observaciones que diferencia el observador. Es a lo que Luhmann (1998), desde su

pretensión sistémico-funcional, denomina como diferenciación funcional, en calidad de mecanismo encargado de organizar los procesos comunicativos de los sistemas, de los subsistemas y de sus elementos.

Esta reflexión asume la tesis que Luhmann formula a propósito de la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales. El autor sugiere que ambos derechos se definen desde su función como elementos contingentes y confrontables entre sí, en el marco de los sistemas sociales, pero, al tiempo, acoplados estructuralmente mediante las funciones que cumplen en situaciones concretas. El autor indica que la función de los derechos fundamentales “resulta finalmente de los problemas de formación de los sistemas sociales y de la diferenciación funcional” (2010, p. 308), y que los derechos humanos “sirven en términos de funciones sistémicas, para mantener abierto el futuro de la reproducción autopoiética de los diferentes sistemas” (Luhmann, 2005, p. 172).

Es así como la diferenciación funcional sugiere que los derechos humanos no se reducen a la praxis jurídica y supone que mirarlos desde la complejidad de las circunstancias (por ejemplo, las fundamentaciones teóricas, los cambios estructurales de la sociedad, las semánticas legales, las paradojas, las formas de observación científica, entre otras), puede alterar su función en el derecho u otro sistema.

Para Luhmann (2000), los derechos humanos no se reducen a dispositivos normativos o cognitivos, pues los comprende mediante las funciones que pueden desempeñar dentro del sistema y los entiende desde lo que ellos son o no son. El interés del autor apunta a observar los sistemas sociales y sus elementos en el contexto de la complejidad de la sociedad moderna, en la cual se desarrollan operaciones comunicativas y observaciones de las operaciones que entrelaza los sistemas y de los sistemas con sus entornos. Así, Luhmann propone observar los derechos humanos como disposiciones estrecha y puramente sociales, contenedoras de expectativas normativas y cognitivas de orden comunicativo por la diferenciación a que estos derechos están sometidos.

El marco para comprender la funcionalidad de los derechos humanos en la sociedad descentrada

Agamben (2000) da una proporcionalidad de un encuentro del ser humano con la forma de construir contingencia de los Estados sobre los derechos humanos “[el Estado] puede dejar al sujeto dentro y fuera de la ley al mismo tiempo. Fuera de la ley,

deja de ser un sujeto jurídico y se transforma en una mera existencia, una “nuda vida” (Link, 2001, pp. 26); o también, las contingencias que conforma la sociedad ante los derechos humanos en la medida que discursos y hechos son tomados como referentes para indicar algo de dichos derechos. Quizá no se está enfrentando a considerar los derechos humanos como una posibilidad no exacta, o contrario a ello, que se hayan tenido muchos encuentros y desencuentros con estos derechos como inacabados y que constantemente están en construcción.

Si se da a la tarea de considerar lo que se ha construido de los derechos humanos, y eso solamente desde la proclamación de 1948, se tiene un anaquel físico y digital de textos académicos y no académicos que ha generado un entramado amplio de selecciones e indicaciones sobre dichos derechos en el largo camino de las disciplinas que se han encargado de estudiarlos [derecho, sociología, política, filosofía, antropología, economía, y demás]. Sin embargo, si se ubica en el ámbito de la sociedad, es posible constituir otro tipo de aproximaciones a los derechos humanos y al mismo tiempo de la representación que se ha construido de ellos. Desde lo anterior, es posible indicar que los derechos humanos serían uno de los tipos de derechos que tienden a tener una construcción no simétrica por construirseles diferentes propiedades más allá de la lógica dual.

Si se tiene en cuenta el referente conceptual que nos presenta Gotthard Günther (1972) cuando lleva a reconsiderar el dominio lógico de los valores estructurales de la cognición del sujeto, la cual no se puede simplificar a la relación de valor indicado y no indicado, o verdadero y falso, o como pasa en la decisión judicial: culpable o inocente. También es potencial que se asuma que la sociedad tiene la posibilidad de construir contexturas que van más allá de observar dualmente las vivencias y acciones que se conforman de los derechos humanos.

Si se observa el modelo de pensamiento de Günther, en relación con la vida y las practicas que se construyen como humanos en relación con él o lo otro, entonces lo policontextural es una lógica que permite construir otra lógica sobre el objeto o el sujeto en un carácter complejo, abierto y sin límites.

El modelo de pensamiento no muestra que la designación que hace el observador del objeto o del sujeto, es solo una forma de limitar la órbita multinivel que poseen. Esto es, que la forma de la observación sobre el objeto o el sujeto debe cambiar de la conceptualidad referida de estos a partir de la representación del ser humano

individual como sujeto, como unidad de referencia, para pasar al nivel de la construcción y las formas de la elaboración de la construcción del ser humano individual como sujeto, así como las del objeto, se procesan por las distinciones y selecciones tejidas en las relaciones comunicativas sociales con las que se edifican determinaciones del por qué y para qué del sujeto o el objeto.

Entonces, frente a los derechos humanos, la posición no es tratarlos como objetos de observación, sino de ubicarlos como una construcción que surge por percepciones, selecciones y distinciones que producen los sistemas de conciencia que integran la sociedad. De ninguna manera se trata de la relativización y puesta en nivel de contradicción de los derechos humanos por la multiplicidad de percepciones, selecciones y distinciones que hay en la sociedad, sino de poner en consideración la imperiosa posibilidad de que dichos derechos están sometidos a múltiples valores construidos desde las relaciones comunicativas planteadas en el contexto de la sociedad generalizada compuesta por sistemas de conciencia, elaboradoras de comunicación.

Se hace un traslado a una epistemología de constructivismo de los derechos humanos, en donde no solo se descubre el ser-construido por los otros como atribuciones, sino construidos por las relaciones comunicativas que se hacen entre sujetos, entre estos y los otros, pero al mismo tiempo de estos con los propios derechos humanos. Con esto se carga dinámicamente los derechos humanos desde los múltiples valores construidos en una sociedad conformada por relaciones comunicativas sociales, edificadoras de sentido, no reducibles a dispositivos normativos o cognitivos, pues se amplían mediante las funciones que pueden desempeñar dentro del sistema.

Por ende, los derechos humanos conforme a la visión epistémica que se vienen presentado, se observan de manera diferenciada a los derechos fundamentales, y como derechos que en el contexto de la complejidad de la sociedad moderna son contenedores de expectativas normativas y cognitivas de orden comunicativo a que estos derechos están sometidos.

En consecuencia, los derechos humanos son una construcción de complejidad sometida y alcanzada, al observarse desde la concepción de sentido luhmaniana:

En este punto, la comprensión y construcción del sentido que Luhmann propone en cuanto a los derechos humanos se ubica en una reflexión dualista: metaconcepto y en concepto, pues la fundamentación que se ha construido de estos derechos están

soportados [sic] en estructuras ilustradas del derecho europeo, en donde entremezclan las expectativas cognitivas y normativas con las que se proyectan en el derecho a futuro, pero al mismo tiempo, como indica Luhmann “el creciente aumento de complejidad de la sociedad, se aumentan las discrepancias entre las proyecciones de las normas” (2007, p. 115); proponiendo para ello, en los derechos humanos, la necesidad de la distinción entre lo normativo y lo cognoscitivo como una orientación hacia el futuro (Neves, 2004, p. 7), desde los incentivos provocados por los sistemas de comunicación de la sociedad. (Gallego, 2014, p. 158).

En la continuidad de análisis de los derechos humanos bajo el fundamento teórico luhmaniano, estos derechos están sometidos a la huella temporal, social y objetiva que les producen expansiones y contracciones a sus finalidades,

Inherentemente los derechos humanos son expectativas de comportamiento temporal, objetiva y socialmente generalizados que se pueden convertir en positivos productos de un proceso comunicativo tendientes [sic] a terminar como una unidad de creencias, experiencias e intenciones que existen en la sociedad moderna, altamente diferenciada. La perspectiva de la teoría de sistemas entraría de nuevo mediante la diferenciación social que puede ser ámbito de protección, por la lesión, institucionalizando los derechos fundamentales mundiales como humanos en el contexto local de los Estados desde acontecimientos fácticos de la sociedad, o por derechos humanos institucionalizados nacionalmente producto de los acontecimientos fácticos —no de consensos por generarse errores o malas implementaciones—, en que los seres humanos son entorno del sistema social. (Gallego, 2014, p. 157)

No obstante, no se puede olvidar que Luhmann (2000), mediante el funcional-estructuralismo presenta los derechos humanos a modo de proyecciones de la sociedad sometidos a contingencias, selecciones, bajo la necesaria distinción, pese a su carácter universal como valores de carácter superior aunque se lleven a un ámbito jurídico protegido mediante un sistema de reglas, procedimientos jurídicos y administrativos emanados de las organizaciones y organismos estatales.

Es claro, pues, que con Luhmann, los derechos humanos se relacionan con la sociedad por dos vías: una normativa y otra cognitiva, pero en apertura por el futuro de la expectativa de interés público de dichos derechos “son el correlato de la apertura estructural de la sociedad de cara al futuro” (Luhmann, 2005, p. 172). De esta forma, se supera la operación de considerar a los derechos humanos como derechos y obli-

gaciones que gravitan entre unos y otros (A tiene un derecho porque B tiene una obligación), pues en estos derechos, de por sí, se remonta el interés jurídico a un interés público de expectativa —expectación— basada en la complejidad de las relaciones y comunicaciones que establecen los sistemas sociales y los sistemas psíquicos que autorreferencian y heterorreferencian a los derechos humanos como un esquema de permitir/no permitir la potencialidad implícita de los aquellos; la humanidad, según Luhmann (2005).

La idea que se edifica desde la teoría de los sistemas sociales es que los derechos humanos, por fuera del ámbito jurídico, son derechos que desde el nivel teórico de los sistemas son una unidad de la diferencia compuesta por las distinciones individuo/derecho (Luhmann, 2000, p. 29), en que, tanto el individuo es sistema del entorno del derecho, como el derecho es sistema del entorno del individuo.

En consecuencia, la unidad de la diferencia: derechos humanos, compuesto por las distinciones individuo/derecho es unidad de sentido; es decir, los derechos humanos son una fórmula basada en la distinción en que si bien son expectativas normativas se sostienen pese a las decepciones producto de los hechos que muestran, su no desarrollo en los comportamientos conforme a la expectativa, lo que Luhmann (2013) denomina como expectativa *contrafáctica* (p. 218). Conforme a lo anterior, estos derechos son expectativas normativas y cognitivas de posibilidad conforme al éxito generalizado de estos en la sociedad, aunque se retrase su expectativa.

Contextos y observaciones de los derechos humanos en el subsistema de la Corte Constitucional Colombiana

Finalmente, se llega al punto necesario del proceso donde se observan los derechos humanos como parte funcional-estructural de la sociedad, en la medida de las relaciones y operaciones comunicativas que construyen los sistemas sociales de estos y mediante estos derechos; por ello, se muestran los derechos humanos en un estado empírico de desarrollo en las decisiones judiciales que efectuó la Corte Constitucional Colombiana.

En particular para la investigación, el subsistema “tribunales” está encarnado por la Corte Constitucional, toda vez que es el tribunal creador del derecho judicial (Luhmann, 2005; Esser, 1986; López, 2006). Mediante sus sentencias (jurisprudencia), es ella quien tiene la tarea de superar la paradoja del sistema derecho (Luhmann, 2005, pág. 382) y de lograr el regreso tautológico del derecho (cf. p. 262), desde casos

particulares mediante la decisión judicial. Para Luhmann (2005), “solo ellos [los tribunales] están obligados a la decisión y, por consiguiente, solo ellos gozan del privilegio de poder transformar la necesidad en libertad. Ningún otro órgano de la administración de justicia tiene posición semejante” (p. 382).

El trabajo de investigación se enfocó en hacer análisis de contenido de 65 sentencias proferidas por la Corte Constitucional Colombiana entre 2013 y 2016 en las que el presupuesto de existencia de la unidad semántica era la dignidad humana como centro del caso judicial desarrollado por esta. Se procedió a hacer 7 niveles de análisis con la información, en los que se analizaban los discursos y operaciones comunicativas que entrelazan los magistrados con lo que se distinguió como *los elementos de sentencia* (demandante o accionante, decisiones judiciales [primera y/o segunda instancia], decisiones y argumentos de magistrado).

Al mismo tiempo, con la información se hizo seguimiento a las distinciones y selecciones que elabora el magistrado desde los códigos de selección propios de los sistemas sociales parciales como: el derecho, la familia, la persona, la moral, las organizaciones, la medicina, el trabajo y la economía, que se fueron presentando para la toma de la decisión judicial como un *antes*, y con ello los acontecimientos elementales que se suscitan mediante la distinción del argumento indicado en los argumentos y resultante de la decisión, como un *después* mediante la huella temporal, social y objetiva, con que se observa la creación selectiva que el magistrado genera, a lo que se le ha denominado como sentido.

Desde los resultados que conformó el proceso de operacionalización metodológica, se concretaron distinciones que fueron abordadas teniendo en cuenta preguntas como: ¿Estas primeras distinciones que se han agrupado, reagrupado y reducido, autorrefieren desde el sistema del derecho, mediante decisiones jurídicas, formas de paradojas en relación a la dignidad humana como derecho humano? y ¿se puede considerar el surgimiento de paradojas como medios de reflexión de la unidad de derechos humanos?, con las cuales se complementó el cuerpo metodológico desde la paradoja que se fueron relevando mediante la reintroducción de la reflexividad en torno a las construcciones semánticas que se visualizan en cada diferenciación como modos de distinguir y operar como elemento y relación.

En la misma línea, se formaron preguntas en diferentes momentos del proceso de reflexión y estudio mediante las paradojas con la finalidad de ir progresivamente

a la auto-reproducción de los derechos humanos en el sistema del derecho mediante la distinción individuo/derecho.

Conforme al procesamiento metodológico, se aproximó a que quien decide jurídicamente se le presenta resolver sin observar la posibilidad de crear o no caer en la paradoja, y mucho más de poder superarla, con resultado hacia futuro de no poder conocer las consecuencias de su decisión a pesar de conformar mediante el acervo de datos normativos y/o fácticos una pretensión de freno o previsión de las consecuencias.

¿Por qué lo anterior? Por ejemplo, en decisiones como C-066 de 2013 y C-458 de 2015, se encuentran algunas de las paradojas que Luhmann identifica como de *doble vínculo* que aparecen en la distinción indicado / no indicado, la cual se puede expresar así:

Discriminatorios= porque no discriminatorios de la persona con discapacidad.

En la sentencia C-066 de 2013 se emplean expresiones como “normalización social y plena” (Artículo 3) y “normalización de su entorno familiar” (de la Ley 361 de 1997, Artículo 36) son legales bajo la consideración de condicionalidad. El propósito de tal determinación es procurar la no discriminación de las personas en condición de discapacidad (haciendo que el Estado, la familia y la sociedad asuman la obligación de eliminar las barreras físicas y sociales en la construcción de la discapacidad, trasladando al aspecto físico la circunstancia de normalización), y no se centra en la persona como construcción autorreferente como sistema.

Con su forma de operar la distinción de la construcción de discapacidad, el magistrado se mueve entre el modelo médico (rehabilitador) y el modelo social. En otras palabras, el magistrado oscila entre ambos modelos, es decir, admite la condición ilegal del primero y la condición legal del segundo, todo ello amparado en los presupuestos de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) de las Naciones Unidas. No obstante, en el momento de tomar la decisión, el magistrado acepta el modelo médico que inició la conformación del lenguaje jurídico, lo que conceptualmente implica el modelo social como medio de interpretación de la norma demandada por discriminatoria.

De forma similar, en la sentencia C-458 de 2015 el magistrado apela a argumentos en los que distingue el carácter peyorativo del lenguaje jurídico demandado por el accionante. Al respecto, la Corte observa que:

Aunque el lenguaje sí puede tener implicaciones inconstitucionales, pues podría ser entendido y utilizado con fines discriminatorios, el uso de algunas expresiones como parte del lenguaje técnico jurídico pretende definir una situación legal y no hacer una descalificación subjetiva de ciertos individuos. (Consideraciones, n.º 61).

Esta declaración responde al lado negativo de las expresiones normativas relacionadas con las personas con discapacidad. El magistrado decide que algunas expresiones del sistema jurídico son constitucionales porque son parte del lenguaje técnico jurídico y otras siguen en el ordenamiento jurídico, pero bajo el carácter de condicionalidad.

Sobre el mismo particular, la sentencia C-458 de 2015 registra:

De tal suerte, la normativa que incorpora esta visión de la discapacidad no es soslayable en nuestro sistema de fuentes y en la función hermenéutica que nuestro ordenamiento le atribuye al bloque de constitucionalidad que, como ya fue expuesto, determina no solo parámetros de control constitucional, sino estándares interpretativos. (Consideraciones, N.º 44)

Con ello, la Corte destaca la relevancia que el modelo social de discapacidad ostenta en el ordenamiento jurídico por su marcada relación con la pretensión normativa de los tratados de derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) (como la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad), conformando así la operación de la distinción del derecho. Sin embargo, el magistrado anota que “No son inconstitucionales las definiciones técnico jurídicas que pretenden proteger a las personas en situación de discapacidad- aunque no asuman el vocabulario propio de las tendencias actuales del DIDH” (Consideraciones, n.º 44), con lo cual se aparta de la distinción de derecho y se sitúa en la distinción no conforme a derecho. De tal suerte que, el magistrado convierte en legales dentro del ordenamiento jurídico colombiano expresiones como “personas en situación de discapacidad física, psíquica y sensorial”, “e invalidez”, “invalidez”, “persona en situación de discapacidad”, “personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica” y “persona con discapacidad auditiva”.

Así, sobre la base de la paradoja, el observador [magistrado] se puede dar cuenta, ante el caso jurídico de observación, de los límites de operación que tiene el derecho en realizar y no realizar, aunque se tenga que decidir. Al mismo tiempo sobre la

base de los elementos de discurso y fácticos que opera el observador, se activa una alternatividad contingente, en que el observador tiene la capacidad de interpretar la operación de la decisión como necesaria y contrafactual. Sin embargo, mediante el proceder metodológico que arrojaba la paradoja mostró el engaño que se crea mediante la forma de observar y operar en relación a la persona y en relación de distinción con individuo, por medio de la reproducción de no persona como la forma en la heterorreferencias de los sistemas.

El resultado de la operación y observación de no distinción es la aparición de la paradoja que oculta las razones del observador sobre lo que es conforme al derecho humano o no conforme a los derechos humanos.

Conclusiones

Conforme a la forma de observar los derechos como distinción Individuo/derecho, fue posible concebir a estos derechos como una construcción que se complementa entre la expectativa cognitiva y normativa generalizada del derecho en un contexto de relaciones normativas, pues aunque los derechos humanos sufran una reducción de expectativas por llevarlos a una institucionalización dentro de un Estado [por ejemplo: los derechos fundamentales], contienen pautas de sentido generalizadas que superan las dimensiones temporales sociales y objetivas por el mero hecho de ser valores de nivel inviolable que paradójicamente se violan; de esta forma, es posible observar a los derechos humanos como medio comunicativo que permiten una protección a la arbitrariedad e innovación arbitraria que los sistemas puedan generar en torno al valor humano y en consecuencia al ser humano, pues estos derechos tiene la circunstancia de ser contingentes para cada individuo desde su propia operación reflexiva.

También, conforme a la forma de observar los derechos humanos, en el contexto de la sociedad, es identificable lo doblemente contingente de estos, pues la selección exclusiva la hacen los sistemas sociales y el individuo de la pretensión final de estos, pese a su intensión como derechos que exigen de manera extensiva y normativa una expectación que van más allá de la expectativa normativa por la intencionalidad perseguida a un interés general de la sociedad: lo humano.

Otra parte, es la paradoja en cuanto a la decisión jurídica; un medio de apertura y cierre de posibilidades al individuo para el progreso de la forma persona/no persona.

La decisión judicial abre y cierra posibilidades dentro del derecho que sin esta no sería posible, y consecuentemente si se queda en la consideración a que esta ayuda a la positividad del derecho se estaría observando un cierre de posibilidades por validar el derecho positivo, al llegar a conceder el sentido de una decisión arbitraria por depender de la fuerza de imposición de las normas asentadas en la institucionalidad del Estado; o *si de otro lado*, se recurre al nivel radical de la universalidad y capacidad de decisión autónoma del juez para apelar a argumentos contrafácticos en asuntos jurídicos que no estén estipulados en la ley, se presenta con esta otra forma de decisión la caída del argumento jurídico a la presión ideológica o tensiones sociales extremas que deforman la pretensión decidida. Aspectos que cerrarían las posibilidades a la forma persona y conduce más a la forma no persona.

Lo anterior, en las circunstancias de decisión en relación a derechos humanos, el magistrado mediante la paradoja tendría la posibilidad de interrumpir o posibilitar la autorreferencia del derecho humano desde la distinción individuo/derecho con que se puede paradojizar o el nivel de solventar la paradoja –desparadojización- la decisión al tener presente que los derechos humanos es una carga de complejidad y autorreferencia, pues al situarse en la distinción derecho, este derecho es expuesto a la distinción de derecho y no derecho, en que funge como norma y como valor; pero también es expuesto a la distinción individuo/no individuo, en que comunicativamente carga la norma con expectativa cognitiva y expectación generalizada sobre la norma y el valor ante la pretensión de resultar incluido o excluido en la trama comunicativa con el derecho.

Entonces, para hacer un avance a la concepción y operación de la decisión jurídica, si se está observando el derecho en el contexto de la sociedad como sistema y aquel como sistema parcial del sistema social, la decisión jurídica estaría inmersa en el conflicto de la oscilación de la selección para la toma de decisión bajo la expansión de la temporalidad, pero con la condición dentro del derecho de garantizar una consistencia suficiente que conforme la unidad de la distinción operada en la decisión, ya que mediante la temporalidad se genera un comportamiento selectivo que constituye alternativa en la situación de decisión, en especial cuando es en derechos humanos.

Precisamente, mediante paradojas se presentaron las consecuencias de expectativas creadas desde las decisiones jurídicas, en un nivel de contrariedad que se produce de la misma afirmación positiva generalizado en la decisión. Con ello, la paradoja

aproximó a que quien decide jurídicamente se le presenta resolver sin observar la posibilidad de crear o caer en la paradoja, y mucho más de poder superarla. Por lo cual, surgió la consideración sobre la decisión jurídica como operación de argumentos dogmático-conceptuales, reglas o ponderaciones que conllevan con mayor amplitud al surgimiento de las consecuencias, pero con la posibilidad de ser controladas en la medida que el observador observe que posee el recurso de la distinción y la decisión como unidad de la distinción, como por ejemplo del derecho humano conformado por la relación comunicativa entre derecho e individuo, pues tanto uno como un *alter* (emisor) y el otro como un *ego* (receptor) se interrelacionan comunicativamente por selectividades en las informaciones, actos de comunicar y actos de entender la información comunicada.

Referencias

- Agamben, G. (2000). *Lo que queda de Auschwitz*. El archivo y el testigo. *Homo Sacer* III, 7-10.
- Corte constitucional. (11 de febrero de 2013). Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3° y 36 (parciales) de la Ley 361 de 1997 “por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”. [Sentencia C-066]. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-066-13.htm>
- Corte constitucional. (22 de julio de 2015). Demanda de inconstitucionalidad contra algunas expresiones contenidas en las leyes 100 de 1993, 115 de 1994, 119 de 1994, 324 de 1996, 361 de 1997, 546 de 1999, 860 de 2003, 797 de 2003, 1114 de 2006, 1438 de 2011 y 1562 de 2012. [Sentencia C-458]. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-458-15.htm>
- Deslauriers, J. P. (2004). *Investigación cualitativa: guía práctica*. Pereira (Colombia). Editorial Papiro.
- Esser, J. (1986). La interpretación. *Anuario de filosofía del derecho*. Vol. 3, pp. 41-74
- Gallego M, J. (2015). *Autorreferencia e inconmensurabilidad del derecho mediante la paradoja de la complejidad*. *Aportaciones del discurso de la interculturalidad al Derecho*. Disponible en: <https://www.scribd.com/document/115058536/Autorreferencia-a-La-Inconmensurabilidad-Del-Derecho-Mediante-La-Paradoja-Del-Paradigma>

- Gallego M, J. (2014). *Paradoja y complejidad de los derechos humanos en la sociedad moderna*. Sentido y comunicación. IUSTA, (40), enero-junio, pp. 143-165. Disponible en: <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/2453/2393>
- Günther , G., (2004). *Life as poly-contextuality*. Vordenker, 19 Febrero.
- Harrison, M. M., 2005. Reflexiones sobre el estudio de los derechos humanos y fundamentales. *Revista de filosofía, derecho y política*, Vol. 2.
- López M, D. (2006). *El derecho de los jueces* (2.ª ed.). Bogotá: Legis -Universidad de los Andes.
- Link, D. (5 de septiembre de 2001). Entrevista a Giorgio Agamben. Asociación de Amigos del Arte y la Cultura de Valladolid. En *Jumaada al-Thaany*, (137): Disponible en: http://www.ddooss.org/articulos/entrevistas/Giorgio_Agamben.htm
- Luhmann, N. (1998). *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona. An-thropos.
- Luhmann, N. (2000). La paradoja de los derechos humanos y sus tres formas de desarrollo. En: V. A. Ramírez, ed. *Ciudadanía en movimiento*. México: Universidad Iberoamericana, pp. 27-38.
- Luhmann, N. (2005). *El derecho de la sociedad*. México. Herder.
- Luhmann, N. (2010). *Los derechos fundamentales como institución. Aportaciones a la sociología política*. México. Universidad Iberoamericana.
- Günther, G. (1972). Negation and contexture. Vordenker. Disponible en: http://www.vordenker.de/ggphilosophy/gg_negation_and_contexture_en-ger.pdf
- Pintos, J. L., 1999. *Algunas consideraciones sobre los Derechos Humanos*. Santiago de Compostela. s.n

Capítulo IV

Creación jurisprudencial de reglas y su flexibilidad: la prohibición de normas de amnistía a la luz de los acuerdos de paz en Colombia

Andrés Fernando Mejía Restrepo¹

Resumen

La ponencia pretende identificar el alcance de la tesis de la prohibición de la creación de normas de amnistía por parte de los Estados. Lo anterior a efectos de prever una eventual decisión que profiera la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del ordenamiento jurídico que sobre la materia implementa los Acuerdos de Paz alcanzados entre el Estado colombiano y la guerrilla de las Farc. Para lograr este objetivo, se enmarca la prohibición al tomar como fundamento la línea jurisprudencial de la Corte: el origen jurisprudencial de la regla permite su extensión o atenuación atendiendo a las particulares circunstancias del caso concreto. Posteriormente, se realiza un recuento de las normas y sentencias proferidas en Colombia entorno a los Acuerdos de Paz para dar cuenta del contexto en el que se originan las leyes de amnistía. Para finalizar se concluye que la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe flexibilizar la prohibición para el caso colombiano.

Palabras clave

Amnistía, Acuerdos de Paz, Corte Interamericana de Derechos Humanos, prohibición.

Fundación Universitaria del Área
Andina - Colombia

¹Abogado, Licenciado en Derecho por homologación Universidad de Málaga (España), Especialista en Administración, Especialista en Derecho Procesal Contemporáneo, Magíster en Derecho Procesal, Magíster en Administración de Empresas —MBA—, candidato a Doctor en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Docente de la Fundación Universitaria del Área Andina. Correo electrónico: amejia3@areandina.edu.co.

La prohibición de leyes de amnistía

La posibilidad de indultar², a través de leyes aplicables a determinados actores de la sociedad (generalmente armados), ha sido considerada no solo como una renuncia de los Estados a sus más básicas funciones como la de investigar, juzgar y condenar a responsables por conductas constitutivas de graves violaciones a los derechos humanos, sino también atentatorio de derechos fundamentales de las víctimas. Por este motivo, existe una creencia generalizada de que este tipo de normas se encuentran prohibidas³ por el Derecho Internacional. A continuación, se revisarán someramente algunos casos abordados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴ de los que se puede desprender esta conclusión.

-
- 2 En esta ponencia se usa el concepto de *leyes de amnistía o indulto* de manera indistinta, bien sea para referirse a aquellas medidas que, en todo o en parte, pretenden acabar con las consecuencias penales de un hecho, tanto como aquellas, sino que están dirigidas a eliminar su propio carácter criminal. Aquí caben tanto leyes con las que se intenta impedir la sanción en sí misma -indulto propiamente dicho-, así como las que impiden la propia investigación y enjuiciamiento sobre hechos que se deciden no perseguir. Tal y como refiere Chinchón Álvarez (2015): En una perspectiva contemporánea, para una primera aproximación sobre la práctica estatal en este punto, puede verse la recopilación que se realiza en Louise MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions. Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2008, en especial pp. 415 y ss. Más reciente en el tiempo, y sustentando en una base de datos que puede consultarse online: Tricia OLSEN, Leigh A. PAINE y Andrew G. REITER, *Transitional Justice in Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy*, United States Institute of Peace, Washington, 2010 (para acceder a la base: <https://sites.google.com/site/transitionaljusticedatabase/>. Consultado por última vez el 16 de julio de 2015). Igualmente, Lavinia STAN y Nadya NEDELSKY (eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, 3 volúmenes, Cambridge University Press, Cambridge, 2013. De igual forma: «Conclusion: Combating Impunity», en Naomi ROHT-ARRIAZA, N. (ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, Nueva York, 1995, pp. 281-304, pp. 299 y ss.
 - 3 El asunto es difícil casi por definición como lo asevera Faustin Z. Ntoubandi en su texto: *Amnesty for Crimes Against Humanity Under International Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2007, p. 11.
 - 4 La pretensión de la ponencia no supera el ámbito jurisdiccional de la Corte Interamericana; no obstante, se puede afirmar que el Sistema Europeo de Derechos Humanos ha sido más tímido que el Interamericano en prohibir la posibilidad de promulgar leyes con este carácter. Efectivamente, se pueden referir casos como *Dujardin y otros vs Francia* (1991) desatado por la Comisión, así como *Abdulsament Yaman vs Turquía* (2005) y *Marguš vs Croacia* (2014) resueltos por la Corte. En el diferendo resuelto en 2005 la Corte afirmó: “The Court further points out that where a State agent has been charged with crimes involving torture or ill-treatment, it is of the utmost importance for the purposes of an ‘effective remedy’ that criminal proceedings and sentencing are not time-barred and that the granting of an amnesty or pardon should not be permissible”. En el fallo de 2014 la Corte advirtió que a pesar de que no existe tratado que prohíba este tipo de norma: “It should be observed that so far no international treaty explicitly prohibits the granting of amnesty in respect of grave breaches of fundamental human rights”. No es menos cierto que “While Article 6 § 5 of the second Additional Proto-

Casos resueltos por la Corte IDH

Referencia genérica y contexto en el que surgen las leyes de amnistía

Son quince los casos⁵ que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto en los que se refiere la prohibición por parte de los Estados parte del Pacto de San José de Costa Rica, de promulgar leyes de amnistía. El más importante de estos, al ser el fallo hito fundador de línea, es *Barrios Altos vs. Perú*, proferido en 2001. En efecto, a partir de este caso se cimienta la proscripción a través de la creación de una regla de carácter jurisprudencial, esto es, una subregla.

col to the Geneva Conventions, relating to the protection of victims of non-international conflicts, provides that “[a]t the end of hostilities, the authorities in power shall endeavour to grant the broadest possible amnesty to persons who have participated in the armed conflict, or those deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict ...”, the interpretation of the Inter-American Court of Human Rights of that provision excludes its application in respect of the perpetrators of war crimes and crimes against humanity (see paragraph 66 above, judgment in *The Massacres of El Mozote and Nearby Places*, § 286). The basis for such a conclusion, according to the Inter-American Court of Human Rights, is found in the obligations of the States under international law to investigate and prosecute war crimes. The Inter-American Court found that therefore “persons suspected or accused of having committed war crimes cannot be covered by an amnesty”. The same obligation to investigate and prosecute exists as regards grave breaches of fundamental human rights and therefore the amnesties envisaged under Article 6 § 5 of the second Additional Protocol to the Geneva Conventions are likewise not applicable to such acts”.

Más adelante la Corte afirma:

138. The Court also notes the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, notably the above-cited cases of *Barrios Altos*, *Gomes Lund et al.*, *Gelman* and *The Massacres of El Mozote and Nearby Places*, where that court took a firmer stance and, relying on its previous findings, as well as those of the Inter-American Commission on Human Rights, the organs of the United Nations and other universal and regional organs for the protection of human rights, found that no amnesties were acceptable in connection with grave breaches of fundamental human rights since any such amnesty would seriously undermine the States’ duty to investigate and punish the perpetrators of such acts (see *Gelman*, § 195, and *Gomes Lund et al.*, § 171, both cited above). It emphasised that such amnesties contravene irrevocable rights recognised by international human rights law (see *Gomes Lund et al.*, § 171).

La Corte concluye que:

“A growing tendency in international law is to see such amnesties as unacceptable because they are incompatible with the unanimously recognised obligation of States to prosecute and punish grave breaches of fundamental human rights. Even if it were to be accepted that amnesties are possible where there are some particular circumstances, such as a reconciliation process and/or a form of compensation to the victims, the amnesty granted to the applicant in the instant case would still not be acceptable since there is nothing to indicate that there were any such circumstances”

5 Se ha condenado a Perú (5), Guatemala (3), El Salvador (2), Chile (2), Brasil (1), Surinam (1) y Uruguay (1).

Las leyes de Amnistía surgieron en dictaduras militares ocurridas entre las décadas de los 70's y 90's en Latinoamérica. De manera específica, estas leyes han sido denominadas de “autoamnistía”, es decir, leyes promulgadas por los mismos gobiernos militares que cometieron las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario. No obstante, si bien, esta fue la regla general, también se produjeron normas adoptadas por gobiernos civiles presionados por los militares.

Tesis general propuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte ha considerado que independientemente de: a) la legalidad con la que se profieran las leyes conforme al Derecho Interno o b) la legitimidad política de que goce el gobierno de turno y aun siendo de convergencia entre diversas facciones al interior de los países, la adopción de leyes de amnistía que permitan impunidad por graves violaciones a los derechos humanos, resulta inaceptable a la luz de los compromisos internacionales adquiridos por los Estados parte, en la medida que afectan derechos no derogables de las víctimas y sus familiares, tales como el acceso a la justicia, la verdad y la reparación.

El elemento característico de esta tesis es que la misma carece de un cimiento normativo expreso en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En otros términos, los Estados signatarios no habían suscrito la obligación de no promulgar leyes de amnistía por cuanto esta prohibición no emana claramente del texto. Así las cosas, es dable cuestionarse por el origen y consolidación de la afirmación de la Corte. En esa línea discursiva, el primer referente es *Barrios Altos vs. Perú*.

Caso Barrios Altos vs. Perú

Hechos

Los hechos del caso ocurrieron el 3 de noviembre de 1991. Seis individuos del grupo Colina, compuesto por miembros del Ejército peruano, irrumpieron en un inmueble ubicado en el vecindario conocido como Barrios Altos de la ciudad de Lima. Al producirse la irrupción, se estaba celebrando una “pollada”, es decir, una fiesta para recaudar fondos con el objeto de hacer reparaciones en el edificio (*Sentencia Barrios Altos vs. Perú, 2001*).

Los atacantes llegaron al sitio en dos vehículos y obligaron a las víctimas a arrojarse al suelo. Seguidamente empezaron a dispararles por un período aproximado

de dos minutos. Quince personas fallecieron y cuatro quedaron gravemente heridas (fue una represalia contra presuntos integrantes de Sendero Luminoso). El Congreso peruano promulgó una ley de amnistía (Ley 26479 primero y la segunda, Ley 26492 declaró que la amnistía no era ‘Revisable’ en sede judicial y que era de obligatorio cumplimiento) que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías, y también a civiles, que hubieran cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a los derechos humanos o participado en esas violaciones. No se realizaron mayores investigaciones ni se sancionó a los responsables.

Elementos procesales relevantes

Perú aceptó su responsabilidad internacional por violación del clausulado de la CADH respecto de la vida (art. 4), integridad personal (art. 5), garantías judiciales (art. 8), protección judicial (art. 25) y se compromete a cumplir con la obligación de respetar los señalados derechos y cumplir con sus obligaciones internacionales⁶, así como a adoptar disposiciones de derecho interno que las materialicen, al paso que aceptó el obstáculo que representaban las referidas leyes 26479 y 26492 para garantizar derechos a la verdad, derecho a la justicia y reparación.

La posición de la Corte

En líneas generales la Corte Interamericana concluye que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno, lo es en el ordenamiento jurídico internacional⁷ y

6 De manera concreta, Perú su compromete a cumplir con las obligaciones derivadas del artículo 1.1. de la Convención:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

7 Un ejemplo claro que soporta esta afirmación es lo que sucede en Colombia con la posibilidad de que una autoridad administrativa sancione con destitución a funcionarios públicos elegidos por voto popular —artículo 44 numeral 1 de la ley 734 de 2002 vigente hasta 2021 y artículo 48 numeral 1 de la ley 1952 de 2019 (Código General Disciplinario)— en evidente contravía de la garantía estipulada en el numeral segundo del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos que permite la limitación de los derechos políticos solo en virtud de la condena por un juez competente en proceso penal.

Aunque resulta clara la contradicción entre la Convención y el ordenamiento jurídico interno colombiano, la Corte Constitucional ha sido consistente en señalar en diversos fallos que esta facultad de orden legal supera

más aún cuando están en juego valores superiores —que pertenecen al *jus cogens*— como son la verdad y la justicia⁸.

Creación jurisprudencial de la regla:

En la sentencia de fondo, la Corte Interamericana razona en los siguientes términos:

41. Esta Corte **considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos** tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁹. (Sentencia Barrios Altos vs. Perú, 2001. Énfasis añadido)

Se estaría entonces, al evidenciar la ausencia de una norma que de manera específica prohíba este tipo de leyes, frente a un principio jurídico implícito¹⁰, que podría construirse en los siguientes términos:

El ordenamiento nacional que impide la investigación de las violaciones a los derechos humanos y la aplicación de las consecuencias pertinentes, no satisface las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención en el sentido de respetar los derechos fundamentales de todas las personas sujetas a su jurisdicción y proveer las medidas

el test de convencionalidad. Entre otras, y de manera prevalente, las sentencias C-028 de 2006 en virtud de la cual se declaró exequible el numeral 1 del artículo 44 de la ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) y consideró que no vulnera la restricción del artículo 23 de la CADH. —Su argumento fue Convención de las Naciones Unidas y Convención Interamericana contra la corrupción.

Sentencia C-111 de 2019 en virtud de la cual la Corte declaró exequible el literal a.) numeral 1 del Artículo 49 en razón de los mismos argumentos señalados en la sentencia C-028 de 2006.

8 A este respecto, y solo con vocación enunciativa, se podría aseverar que existe un fundamento iusnaturalista manifiesto en el fallo soportado en expresiones tales como “valores superiores” -Voto concurrente Juez Cançado Trindade- y “repugnan a la conciencia de la humanidad” —Voto concurrente Juez Sergio García Ramírez—. Su similitud con postulados propios de la “Fórmula de Radbruch” resulta, cuando menos, claro.

9 Caso Barrios Altos vs. Perú (2001).

10 Véase: Alonso, Juan Pablo (2018). Principios Jurídicos Implícitos. Marcial Pons. Madrid.

necesarias para tal fin (arts. 1.1.¹¹ y 2¹²) estos, por tanto, imposibilitan la adopción de leyes de amnistía. (Caso Barrios Altos vs Perú, 2001. Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párrs. 11 a 14.)

En los siguientes casos abordados por la Corte se consolida sin mayores cambios la línea jurisprudencial bajo los criterios dispuestos en Barrios Altos vs. Perú, efectivamente, los fallos adoptados en los casos Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003), Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala (2004), Comunidad Moiwana vs. Surinam (2005), La Cantuta vs. Perú (2006) y Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006) evidencian uniformidad decisoria fundamental. Sin embargo, existe una adición al criterio adoptado en el último de los fallos anotados:

*Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006)*¹³

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que cuando el poder legislativo falla en su tarea de suprimir leyes contrarias al objeto y fin de la Convención Americana son nulas *ab initio*, como lo era el Decreto Ley 2.191 emitido por el gobierno de Augusto Pinochet, el cual confería una autoamnistía; el Poder Judicial permanece vinculado al deber de garantía de los derechos establecido en el artículo 1.1 de la Convención y consecuentemente debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.

.....

- 11 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole.
- 12 Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.
- 13 Los hechos del caso se desarrollan en el contexto del régimen militar que derrocó el gobierno del entonces Presidente Salvador Allende en 1973. La represión generalizada dirigida a las personas que el régimen consideraba como opositoras operó hasta el fin del gobierno militar.
 - Luis Alfredo Almonacid Arellano era profesor de enseñanza básica y militante del Partido Comunista. El 16 de septiembre de 1973 fue detenido por carabineros quienes le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa. Falleció al día siguiente.
 - En 1978 se adoptó el Decreto Ley No. 2.191, mediante el cual se concedía amnistía a todas las personas que hayan incurrido en hechos delictuosos entre 1973 y 1978. Debido a esta norma no se investigó adecuadamente la muerte del señor Arellano ni se sancionó a los autores del hecho.

Después del caso Almonacid, la Corte Interamericana resolvió en sentido similar casos en contra de Perú, Brasil, Uruguay, El Salvador y Chile. Tanto en lo que respecta al criterio de leyes de amnistía, como en cuanto al control de convencionalidad (Ferrer Mac-Gregor, 2014).

Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil (2010)¹⁴

En este caso la Corte agrega al criterio de la imposibilidad de promulgar leyes de amnistía por parte de los Estados signatarios gobernados por regímenes beneficiarios de la misma, esto es, las denominadas leyes de ‘autoamnistía’ que no permitieran la investigación de graves violaciones de derechos humanos, la de la extensión de prohibición respecto de normas resultantes de un “debate político y fueran considerada por muchos como un paso importante para la reconciliación nacional” (Ferrer Mac-Gregor, 2014), tal y como fue alegado por el Estado en su contestación.

En el fallo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos citó al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

Adicionalmente, en cuanto al **falso dilema entre paz o reconciliación**, por una parte, y justicia por la otra, manifestó que:

[L]as amnistías que exoneran de sanción penal a los responsables de crímenes atroces en la esperanza de garantizar la paz suelen fracasar en el logro de su objetivo, y en lugar de ello han alentado a sus beneficiarios a cometer nuevos crímenes. Por el contrario, se ha llegado a acuerdos de paz sin disposiciones relativas a amnistía en algunas situaciones en que se había dicho que la amnistía era una condición necesaria para la paz y en que muchos temían que los enjuiciamientos prolongaran el conflicto (UN Doc. A/HRC/5/7, de 7 de junio de 2007, párr. 20).¹⁵ (Sentencia Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, 2010. Énfasis añadido)¹⁶

.....
14 - Los hechos del caso inician en abril de 1964 cuando un golpe de Estado derrocó al gobierno del Presidente João Goulart. La Guerrilha do Araguaia fue un movimiento de resistencia al régimen militar integrado por algunos miembros del nuevo Partido Comunista de Brasil.

- Entre abril de 1972 y enero de 1975, las Fuerzas Armadas emprendieron repetidas campañas de información y represión contra los miembros de la Guerrilha do Araguaia, además de su matanza y desaparición. Según la Comisión Especial sobre Muertos y Desaparecidos Políticos, existen 354 muertos y desaparecidos políticos. En 1979 el Estado dictó una ley de amnistía. En virtud de dicha ley, el Estado no investigó, procesó o sancionó penalmente a los responsables de las violaciones de derechos humanos cometidas durante el régimen militar.

15 Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil (2010).

16 Las palabras en negrilla son de creación propia.

Este mismo parámetro fue reiterado en el caso *Gelman vs. Uruguay* (2011)¹⁷, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que a efectos de determinar la nulidad de una ley de amnistía no es importante el nombre de la ley, la autoridad que emitió la misma, los sujetos a los que cubre, ni su proceso de adopción, sino su *ratio legis* (Ferrer Mac-Gregor, 2014): dejar impunes graves violaciones al Derecho Internacional¹⁸.

Caso *El Mozote vs. El Salvador* (2012)¹⁹

Este es el caso que más interesa a los efectos de la ponencia por cuanto es el único que guarda identidad fáctica con el caso colombiano a propósito de los acuerdos de paz en

.....
17 Los hechos del caso se iniciaron el 27 de junio de 1973 cuando se llevó a cabo un golpe de Estado, el cual se prolongó hasta el 28 de febrero de 1985. En esos años se implementaron formas de represión a las organizaciones políticas de izquierda. En noviembre de 1975, se formalizó la “Operación Cóndor”, lo que facilitó la creación de estructuras militares paralelas, que actuaban de forma secreta y con gran autonomía. Esa operación fue adoptada como una política de Estado de las “cúpulas de los gobiernos de hecho”, y estaba dirigida, en ese entonces, por cuerpos castrenses principalmente de Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil.

- María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, embarazada y de 19 años de edad, fue detenida el 24 de agosto de 1976 junto con su esposo, Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, en su residencia de Buenos Aires, por comandos militares uruguayos y argentinos siendo Nora Eva Gelman liberada cuatro días después junto a Luis Eduardo Pereda. María Claudia García y Marcelo Gelman fueron llevados a un centro de detención clandestino, donde permanecieron juntos algunos días y posteriormente fueron separados.

- Marcelo Gelman fue torturado en dicho centro de detención clandestino y fue ejecutado en 1976. En 1989 sus restos de Marcelo Gelman fueron descubiertos. María Claudia García fue trasladada a Montevideo de forma clandestina por autoridades uruguayas, donde dio a luz a una niña. A finales de diciembre de 1976, a María Claudia García le fue sustraída su hija recién nacida. Hasta el momento no se conoce sobre su paradero o el de sus restos.

- El 14 de enero de 1977 la hija de María Claudia de Gelman habría sido colocada en un canasto y dejada en la puerta de la casa de la familia del policía uruguayo Ángel Tauriño. Él y su esposa, quienes no tenían hijos, recogieron el canasto y se quedaron con la niña, registrándola como hija propia aproximadamente un año y medio más tarde. El 31 de marzo de 2000, a la edad de 23 años, María Macarena Tauriño tuvo por primera vez contacto con su abuelo paterno, Juan Gelman. Como consecuencia de lo anterior, María Macarena Tauriño se sometió, el mismo año, a una prueba de ADN a los efectos de determinar el eventual parentesco con la familia Gelman, la que resultó en una identificación positiva en un 99,998 %.

- Los hechos señalados nunca pudieron ser investigados ni sancionados por Uruguay, puesto que el 22 de diciembre de 1986 el Parlamento uruguayo aprobó la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado. Esta ley fue una amnistía en relación con los delitos cometidos en el periodo del régimen militar.

18 Caso *Gelman v. Uruguay* (2011).

19 Los hechos del caso sucedieron entre el 11 y el 13 de diciembre de 1981 cuando la Fuerza Armada de El Salvador con el apoyo de la Fuerza Aérea salvadoreña, realizó una serie consecutiva de ejecuciones masivas, colectivas e indiscriminadas de civiles, en el caserío El Mozote, el cantón La Joya, los caseríos Ranchería, Los Toriles y Jocote Amarillo, así como en el cantón Cerro Pando y en una cueva del Cerro Ortiz. Estos ataques

Colombia alcanzados con la guerrilla de las Farc-EP; efectivamente, la Corte Interamericana evidencia la diferencia fáctica de este con los casos anteriormente resueltos:

Sin embargo y a diferencia de los casos abordados anteriormente por este Tribunal, en el presente caso se trata de una ley de amnistía general que se refiere a hechos cometidos en el contexto de un conflicto armado interno. Por ello, la Corte estima pertinente, al realizar el análisis de la compatibilidad de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz con las obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana y su aplicación al caso de las Masacres de El Mozote y lugares aledaños, hacerlo también a la luz de lo establecido en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 así como de los términos específicos en que se acordó el cese de las hostilidades que puso fin al conflicto en El Salvador y, en particular, del Capítulo I (“Fuerza Armada”), punto 5 (“Superación de la Impunidad”), del Acuerdo de Paz de 16 de enero de 1992.

Las negociaciones bajo los buenos oficios del Secretario General de las Naciones Unidas y acuerdos alcanzados por las partes del conflicto armado salvadoreño -el Gobierno de la República de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional-, en el proceso llevado a cabo con el objeto de “terminar el conflicto armado por la vía política al más corto plazo posible, impulsar la democratización del país, garantizar el irrestricto respeto a los derechos humanos y reunificar a la sociedad salvadoreña”, convergieron en la firma el 16 de enero de 1992 de un Acuerdo de Paz que puso fin a las hostilidades. **En dicho Acuerdo no se hizo alusión a amnistía alguna sino que se estableció claramente en su Capítulo I (“Fuerza Armada”), punto 5, una cláusula denominada “Superación de la Impunidad”** (Sentencia El Mozote vs. El Salvador, 2012. Énfasis añadido)²⁰.

se dieron en el marco de una supuesta operación de contrainsurgencia que formaba parte de una política de “tierra arrasada” planificada y ejecutada por el Estado.

- Tras doce años de conflicto armado, el 16 de enero de 1992 se firmó el Acuerdo de Paz que puso fin a las hostilidades entre el Gobierno de El Salvador y el FMLN. El 23 de enero de 1992, la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador dictó el Decreto Legislativo N° 147 denominado “Ley de Reconciliación Nacional”. El 20 de marzo de 1993, cinco días después de la presentación del Informe de la Comisión de la Verdad, la Asamblea Legislativa dictó la denominada “Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz”.

20 Las palabras en negrilla son de creación propia.

Este último aspecto es diferenciador respecto de los acuerdos de paz de Colombia, toda vez que, a diferencia del caso Salvadoreño, en Colombia existía desde 2012 un “Marco Jurídico para la Paz” (el acuerdo final se suscribió en 2016) que refería de manera clara y precisa el alcance de las eventuales disposiciones futuras alcanzadas una vez finalizadas las negociaciones con el grupo armado.

Más adelante la Corte Interamericana señala:

288. De lo antes descrito **se colige** que la lógica del proceso político entre las partes en conflicto, que llevó al cese de las hostilidades en El Salvador, **imponía la obligación** a cargo del Estado de investigar y sancionar a través de “la actuación ejemplarizante” de los tribunales de justicia ordinarios al menos las graves violaciones de derechos humanos que estableciera la Comisión de la Verdad, de modo tal que no quedaran impunes y se evitara su repetición.

295. Es así que la aprobación por parte de la Asamblea Legislativa de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz y su posterior aplicación en el presente caso por parte del Juzgado Segundo de Primera Instancia de San Francisco Gotera, **por un lado, es contraria a la letra y espíritu de los Acuerdos de Paz**, lo cual leído a la luz de la Convención Americana se refleja en una grave afectación de la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos referidas a las masacres de El Mozote y lugares aledaños, al impedir que los sobrevivientes y los familiares de las víctimas en el presente caso fueran oídos por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención Americana y recibieran protección judicial, según el derecho establecido en el artículo 25 del mismo instrumento. (Sentencia El Mozote vs. El Salvador, 2012. Énfasis añadido.)²¹.

Por tanto, en el caso El Mozote vs. El Salvador jugó un papel decisivo los acuerdos a los que llegaron el Estado y el grupo armado como parámetro interpretativo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No obstante, más allá de los razonamientos de la Corte, en la sentencia no se refiere a) La nulidad *Ab Initio*, b) la ineficacia o, c) la carencia de efectos jurídicos de las leyes de amnistía a título de *ratio decidendi*. Efectivamente:

.....
21 Las palabras en negrilla son de creación propia.

El Estado **debe asegurar que la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz no vuelva a representar un obstáculo** para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los responsables de estos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas durante el conflicto armado en El Salvador, de conformidad con lo establecido en el párrafo 318 de la presente Sentencia. (Sentencia El Mozote vs. El Salvador, 2012. Énfasis añadido)²².

En la sentencia se varía el criterio en razón de las circunstancias que dieron origen a las leyes de amnistía en El Salvador, así, la Corte:

Estableció que la posibilidad de conceder amnistías como una medida para procurar el cese de las hostilidades en los conflictos armados de carácter no internacional para posibilitar el retorno a la paz, prevista por el artículo 6.5 del Protocolo II adicional de las Convenciones de Ginebra, **no puede incluir todo tipo de crímenes, puesto que el Derecho Internacional Humanitario establece la obligación de investigar y juzgar crímenes de guerra**. En consecuencia, las leyes de amnistía amplias que pueden ser otorgadas a quienes hayan participado en un conflicto armado o se encuentren privados de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, **sólo pueden aplicar a hechos que no caben en la categoría de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad** (Ferrer Mac-Gregor, 2014. Énfasis añadido.)²³.

A título de conclusión acerca de la creación jurisprudencial de reglas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos alrededor de las normas de amnistía se puede señalar:

1. Existe prohibición de leyes de autoamnistía, esto es, promulgadas por el mismo régimen. Al producirse, estas son nulas “*Ab initio*”.
2. Existe un deber en cabeza de los jueces de inaplicar normas internas que vulneren la Convención.
3. Existe prohibición de leyes de amnistía logradas en contextos de amplio debate político y democrático aun cuando sean consideradas como un paso

.....
22 Las palabras en negrilla son de creación propia.

23 Negrillas y subrayas fuera del texto original.

importante para la reconciliación nacional. Al producirse, estas son nulas “*Ab initio*”.

4. En el contexto de un acuerdo de paz, la amnistía solo puede aplicarse a hechos que no caben en la categoría de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad (se matiza la regla jurisprudencial creada). Por lo que se puede concluir a las claras que *no todas* las leyes de amnistía se encuentran prohibidas, ya no por la Convención (que desde su literalidad jamás lo ha establecido), sino que tampoco según los criterios interpretativos extensivos de la misma.

El elemento fáctico común a las primeras 3 subreglas es la existencia de dictaduras militares y golpes de Estado en el marco del decreto de las leyes de amnistía. Por contraste, en el último criterio, se observa la presencia de elementos transicionales que atenúan las reglas sin dejar de observar los compromisos internacionales a la luz de los artículos 1.1. (deber de investigación y persecución -principio de obligatoriedad), 8 (permitir ser oídos por un juez) y 25 (protección judicial) de la Convención. Derechos de acceso a la justicia, verdad (en instancias judiciales. No solo por “Comisiones de la Verdad”) y reparación.

Actos Legislativos, sentencias de control de constitucionalidad a propósito de los Acuerdos de Paz en Colombia y ley bajo la óptica del precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de leyes de amnistía

Son múltiples las sentencias proferidas por la Corte Constitucional colombiana relacionadas con los Acuerdos de Paz; sin embargo, en este apartado solo se abordarán algunas afines al tema de la ponencia y que se dieron con ocasión del control de constitucionalidad de actos reformativos de la Constitución:

Sentencia C-579 de 2013

En 2013 la Corte Constitucional resuelve una demanda interpuesta en contra de 3 apartes del Acto Legislativo 01 de 2012 (Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional) “Marco Jurídico para la Paz”, se demandaron los términos ‘Máximos’, “Cometidos de manera sistemática” (los de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra) y “Todos los” (y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal) respecto de los criterios de priorización y selección (En cabeza de la Fiscalía).

Lo que buscaba el artículo 66 transitorio era determinar que la obligación del Estado de investigar y juzgar todos los delitos que atentan contra los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario solo se realizaría en razón de criterios de selección y priorización de delitos (Macroprocesos) respecto de los “máximos responsables”, solo respecto de aquellas conductas cometidas de “manera sistemática” y autorizar la renuncia condicionada de la persecución penal respecto de “todos los” casos no seleccionados

La Corte efectúa el juicio de sustitución de la Constitución en el que la Premisa Mayor se encuentra conformada por el deber de investigar y juzgar todos los delitos que atenten contra los derechos humanos y el derecho internacional Humanitario. La Premisa menor la compone la Selección y priorización (renuncia condicionada y ejecuciones alternativas) referida en el Acto Legislativo 01 de 2012. La Conclusión del juicio es que con la reforma constitucional introducida no se sustituye²⁴ ningún pilar fundamental o eje axial de la Constitución de 1991.

Ahora, ¿Cuál fue la razón de esta decisión? La Corte argumenta que la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición con el objetivo de establecer una paz estable y duradera, a través de justicia transicional sustenta la posibilidad de no dar cabal aplicación al principio de obligatoriedad²⁵ en la investigación, juzgamiento y condena de conductas atentatorias de los derechos humanos y el derecho Internacional Humanitario.

A la decisión se le criticó la declaratoria de constitucionalidad del término “cometidos de manera sistemática” en los que se incluían los “crímenes de guerra”. Jurisprudencia posterior corrigió este yerro ciñéndolo a “un solo crimen”.

Los beneficios relacionados en la reforma constitucional se condicionaron al cese efectivo de hostilidades (acuerdo de paz material), esto para diferenciarlo de un simple acto formal de ‘firma del acuerdo’.

.....

24 La Corte concluye que se deben priorizar la investigación y sanción de los siguientes delitos: ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones forzadas, violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado, desplazamiento forzado y reclutamiento ilegal de menores, cuando sean calificados como delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, entre otros.

25 Se critica la teoría “maximalista” de conformidad con la cual ‘siempre’ se exige siempre investigación exhaustiva de todas las conductas. La aplicación irrestricta de este principio finalmente generaría un efecto contrario, esto es, iría en contra de los derechos de las víctimas.

Sentencia C-630 de 2017

Se pretendió dar un blindaje a los Acuerdos de Paz, primero a través del artículo 4 del Acto Legislativo 01 de 2016²⁶ (procedimiento legislativo especial para la paz), esta opción no resultaba adecuada por cuanto se realizaba en el marco de los Convenios de Ginebra, impertinente en razón a que lo que hacía el acuerdo era dar por finalizado el conflicto, aspecto no regulado por aquella normativa y los ingresaba al bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

En el artículo 5 del Acto Legislativo se señaló que “El presente acto legislativo rige a partir de la refrendación popular del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”²⁷.

Después se reemplaza la fórmula del artículo 4 del Acto Legislativo 01 de 2016 (Acuerdo Especial en los términos del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949) a través del Acto Legislativo 02 de 2017, en esta ocasión la fórmula usada para blindar los acuerdos de paz fue la de prohibir la modificación de lo acordado: “hasta la finalización de los tres periodos presidenciales completos posteriores a la firma del Acuerdo Final” y además elevó el acuerdo de paz suscrito el 24 de noviembre de 2016 a parámetro de interpretación y cumplimiento de buena fe de los mismos.

La Corte Constitucional halló que el criterio escogido e introducido con la modificación constitucional de 2017 se ajustaba a la carta y no sustituía ningún pilar

.....
26 En desarrollo del derecho a la paz, el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera constituye un Acuerdo Especial en los términos del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949.

Con el fin de ofrecer garantías de cumplimiento del Acuerdo Final, una vez este haya sido firmado y entrado en vigor ingresará en estricto sentido al bloque de constitucionalidad para ser tenido en cuenta durante el periodo de implementación del mismo como parámetro de interpretación y referente de desarrollo y validez de las Normas y las Leyes de Implementación y Desarrollo del Acuerdo Final.

(....)

27 A través de la sentencia C-699 de 2016 se “construyó” el concepto de “Refrendación popular” que permitió que, a pesar de que en el plebiscito celebrado el 2 de Octubre de 2016 la opción ganadora fuese la de No frente a los acuerdos de paz, finalmente estos fueron implementados. Por “Refrendación popular” la Corte Constitucional entendió que: la refrendación popular designa un (i) proceso, (ii) en el cual haya participación ciudadana directa, (iii) cuyos resultados deben ser respetados, interpretados y desarrollados de buena fe, en un escenario de búsqueda de mayores consensos, (iv) proceso que puede concluir en virtud de una expresión libre y deliberativa de una autoridad revestida de legitimidad democrática, (v) sin perjuicio de eventuales espacios posibles de participación ciudadana para la revisión específica de aspectos concretos ulteriores.

fundamental de esta en cuanto se entiende que incorpora un principio de estabilidad y seguridad respecto de lo acordado. Dicho principio es deferente con las finalidades del Acuerdo y hace posible su implementación con respeto de las competencias de las autoridades y órganos del Estado, a nivel nacional y territorial.

Sentencia C- 674 de 2017

Uno de los actos legislativos más relevantes relacionado con los Acuerdos de Paz fue el 01 de 2017 (Jurisdicción Especial para la Paz). En este se establecieron disposiciones para materializar lo pactado, terminar el conflicto y garantizar una paz estable y duradera.

La Corte Constitucional estudió el Acto Legislativo a través de la sentencia C-674 de 2017 y declaró varios apartes inexecutable. Entre las determinaciones más importantes adoptadas en el fallo se encuentran:

1. La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) no podrá durar más de 20 años. 10 iniciales, 5 de prórroga inicial y una prórroga adicional y final de 5 años (declarando la constitucionalidad condicionada del artículo 15 del Acto Legislativo). Lo anterior responde al carácter inherentemente transitorio de esta.
2. El sometimiento forzoso a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) de terceros y agentes del Estado no pertenecientes a la fuerza pública vulnera la garantía del juez natural y del debido proceso. Por lo anterior, el sometimiento a la JEP es voluntario y la solicitud debe formularse ante la autoridad competente de la jurisdicción ordinaria (artículo 16 del Acto Legislativo).

Ley 1820 de 2016 (Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones).

La Corte Constitucional a través de la Sentencia C-007 de 2018 estudió la ley y declaró inexecutable algunos apartes normativos a efectos de morigerar la posibilidad de indultar determinadas conductas; efectivamente, la Corte determinó, entre otras:

1. Declarar la inexecutable de la expresión ‘únicamente’ contenida en el primer inciso del párrafo del artículo 23 (La posibilidad de conceder amnistía por delitos políticos o conexos), así, el aparte finalmente quedó establecido en los siguientes términos: “En ningún caso serán objeto de amnistía o indul-

to **únicamente** los delitos que correspondan a las conductas siguientes”. Así pues, se garantizan los derechos de las víctimas y las obligaciones internacionales de Colombia que emanan de instrumentos tales como la Convención Americana sobre derechos humanos. En otros términos, la declaratoria de inconstitucionalidad permite que existan otras conductas no amnistiables diversas a las allí señaladas de forma explícita.

2. Declarar la inexecutable de la expresión ‘graves’ del literal a) del párrafo del artículo 23. Así, el aparte finalmente quedó registrado en los siguientes términos: “Los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, (...)”. Estas conductas resultan NO amnistiables y, nuevamente, la decisión fue garantista tanto de los derechos como de los compromisos estatales por cuanto los crímenes de guerra por sí solos comportan graves violaciones de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, lo anterior, sin que sea necesario que a la vez sean ‘graves’.
3. Otra declaratoria relacionada con la imposibilidad de conceder amnistías fue la de declarar executable condicionado la expresión “reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma”, contenida en el literal a) del párrafo del artículo 23 en el entendido de que las conductas a las que se refiere esta prohibición, cometidas hasta el 25 de junio de 2005, no son amnistiables si el sujeto pasivo es una persona menor de 15 años de edad; a partir de ese momento, no lo serán las cometidas contra una persona menor de 18 años. De nuevo, los compromisos estatales internacionales se respetan con esta determinación.
4. Declarar la inexecutable de la expresión “Se entenderá por ‘grave crimen de guerra’ toda infracción al derecho internacional humanitario cometida de forma sistemática” del inciso final del párrafo del artículo 23 de la ley.

Las anteriores, entre otras determinaciones de naturaleza análoga, se enmarcan en la imperiosa necesidad de impedir indultos y amnistías respecto de graves conductas atentatorias de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario y en desarrollo de la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de derechos humanos que permitiría la aplicación de normas que tengan esta finalidad como vocación siempre y cuando se respeten esos mínimos y se produzcan en escenarios como

en el que se desarrolló el caso colombiano; esto es, en el marco de los Acuerdos de Paz en contexto de transición.

¿Qué viene para Colombia?

De lo arriba someramente señalado, se desprende que la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe atemperar sus criterios hasta la fecha establecidos teniendo en cuenta que:

1. Estos han sido forjados a la luz de leyes de autoamnistía por parte de regímenes militares o con presión de estos, es decir, la Corte debe tener en cuenta el contexto en el que se han dado estas normas.
2. La prohibición de adoptar leyes de indulto o amnistía es una creación jurisprudencial a título de principio jurídico implícito.
3. Las leyes de amnistía en Colombia son fruto de una transición desde conflicto.
4. Los criterios moderados en el caso El Mozote deben ser proyectados al caso colombiano.
5. Resulta interesante traer a colación la intervención de expertos académicos en el caso *Marguš vs. Croacia* (2014) resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que respecto de la imposibilidad de crear leyes de amnistía acerca de conductas que atenten contra los derechos humanos, además el Derecho Internacional Humanitario ha tomado como soporte las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

113. Los intervinientes aceptaron que la concesión de amnistías podría en algunos casos conducir a la impunidad de aquellos responsables de la violación de los derechos humanos fundamentales y, por lo tanto, socavar los intentos de salvaguardar dichos derechos. Sin embargo, fuertes razones políticas respaldaron el reconocimiento de la posibilidad de otorgar amnistías donde representaban la única forma de salir de dictaduras violentas y conflictos interminables. Los intervinientes abogaron por una prohibición total de las amnistías y por un

enfoque más matizado al abordar el tema de la concesión de amnistías²⁸. (Sentencia Marguš vs. Croacia, 2014)

Referencias

Alonso, J. (2018). *Principios Jurídicos Implícitos*. Madrid: Marcial Pons.

Chinchón- Álvarez, J. (2015). Las Leyes De Amnistía en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. De la decisión de la Comisión en Dujardin y Otros contra Francia a la sentencia de la Gran Sala en Marguš contra Croacia : ¿Progresivo Desarrollo O Desarrollo Circular?. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Vol. (52), pp. 909 - 947.

Comisión Europea de Derechos Humanos. (2 de Septiembre de 1991). *Decisión Dujardin y Otros vs. Francia*.

Congreso de Colombia (13 de Febrero de 2002). *Código Disciplinario Único*. Ley 734 de 2002.

Congreso de Colombia. (31 de Julio de 2012). *Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*. Acto Legislativo 01 de 2012.

Congreso de Colombia. (7 de Julio de 2016). *Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Acto Legislativo 01 de 2016.

Congreso de Colombia. (30 de Diciembre de 2016). *Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones*. Ley 1820 de 2016.

Congreso de Colombia. (4 de Abril de 2017). *Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones*. Acto Legislativo 01 de 2017.

.....
28 Traducción propia. El texto original señala: 113. *The interveners accepted that the granting of amnesties might in certain instances lead to impunity for those responsible for the violation of fundamental human rights and thus undermine attempts to safeguard such rights. However, strong policy reasons supported acknowledging the possibility of the granting of amnesties where they represented the only way out of violent dictatorships and interminable conflicts. The interveners pleaded against a total ban on amnesties and for a more nuanced approach in addressing the issue of granting amnesties.*

Congreso de Colombia. (11 de Mayo de 2017). *Por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una Paz Estable y Duradera*. Acto Legislativo 02 de 2017.

Congreso de Colombia. (28 de Enero de 2019). *Código General Disciplinario*. Ley 1952 de 2019.

Constitución Política de Colombia. (1991). 2a Ed. Legis.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos. (1969). https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Convenios de Ginebra. (1949). <https://www.icrc.org/es/document/los-convenios-de-ginebra-de-1949-y-sus-protocolos-adicionales>

Corte Constitucional de Colombia. (26 de Enero de 2006). Sentencia C-028 de 2006 [M.P. Humberto Sierra Porto].

Corte Constitucional de Colombia. (28 de Agosto de 2013). Sentencia C-579 de 2013. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional de Colombia. (13 de Diciembre de 2016). Sentencia C-699 de 2016. [M.P. María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional de Colombia. (11 de Octubre de 2017). Sentencia C-630 de 2017 [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo].

Corte Constitucional de Colombia (4 de Noviembre de 2017). Sentencia C-674 de 2017. [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez].

Corte Constitucional de Colombia (1 de Marzo de 2018). Sentencia C-007 de 2018. [M.P. Diana Fajardo Rivera].

Corte Constitucional de Colombia (13 de Marzo de 2019). Sentencia C- 111 de 2019. [M.P. Carlos Bernal Pulido].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (14 de Marzo de 2001). Sentencia *Barrios Altos vs. Perú*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (25 de Noviembre de 2003). *Sentencia Myrna Mack Chang vs. Guatemala*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (22 de Noviembre de 2004). *Sentencia Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (15 de Junio de 2005). *Sentencia Comunidad Moiwana vs. Surinam*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (29 de Noviembre de 2006). *Sentencia La Cantuta vs. Perú*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de Septiembre de 2006). *Sentencia Almonacid Arellano y otros vs. Chile*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de Noviembre de 2010). *Sentencia Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de Febrero de 2011). *Sentencia Gelman vs. Uruguay*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (25 de Octubre de 2012). *Sentencia Caso El Mozote vs. El Salvador*.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2014). Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal. *Revista IIDH*. Vol. (59), pp. 29-118.

Mallinder, L. (2008). *Amnesty, Human Rights and Political Transitions. Bridging the Peace and Justice Divide*. Portland, Hart Publishing.

Ntoubandi, F. (2007). *Amnesty for Crimes Against Humanity Under International Law*. La Haya, Martinus Nijhoff.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos A/HRC/5/7 (7 de junio de 2007). http://www.concernedhistorians.org/content_files/file/to/123.pdf

Olsen, T., Paine, L. & Reiter, A. (2010). *Transitional Justice in Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy*. Washington, United States Institute of Peace.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Cámara. (27 de Mayo de 2014). Sentencia Marguš vs. Croacia. [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-114487%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-114487%22])

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Segunda Sección (2 de Febrero de 2005). Sentencia Abdulsament Yaman vs Turquía. <https://hudoc.echr.coe.int/eng>

Capítulo V

Los derechos humanos como derechos de los animales: Caso Política Pública de Protección y Bienestar Animal en Colombia

Jimena Cardona Cuervo¹, Alejandro Guzmán Rendón²

Resumen

Los derechos humanos son la conquista de la racionalidad del derecho y la política moderna. Cada vez son más los países, tanto de occidente como de oriente, que se suscriben a los pactos internacionales y desarrollan internamente las normativas sustantivas y procedimentales que permiten la materialización de esas aspiraciones globales. Pero la suscripción de un pacto internacional y su implementación en el ámbito nacional, no está exenta de debates, luchas teóricas y fácticas. La garantía de los derechos de los animales es un ejemplo propio de las luchas y resistencias de orden social, cultural, económico, político y jurídico. Colombia, uno de los países que va a la vanguardia de protección judicial de los derechos de tercera generación, tiene a su vez férreas resistencias en el ámbito político, social y cultural.

Para el presente texto, en primer lugar se posiciona el tema de los derechos humanos como un desarrollo intenso y vertiginoso de la modernidad jurídica. En segundo lugar, se identifican algunas críticas frecuentes a los derechos humanos. Luego, en tercer lugar, se determinan los argumentos que permiten la garantía ampliada de los derechos humanos como los derechos de los seres sintientes. Así, finalmente, se pasará en cuarto lugar, a reflexionar sobre el estado de las políticas públicas en Colombia y sobre la conveniencia de la ampliación de la concepción de los derechos humanos como derechos de los seres sintientes en Colombia, para el caso de los animales de compañía.

Palabras clave

Animales de compañía, derechos humanos, participación, políticas públicas.

Universidad de Caldas

¹Especialista en Derecho Constitucional, Especialista en Derecho Administrativo, Magíster en Derecho Público, Magíster en Ciencia Jurídica. Estudiante de Doctorado en Derecho. Profesora Investigadora de la Universidad Cooperativa de Colombia Sede Cartago, Valle del Cauca, Colombia.

Correo electrónico:
jimena.cardona@campusucc.edu.co.

²Abogado, Magíster en Derecho. Profesor Investigador Universidad de Caldas, Colombia. Grupo de investigaciones estudios Jurídicos y Sociojurídicos. Correo electrónico:
alejandro.guzman@ucaldas.edu.co

Introducción

La Universidad de Cooperativa de Colombia Campus Pereira-Cartago y la Universidad de Caldas, llevaron a cabo la investigación titulada *Análisis de las políticas públicas de los animales de Compañía en Colombia*. Fue un trabajo académico que intentó develar si el Estado realiza los esfuerzos de planificación suficientes para garantizar y promover los derechos de los animales.

Aunque las leyes nacionales e internacionales han positivizado progresivamente los derechos de los animales, la investigación quería evidenciar el hacer o no hacer planificado de las autoridades públicas encargadas de la dirección de las políticas. Así entonces, la metodología fue descriptiva con enfoque analítico.

Precisamente, uno de los resultados obtenidos en la triangulación de la información tiene que ver con el pensamiento antropocéntrico y restringido de los derechos. Se vio la necesidad entonces, de reflexionar en torno a los derechos humanos y su extensión hacia los derechos del ambiente, especialmente de los animales. Es un aporte académico a la emergencia que viven millones de criaturas en Colombia ante la cual las autoridades no ejercen sus funciones adecuadamente.

Es igualmente, un esfuerzo por la realización de trabajos académicos de investigación jurídica, a través del Nodo Eje Cafetero de Investigación Jurídica y Sociojurídica y el trabajo colaborativo entre grupos de investigación, por lo que se agradece a todas aquellas personas que colaboraron administrativa y académicamente, para llevar a cabo este trabajo de investigación.

Los derechos humanos

La historia del derecho como sistema judicial y por tanto, de los derechos de las personas, ha sido una construcción desde los inicios de la historia. Pero la historia de los derechos humanos, como pacto jurídico y político universal, es un producto de la modernidad. Justamente en este marco histórico, se han afianzado en los diferentes países a nivel global, los procesos de positivización, generalización, institucionalización e internacionalización (Galvis Sánchez, 2007, p. 63).

Desde el siglo XV, diversos hechos sociales, políticos y culturales (la imprenta, las reformas protestantes, las luchas sociales en contra del exterminio de los pueblos indí-

genas en América, entre muchos otros), ubicaron en el núcleo de todo significado al ser humano y su razón. En medio de los acontecimientos, los teóricos poco a poco fabricaron las plataformas de la argumentación según las cuales, el hombre era libre e igual ante cualquier institución. Todo lo anterior, tuvo como consecuencia la materialización, entre otras, de las declaraciones de derechos y constitución de Estados Unidos de América, las declaraciones y constituciones de la Revolución Francesa, las declaraciones y constituciones de los países independizados de América Latina y finalmente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y las demás declaraciones de derechos que surgieron a partir de mediados de siglo XX (Hunt, 2007).

Quienes ostentaron el *statu quo*, evidenciaron en este proceso jurídico y político, la oportunidad de lograr seguridad y protección de sus bienes. Quienes hasta ese momento no tenían derechos, ni siquiera la esperanza de obtenerlos, vieron en esta causa la oportunidad de conseguir garantías mínimas de supervivencia y desarrollo humano. El ideal de la modernidad podía concretarse, la búsqueda de la libertad, de la felicidad, el fin de la tiranía. No obstante, a todas luces, los derechos humanos sirvieron para todo y para todos; el conflicto fue inevitable.

En sentido literal, derecho implica la facultad reconocida que tendría un sujeto. Así mismo, por humano, de inmediato se relaciona a la especie sapiens del género homo. Así que derechos humanos no sería otra cosa que las facultades reconocidas que tendrían los miembros pertenecientes a la especie humana. Actualmente, pareciera recoger más de 500 años de historia jurídica, para dar por sentado que existen los mencionados derechos humanos y que debe rechazarse cualquier intento de violencia contra ellos (Nicoletti, 2007).

A pesar de que ha sido una categoría mundialmente aceptada, es también bastante problemática su legitimación en la pluralidad social y política: básicamente, el concepto de ‘derechos’ y de ‘humanos’, es plurivalente y es el escenario de intensas luchas por la significación. El debate no es solo jurídico, pues los derechos humanos impactan cada una de las disciplinas del conocimiento de las ciencias sociales (Platts, 2010).

La definición de derechos humanos tiene en el derecho dos escuelas tradicionales de enunciación: positivismo y naturalismo. Los primeros, afirman que la existencia de los derechos humanos es dada únicamente con su aprobación en términos institucionales y formales. Para los segundos, el solo hecho de existir un sujeto de la especie humana es suficiente para el reconocimiento de todos sus derechos. Cada

una de estas escuelas, tiene subdivisiones con marco teóricos que los diferencian y les permiten conclusiones diversas.

La tendencia más posicionada y desarrollada, se encuentra dentro de la escuela del derecho natural que fundamenta los derechos humanos en el valor supremo de la dignidad humana. Ha sido acogida por importantes teóricos, positivizada en las legislaciones nacionales e instrumentos internacionales, y desarrollada ampliamente por los tribunales constitucionales (Hoyos, 2005).

El desarrollo teórico de los diferentes enfoques, ha permitido evidenciar consensos en algunas características que subyacen a los derechos humanos. Así, para Nava G. (2012) son: a. Universales; b. Intrínsecos o innatos de la persona humana; c. Inalienables e incondicionales; d. Irrenunciables; e. Imprescriptibles; f. inviolables.

En cuanto a la decisión judicial, un importante avance se ha evidenciado en el principio de proporcionalidad del razonamiento judicial, el cual se explica desde Alexy con tres componentes; siempre que exista colisión entre derechos o principios, el tomador de la decisión deberá consultar la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad de las decisiones y elegir la mejor.

Finalmente, es importante diferenciar el concepto de derechos humanos con el de derechos fundamentales, derechos constitucionales y derechos individuales, sociales y colectivos o del medio ambiente (Bernal, 2010); puesto que cada una de estas concepciones tienen fundamentos teóricos, intereses políticos y abordan la solución de asuntos sociales concretos, mientras que la concepción de derechos humanos es la que agrupa asertivamente a todas, es la más aceptada y la que más protección internacional y nacional exige.

Críticas a los derechos humanos

La persona o institución que imponga su significado ‘derechos humanos’ a los demás, tiene el control de lo que se puede y no se puede proteger en la constitución social de un Estado. Ello tiene efectos económicos, políticos, culturales y sociales favorables para unos y desfavorables para otros. Lo anterior, implica una esperada lucha cognitiva desde todos los escenarios de enunciación. Esto es así, porque los derechos humanos se discuten desde las diferentes áreas del interés y el conocimiento humano, psicología, filosofía, política, sociología, etc., además de la ciencia jurídica. En cada

una de estas disciplinas, también existen múltiples tensiones por el poder de enunciación que definen y legitiman el interés de unas personas o grupos en contra de otros.

Tres características son principalmente objeto de disputa: universalidad, inalienabilidad e irrenunciabilidad. Para comenzar, es claro que el criterio de universalidad de los derechos humanos, en un comienzo, enmarcó únicamente a los hombres, blancos y ricos; solo estos eran personas con capacidad legal y fue así, porque eran los que tenían el poder de enunciación. El resto de la humanidad ha tenido que emprender luchas de poder, muchas de ellas sangrientas, para lograr el reconocimiento de sus derechos; poco a poco, las sociedades en el derecho interno y en el derecho internacional, han ido expandiendo el concepto de universalidad de los derechos humanos (Ruiz, 2007).

Si se compara la historia de la humanidad y la historia de los derechos humanos, la universalidad positivizada se ha flexibilizado en muy poco tiempo. Un ejemplo de lo anterior, es Colombia, la cual, bajo la Constitución de 1886, reconocía derechos políticos únicamente a hombres, libres, ricos, alfabetizados, de buena reputación y mayores de 21 años; en los años 30 del siglo XX, se eliminó el requisito de la alfabetización, la buena reputación y la riqueza; en los años 50, se amplió a las mujeres y en los años 70 y se amplió a los mayores de 18 años. Este es un ejemplo de cómo los derechos fueron en principio consagrados a una minoría, para en menos de 100 años, ampliarse a la mayoría de la población.

Sin embargo, de la positivización a la garantía real y efectiva hay una brecha muy grande. La consagración de los derechos políticos no tuvo como consecuencia su aplicación institucional y aceptación social. En Colombia, desde de la década de 1940, se han asesinado a los líderes políticos y sociales de izquierda, se ha negado el acceso al poder de distintas maneras a las poblaciones indígenas, campesinas, mujeres, LGBTI, entre otras minorías o grupos poblaciones vulnerables y en definitiva, la oligarquía ha permanecido casi invariable en el poder estatal y económico, con impunidad institucionalizada. Se avanzó en positivización de los derechos, pero no se tradujo en goce pleno de los derechos.

La universalidad de los derechos humanos ha requerido una lucha institucional y social constante y a este problema, se le debe sumar un segundo nudo problemático: el carácter intrínseco, innato o indivisible de los derechos humanos. Aquí hay argumentaciones a favor y en contra, desde todas las disciplinas y giran en torno a una discusión prácticamente académica.

Desde la restricción o negación del carácter intrínseco o inmanente de los derechos, se afirma, por ejemplo, que no todos los seres de la especie sapiens son personas, es decir, los que tienen piel negra o pertenecen a grupos étnicos, no son personas; otros consideran que las personas sentenciadas judicialmente, culpables de cometer algún delito, deben perder el estatus de personas; en las prácticas sociales, que algunos sean más personas que otras, es algo normal y beneficioso para controlar el orden político y económico. La moral del consecuencialismo individualista no tiene consideraciones con personas carenciales y debilitadas, es decir, no se aceptan esencialismos ni naturalismos imposibles de llevar a la práctica y que colisionen con la libertad.

Como se mencionó anteriormente, una de las respuestas aceptadas que defienden la inalienabilidad de los derechos, es la que se fundamenta en razón de la dignidad humana. El hecho de ser persona conlleva a que intrínsecamente la aspiración de cualquiera miembro de la especie sapiens sea vivir con dignidad y por tanto, sus derechos sean automáticamente reconocidos y protegidos. Vivir bajo el criterio de la dignidad humana es vivir bien, vivir como quiera y vivir sin humillaciones.

Douzinas (2008), desde el punto de vista de los estudios políticos y el derecho crítico, adiciona que la lucha del ser humano por la justicia como máximo valor social, se encuentra en el carácter intrínseco de los derechos y no en su positivización e institucionalización. En otras palabras, cuando los derechos humanos sean positivizados e institucionalizados, se habrán destruido los derechos humanos. Por tanto, corresponde a cada individuo, desde su interior, desde su sentirse persona, luchar vivamente por los derechos independientemente de su reconocimiento externo.

Ahora bien, en cuanto al carácter de irrenunciabilidad de los derechos humanos, sobra decir que es bastante bien intencionado, el principio bajo el cual, no es permitido un acto jurídico que conlleve a la renuncia de los derechos humanos. Así, por ejemplo, a pesar de la existencia y garantía del derecho a la libertad, no se admite un contrato de esclavitud temporal o un contrato que permita la tortura y el trato degradante.

Aunque en los países democráticos y capitalistas, no se suele poner en entredicho la invalidez de disposiciones que atenten contra el derecho de libertad, la concepción del sistema económico no permite ver a los seres humanos con valor intrínseco diferente a la capacidad de producir riqueza y, por tanto, sí contempla la posibilidad de

renunciar a sus derechos económicos, sociales, culturales, colectivos y medioambientales (Echeverri, 2006). Es decir, los derechos de segunda y tercera generación no son tan ‘derechos’ ni tan ‘humanos’.

A pesar de que el principio de irrenunciabilidad se encuentra positivizado en el derecho laboral colombiano, en la práctica social se mina su materialización con obstáculos administrativos, judiciales y en general, con omisiones del Estado que permiten a los empleadores imponer su fuerza económica sobre la necesidad del trabajador.

Sin embargo, lo más importante y relevante en este escrito, es que la crítica a los derechos humanos superó el alcance antropocéntrico y pasó a ser la lucha por reconocer y garantizar los derechos de otros seres, tales como los seres “sintientes”, de la “naturaleza”, o incluso, sujetos artificiales (robots). ¿Los derechos son solo para la especie sapiens del género homo? ¿Será que otras especies del género homo tienen derechos humanos? ¿Será que los demás animales pueden tener derechos humanos? ¿Es posible pensar que un bosque o un río puede tener derechos humanos?

Los derechos humanos como derechos de la naturaleza y la extensión de la concepción de los derechos humanos para animales

La promulgación de la Constitución Política de Colombia en 1991, abrió camino para la exigencia de la protección y defensa del ecosistema, como el espacio vital para la existencia de las generaciones presentes y futuras. Empezó a ser transitado por activistas de grupos ambientalistas, los cuales continuamente activaron todas las herramientas jurídicas disponibles, principalmente acciones constitucionales para detener actividades que perjudicaban el medio ambiente. No sin fundamento, esta carta es llamada la *Constitución Ecológica*, toda vez que el derecho fundamental al ambiente sano está catalogado como un interés superior y fin esencial del Estado. A partir de lo anterior, se han desarrollado una serie de principios, mandatos y obligaciones enfocados en una doble dimensión dirigida a: (i) proteger de forma integral el medio ambiente y (ii) garantizar un modelo de desarrollo sostenible (Sentencia T-622 de 2016).

En ese orden de ideas, la jurisprudencia colombiana ha encontrado que la manera más eficiente para garantizar la protección del medio ambiente, es elevar algunos de

sus componentes a la categoría de sujetos de derechos³; así entonces, se nombra un representante legal y se emite una serie de órdenes en favor de la garantía de sus derechos. Algo similar ocurre en los procesos de restablecimiento de derechos de un menor de edad, que requiere de un curador para asegurar su cuidado y el disfrute de sus derechos.

En un principio, la protección del ecosistema no contempló la salvaguarda directa y autónoma de los animales como individuos susceptibles de ser víctimas de la violencia, sino como un elemento colectivo más de la biodiversidad. La importancia que se les daba estos estaba determinada, esencialmente, por la conservación de las especies. Hasta la fecha, no existe normativa, ni pronunciamiento judicial que clasifique a los animales como sujetos de derechos, a pesar del estatus jurídico de la naturaleza como derecho fundamental, que ha servido de base para la contienda política y jurídica por el reconocimiento de los animales como sujetos de protección de los derechos humanos.

La discusión sobre la importancia de los animales, como parte de la sociedad, es relativamente reciente. Se ha dado en diversas disciplinas de las ciencias sociales: la filosofía con la teoría de la consideración moral; en el derecho con la lucha por los derechos de los animales con enfoques férreos (Francione y Charlton, 2018) o moderados; en la ciencia política con tesis emblemáticas como la ciudadanía animal (Donaldson y Kymlicka, 2018). Las disciplinas que estudian el reino animal desde donde se ha dado el punto de partida para comprender a los animales como individuos sintientes y conscientes en su mayoría, que requieren de una consideración no solo moral, sino del reconocimiento jurídico, que les permita detentar unos mínimos de bienestar, protección y defensa.

Producto del activismo social y académico, en búsqueda de la reivindicación de los derechos de los animales, se ha generado a nivel mundial, un movimiento que ha logrado conectar con la ciudadanía, radicando las siguientes premisas: los animales son seres desprotegidos; los animales son seres sin voz, ni participación; los animales son altamente expuestos a las diversas formas de violencia y esclavitud. Los gobiernos están desinteresados y las políticas públicas para la solución de este grave pro-

.....
3 Actualmente por vía jurisprudencial colombiana, son sujetos de derechos el Río Atrato, mediante Sentencia T-622 de 2016; la Amazonía colombiana, por medio de la Sentencia STC 4360 de 2018; Ríos Combeima Cocora y Coello, a través de sentencia en el caso radicado al N° 73001-23-00-000-2011-00611-00 de 2019 y el Río Cauca, por medio de la sentencia N° 38 de 2019.

blema público, son prácticamente inexistentes. Cada vez, con mayor vehemencia, la sociedad reclama el mejoramiento de las condiciones de los animales y su tratamiento, bajo los postulados de la dignidad, donde dependiendo de la especie, puedan acceder a una serie de derechos que les permitan disfrutar un escenario congruo de vivencia libre de sufrimiento y desarrollo pleno.

Producto de los pactos internacionales de cuidado del medio ambiente y las presiones sociales, el Estado Colombiano se vio obligado a responder positivamente a las demandas de protección animal. En un principio, de manera tímida, el Congreso de la República expidió normas que pretendían proteger a los animales, creando, por ejemplo, un organismo integrado por representantes del municipio y la ciudadanía, que denominó Juntas de Protección animal (Ley 5 de 1972). En la actualidad, las juntas que han sido creadas, no sesionan, ni realizan las funciones para las cuales fueron concebidas, obran meramente de papel (Procuraduría General de la Nación, 2016). Casi dos décadas después de la expedición de la ley 5 de 1972, se expidió el Estatuto de Protección Animal (Ley 84 de 1989); en su momento, fue una gran apuesta al problema de la violencia contra los animales, sin olvidar tener en cuenta el Estado de Derecho imperante y el déficit de amparo, incluso para los mismos humanos (Fajardo y Cárdenas, 2007). Esta ley, en el tiempo, se fue quedando sin eficacia por la falta de voluntad estatal y la evolución de nuevas formas de maltrato.

Recientemente se promulgó la ley 1774 de 2016, con la cual se reformaron leyes importantes como el código penal, la ley 84 de 1989 y el código civil. Esta norma es quizás el más importante instrumento jurídico para proteger a los animales en Colombia en la actualidad, donde se reconoce a los animales como seres sintientes, se conserva su naturaleza civil de bienes muebles y se compone de los siguientes principios:

1. Protección animal: la relación humano-animal tiene como fundamento el respeto, por lo que es deber de la humanidad como ser racional, prevenir el sufrimiento y erradicar cualquier tipo violencia.
2. Bienestar animal: haciendo eco de las libertades de los animales, la norma consagra una lista de condiciones mínimas que deben confluir en la existencia de los animales, además de buscar que no se les prive de los alimentos, hidratación y atención medico veterinaria con la frecuencia y calidad necesarias, sin olvidar que se les garantice la posibilidad de desarrollar su comportamiento natural, sin ser sometidos a miedo o estrés.

3. **Solidaridad social:** En este principio se establece una triada de responsables en la protección animal. El Estado, la sociedad y cada persona no solo tienen la obligación de asistir a los animales, sino también de desplegar acciones para salvaguardarlos ante el peligro.

La positivización de los derechos de los animales en la ley 1774 del 2016, también consagró los siguientes aspectos:

1. **Delito de maltrato animal:** a la ley 599 del 2000, código penal vigente, se le adicionó el título XI-A, con un capítulo único denominado “delitos contra la vida, la integridad física y emocional de los animales”, donde estableció el daño grave o la muerte animal provocada intencionalmente o por negligencia, como una conducta punible susceptible de ser sancionada con pena privativa de la libertad entre 1 a 3 años y multa entre 5 y 60 SMLMV. Este delito comporta circunstancias de agravación punitiva y hacen referencia a la forma como se ejecuta maltrato y cuyas situaciones la pena mínima y máxima, así como la multa se incrementa, estas son: sevicia; desarrollo de la conducta por parte de servidor público; en sitio público; mediante actos sexuales o valiéndose de menores de edad. Este delito tiene excepciones y están determinadas por las prácticas de cría, adiestramiento, control de enfermedades zoonóticas y por supuesto, las prácticas tradicionales del país como la tauromaquia, coleo y similares. El funcionario competente para conocer este tipo de conductas punibles es el juez penal municipal.
2. **Conducta contravencional de maltrato animal:** el procedimiento contravencional del Estatuto de Protección Animal ley 84 de 1989 fue derogado. La nueva norma, estipula que las conductas de maltrato animal que no revistan delito, es decir, que no menoscaben gravemente la salud de los animales y donde este no pierda su vida, serán sancionados con multas de 05 a 50 SMLMV, siendo competentes los inspectores de policía, y el procedimiento es aquel contenido en la ley 1801 de 2016.
3. **Medida de aprehensión material preventiva:** esta herramienta nueva fue creada para salvaguardar a los animales. La autoridad policiva es la competente para aplicarla, ya sea el uniformado que está en las calles con un contacto directo de la problemática humano-animal o por el inspector de policía. Consiste en la facultad de la policía para retirar a un animal de un

lugar donde se le está vulnerando su bienestar físico. Esta operación policial no requiere de una orden judicial o administrativa. La autoridad tiene 24 horas para hacer la atención de las denuncias ciudadanas sobre presuntos casos de maltrato animal.

4. Animales como seres sintientes: el Código Civil colombiano, desde sus inicios, le dio tratamiento de cosas a los animales; en su artículo 653, los clasificó como bienes muebles, es decir, equivalentes a una mesa. Lo anterior, por décadas impidió, en primer lugar, exigir judicialmente la protección del respeto de los derechos de los animales y en segundo lugar, retrasar el desarrollo teórico de los derechos de los animales y su relación con los derechos humanos. Con la Ley 1774 de 2016, se le reconoce la calidad de seres sintientes a los animales, al abrir la posibilidad de la defensa jurídica de los mismos y convertir su integridad física y emocional en un bien jurídico tutelado, contra el cual se puede atentar mediante conductas punibles y contrarias a la convivencia y a su vez, viabiliza los trabajos teóricos que reafirman la existencia de los derechos humanos como derechos de los animales.
5. El principio de solidaridad social: este principio merece un análisis particular, en tanto establece obligaciones negativas y positivas para con los animales, no se limita a relacionar conductas de maltrato cuya realización está prohibida a las personas, sino que establece que los tres garantes (Estado, sociedad e individuos de la especie humana) están en el deber de asistir y proteger a los animales con acciones diligentes ante situaciones que pongan en peligro su vida, su salud o su integridad física y tomar parte activa en la prevención y eliminación del maltrato, crueldad y violencia contra los animales (Ley 1774 de 2016, artículo 3, literal c).

Por medio de la ley 1801 de 2016 se expidió el actual Código de Policía y se reglamentaron conductas contrarias a la convivencia, y fue el título XIII donde se regulan las relaciones con los animales. Está compuesto por cuatro capítulos dedicados a indicar la manera como se debe ejercer la tenencia y la propiedad sobre los animales domésticos e indicar desde la forma en que deben transitar por el espacio público, hasta las sanciones en caso de agresiones de animales de compañía hacia personas u otros animales.

Por su parte, la rama judicial al atender acciones incoadas por los ciudadanos para auxiliar a los animales, se ha visto en el deber de pronunciarse y hacer referencia a la

relación humano-animal y la responsabilidad que le asiste a la comunidad respecto a los animales. En especial, la Corte Constitucional, por vía de control constitucional ha desarrollado importantes conceptos que permiten actualmente hacer una interpretación en favor de los animales, casi infiriendo que estos poseen actualmente unos derechos mínimos sin que expresamente así lo haya hecho constar en sus pronunciamientos, de los cuales se destaca la sentencia C-666 de 2010 que discurrió por primera vez sobre los fundamentos del cuidado animal en cabeza de los humanos, al crear el deber constitucional de protección animal que manda al Estado y a la sociedad a salvaguardar a los animales, con base en lo siguiente:

1. Principio de dignidad humana el cual exige a un sujeto racional y capaz, un comportamiento respetuoso de quién está en condiciones de inferioridad y no puede defenderse por sí mismo. Siendo el respeto por los animales, la mejor forma de demostrar status moral y consideración por la otredad, lo que se traducirá en mejores condiciones coexistencia humana (Akhtar, 2012).
2. La protección del ambiente como presupuesto esencial para la supervivencia humana y al cual pertenecen los animales como elemento integrador.
3. La función ecológica de la propiedad que impone límites al ejercicio de derechos sobre los animales dado su carácter de seres sintientes que los diferencian de las cosas.

Igualmente, en este fallo se reconoce la calidad de seres sintientes de los animales haciéndolos merecedores de la protección estatal y ciudadana, entregándole un argumento jurídico importante a los defensores de los animales frente al maltrato animal y la desidia con que las autoridades atienden estos casos⁴, porque si bien es cierto que ninguna norma contemplaba la sintiencia animal, por primera vez, el principal protector y garantista de los derechos había sentado un precedente que mandaba al respeto de toda forma de vida.

Desde el gobierno nacional, recientemente, se han articulado importantes iniciativas en materia de bienestar animal, como la elaboración de una cartilla orientadora en casos de maltrato animal por parte del Ministerio del Interior, al pretender facilitar información para el manejo de la violencia contra los animales y explicar aspectos bá-

.....
4 Son muchos los animales que hora tras hora deben sufrir la violencia en las calles y el abandono institucional (Romero, 19 de enero de 2018; Coordinación TIC, 12 de abril de 2015).

sicos como la competencia, autoridades, funciones de la policía nacional, entre otros elementos que requieren estar en el conocimiento colectivo para la eficiencia de la Ley 1774 de 2016 previamente mencionada.

Sin embargo, este instrumento resultó de poca aplicabilidad, dada su complejidad y las diferencias jurídicas y políticas de las entidades territoriales de Colombia. En ese orden de ideas, el manual operaría con probabilidad de éxito, solo en la capital del país. También, el actual gobierno incluyó una disposición en el Plan Nacional de Desarrollo que ordena la consolidación de la Política Pública de Bienestar Animal para el territorio nacional mediante documento CONPES (Ley 1955 del 2019, art 324). Durante los debates de esta ley, por parte de organizaciones y ciudadanos, fueron enviadas cartas a cada uno de los congresistas, con el fin de que incluyeran en el plan de desarrollo un artículo que garantizara la concreción de la protección animal⁵.

Aceptar a los animales como sujetos de derechos humanos, aún es difícil, porque la formación desde los hogares y las escuelas ha sido antropocentrista. En igual sentido, se ha formulado y desarrollado la normativa y jurisprudencia colombiana. Por ello, no existen actualmente las bases necesarias para erigir disposiciones en favor de los animales, sin que estas impliquen un cambio de paradigma.

Como ejemplo de lo anterior, está el principio de la dignidad humana que desde su misma concepción excluyó a los animales o el concepto de persona natural en el Código Civil, que hace referencia a un individuo de la especie humana, al cerrar la posibilidad de categorizar a los animales como personas y extenderles, por lo menos, una parte de los derechos de los cuales disfrutaban los humanos.

Como argumento en favor de la aparentemente descabellada idea de incluir a los animales en el universo de las personas, se tiene la investigación de Wise (2002) mediante la cual se demostró, con ayuda de primatólogos, el alto nivel de desarrollo cognitivo de los grandes simios, para quienes este abogado, litigante en favor de los animales, ha estructurado la defensa de su personalidad jurídica, al explicar que el concepto de persona en nada se relaciona con la humanidad, siendo una ficción legal,

.....
5 Animalistas exigen la formulación de una política pública de bienestar y protección animal. Iniciativas de grupos nacionales y diversas comunicaciones que están llegando a los despachos de los congresistas solicitan al Senado y Cámara de Representantes que se comprometan con un Plan Nacional de Desarrollo eficiente en la protección a todos los animales, sin olvidar que en las políticas públicas con enfoque territorial también debe estar incluido este tema (Peña, 05 de marzo de 2019).

creación del legislador, que puede recibir cualquier adaptación. En últimas, si tiene derechos un ente que no tiene la capacidad de sufrir como los establecimientos de comercio o sociedades, por lógica deberían poseer derechos los animales quienes le han demostrado a la ciencia su sintencia⁶, conciencia⁷ y grandes capacidades.

La extensión de los derechos humanos hacia los animales, se sustenta en la reciprocidad social, donde las partes no necesariamente deben estar dotadas de la capacidad para razonar y donde no siempre debe existir un beneficio mutuo. Para Nussbaum (2006), la teoría de las capacidades es fácilmente extensible a los animales, por cuanto todo ser dotado de conciencia tiene interés, no solo de vivir, sino de florecer al desarrollar sus habilidades:

Casi todos los animales (a excepción quizás de aquellos dotados de una sensibilidad muy reducida y de nula movilidad como podría ser el caso de las esponjas) son sujetos de justicia y poseedores de una dignidad (vinculada a la forma de agencia característica de su especie) que es merecedora del respeto y del apoyo de las leyes y de las instituciones (Nussbaum, 2015, p.110).

No se trata de tomar con exactitud los derechos humanos y otorgárselos a los animales sin mayor análisis. En primera medida y con ayuda, por supuesto, de otras ciencias que estudian el comportamiento animal, determinar el nivel de conciencia de cada especie y aunque alguno teóricos no lo acepten⁸, también será necesario revisar la función que cumple dicho grupo de animales para el hombre, toda vez que un enfoque vegano sería ideal, pero insostenible en las sociedades actuales, al dificultar la consolidación de una lista de capacidades o derechos para los animales. Lo que lleva necesariamente a realizar la siguiente estructura de categorías:

1. Animales de abasto: aquellos que sirven de alimento al hombre.
2. Animales de compañía: esencialmente domésticos destinados a la convivencia con humanos.

.....
6 La Sintiencia es la capacidad de sentir, percibir o experimentar subjetivamente (Griffin, 1992).

7 La conciencia implica tener la convicción de que se es diferente a los demás individuos de la misma especie y se es diferente al entorno (Griffin, 1992).

8 En especial Francione y Charlton, que siempre se han orientado a abolir toda forma de explotación animal.

3. Animales silvestres: aquellos que no han sido sometidos a la domesticación y viven alejados de los humanos.

A modo de ejemplo, se tiene que los caninos y felinos como animales de compañía por excelencia les asiste una protección legal reforzada y aunque en ningún texto legal o jurisprudencial aparezca expresamente estipulado que detentan el derecho a la vida, es fácilmente deducible del contenido de la Ley 1774 de 2016 y de la sentencia C-666 de 2010, puesto que el deber constitucional de protección animal y la conducta punible de maltrato animal cuyo bien jurídico tutelado tiene el alcance de la integridad animal, incluso emocional, prohíben ahora sí, expresamente, quitarle la vida a un ejemplar perteneciente a esta especie.

Lo anterior no podría predicarse de los porcinos, verbigracia, porque están destinados para el consumo y sería insostenible -por lo menos en la actualidad- el argumento del derecho a la vida, pero sí sería dable, propender por el otorgamiento del derecho a la integridad física y emocional, tal como lo indica la precitada ley, puesto que el sacrificio final del porcino no es una justificación moral ni jurídica, para violentarlo, sometiéndolo, por ejemplo, a condiciones de estrés, privación de alimento y violencia física, como usualmente sucede⁹.

Políticas públicas de bienestar y protección animal en Colombia

El Estado es el cuerpo creado para dirigir la armónica convivencia social. Para lograr este enorme propósito, dispone de herramientas económicas, jurídicas, policivas y políticas. Una de esas herramientas es la puesta en marcha de políticas públicas como respuestas integrales a los problemas de alcance público.

Ya se vislumbró anteriormente en este escrito, cómo los animales, especialmente, los animales de compañía, son sujetos vulnerables que no pueden enfrentar la agresión del ser humano. Las agresiones a los animales equiparan al indigno sometimiento de la esclavitud, la servidumbre y la trata de personas.

9 Los animales usados en la industria de la ganadería y a fines son quienes más sufren de todo tipo de violencia porque dañarlos está legitimado en su destinación final. ¡Total nos lo vamos a comer, no hay problema torturarlo antes! (Castañeda-Hidalgo, 2011).

La condición de vulnerabilidad ha sido, poco a poco, reconocida tanto a nivel internacional como nacional, por teóricos, legisladores y jueces. El reconocimiento de los derechos de los animales de compañía se ha elevado, entonces, al nivel de problema de carácter público, que ha debido ser intervenido por múltiples actores y con múltiples estrategias.

Ya se pudo evidenciar como el momento de positivización ha sido intervenido en favor del cuidado de los animales de compañía. Se desprende, por obvias razones, que las autoridades públicas encargadas no han escatimado esfuerzos para lograr materializar los estándares jurídicos previamente establecidos, por no decir, expandido aún más los derechos ya reconocidos.

No obstante, en la investigación que sustenta este escrito, se logró establecer que la primera política pública es apenas del año 2007 y que la mayoría de las políticas públicas aprobadas hasta ahora son del año 2017 y 2018. Este dato evidencia una omisión en el tiempo por más de tres décadas después de promulgado el estatuto de los animales. Pero evidencia sobre todo, la omisión de los funcionarios públicos para aplicar la ley en tanto que se ha necesitado más legislación e incluso amenazantes sentencias de las autoridades judiciales para que las entidades descentralizadas comiencen a realizar acciones que materialicen los derechos de los animales de compañía.

Sin embargo, quizás el dato que más llama la atención en esta reflexión sobre los derechos de los animales es que las políticas públicas aprobadas a nivel municipal hasta el momento son 27 de 1122 municipios, es decir, 2 % de los municipios se han dado a la tarea de implementar política pública para la protección y bienestar animal, mientras que el 98 % de los municipios no lo han hecho. En lo relativo a los departamentos, también como entidades públicas descentralizadas, solo 5 de los 32 existentes, tienen políticas públicas aprobadas, es decir, 16 % tiene una respuesta más o menos integral al cuidado y protección animal, mientras que el 84 % no tiene respuesta integral.

El caso de la política pública de protección de animales de compañía, es el mismo esquema de la lucha por el reconocimiento y garantía de los derechos humanos. Esfuerzos teóricos y hechos sociales que dan paso a la positivización. Todo esto se cumple en el caso del reconocimiento de los derechos de los animales y cada vez más, con los derechos de la naturaleza en general, debido a la emergencia climática global y la resignificación del “ser humano”. Pero al igual que los demás procesos de

reconocimiento de derechos, solo se garantizan real y efectivamente a una minoría de privilegiados con poder económico y político.

Los esfuerzos se concentran, por tanto, en forzar el cumplimiento y este no podrá surgir con pequeñas actividades gubernamentales. EL cambio de conciencia en la relación del ser humano con los animales depende principalmente de las estrategias consensuadas y multidisciplinarias entre Institucionalidad, sector Productivo y sociedad civil.

Conclusiones

1. Los derechos humanos son el espacio más importante y efectivo de la lucha por el reconocimiento y garantía real y efectiva de los derechos de los animales.
2. A pesar de ser el instrumento más aceptado y respetado por los actores democráticos dentro de los Estados de derecho, también es un lugar de lucha política intensa; quien tiene el poder de enunciación de los derechos humanos, tiene el poder de decisión al interior del Estado. Así entonces, los derechos humanos son sumamente criticados.
3. Al analizar el desarrollo normativo doméstico en relación con los animales donde algunas disposiciones se direccionan a su protección, se podría concluir que en Colombia existe un robusto compendio jurídico para la defensa animal, pero que debe actualizarse y elevarse de estatus de protección, especialmente a la categoría de derechos humanos.
4. A pesar de la abundante legislación, falta más conciencia en la aplicación tal como lo indica Trujillo (2009) falta más compromiso en la aplicación. Ya se encuentran los argumentos teóricos, normativos y los hechos sociales que demuestran la necesidad y la urgencia del reconocimiento y garantía de los derechos de los animales; ahora la lucha social y política se encuentra en la materialización de esa exigencia.
5. Paradójicamente, varios elementos de la naturaleza colombiana como ríos y montañas son sujetos de derechos, pero los animales poseedores de sintiencia y conciencia, con capacidad para sufrir y desarrollar diversas actividades que les dan sentido a sus vidas en términos del enfoque de las capacidades

en la tesis de Nussbaum (2006), no tienen dicho estatus jurídico, lo que convierte a estos seres en blancos fáciles de atropellos constantes difíciles de justiciar. Esto, hace un llamado a extrapolar la consideración moral de los animales defendida por la mayoría de los filósofos contemporáneos hacia el reconocimiento en el plano del derecho y el perfeccionamiento de su protección mediante acciones contundentes desde el gobierno nacional y local, como levantarlos al nivel de sujetos objetos de protección de los derechos humanos.

Referencias

- Akhtar, A. (2012). *Animales y salud pública: por qué tratar mejor a los animales es fundamental para el bienestar humano*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Bernal, P. C. (2010). La metafísica de los derechos humanos. *Revista Derecho del Estado*, (25). pp. 117 – 133. Recuperado de internet: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/de-rest/article/view/2569>
- Castañeda Hidalgo, H. (2011). Contra el maltrato de los animales. *Ciencia UAT*. Vol. 5, (4). pp. 8 – 11.
- Congreso de la República. (26 de mayo de 1973). Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. [Ley 84 de 1873]. DO 2.867.
- Congreso de la República. (20 de septiembre de 1972). Por la cual se provee a la fundación y funcionamiento de Juntas Defensoras de animales. [Ley 5 de 1972]. DO: 33.717.
- Congreso de la República. (Diciembre 27 de 1989). Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Protección de los Animales y se crean unas contravenciones y se regula lo referente a su procedimiento y competencia. [Ley 84 de 1989]. DO: 39.120
- Congreso de la República. (06 de enero de 2016). Por medio de la cual se modifican el código civil, la Ley 84 de 1989, el código penal, el código de procedimiento penal y se dictan otras disposiciones. [Ley 1774 de 2016]. DO: 49.747.
- Congreso de la República. (29 de julio de 2016). Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia. [Ley 1801 de 2016]. DO: 49.949.

Congreso de la República. (25 de mayo de 2019). Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 “pacto por Colombia, pacto por la equidad”. [Ley 1955 de 2019]. DO: 50.964.

Constitución política de Colombia. (1991) 2da Ed. Legis.

Coordinación TIC. (12 de abril de 2015). ¿Qué pasa con el coso municipal? Recuperado de Internet: <http://www.lanacion.com.co/2015/04/12/que-pasa-con-el-coso-municipal/>

Corte Constitucional de Colombia. (30 de agosto de 2010) Sentencia C-666 de 2010. [MP Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional de Colombia. (10 de noviembre de 2016). Sentencia T-622 de 2016. [MP Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Suprema de Justicia. (05 de abril de 2018). Sentencia STC4360 de 2018. [MP Luis Armando Tolosa Villabona. Recuperado de Internet: <https://observatoriop10.cepal.org/sites/default/files/documents/stc4360-2018.pdf>

Donalson, S. y Kimlicka, W. (2013). *Zoopolis: A Political Theory Of Animal Rights*. Editorial OUP Oxford University Press. Oxford. Reino Unido

Douzinas, C. (2008). *El final de los derechos humanos*. IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. (22). pp 6 – 34. Recuperado de Internet: <https://www.redalyc.org/pdf/2932/293222950002.pdf>

Echeverri U., A. (2006). Neoliberalismo y Derechos Humanos. *Revista IUSTA*, Vol. 1 (25). pp. 85 – 91.

Recuperado de Internet: <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/3013>

Cárdenas O., A. & Fajardo M., R. (2007). *El derecho de los animales*. Bogotá.

Colombia: Editorial Legis.

Francione, G. L. & Charlton, A. (2018). *Derechos Animales: El Enfoque Abolicionista*. . Reino Unido: Exempla Press

- Galvis S., C. (2007). La construcción Histórica de los Derechos Humanos. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 8, (13). pp. 54 – 65. Recuperado de Internet: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/r/bi/article/view/1127>
- Griffin D. R. (1992). *Animal minds*. Chicago. Chicago University Press.
- Hoyos, I. M. (2005). *De la dignidad y de los derechos humanos*. Bogotá D.C.: Temis S.A y Universidad de la Sabana.
- Hunt, L. (2007). *La invención de los derechos humanos*. Barcelona: Tiempo de Memoria Tusquets Editores.
- Ministerio del Interior (2018). *Guía contra el maltrato animal*. Disponible en la web: <https://www.mininterior.gov.co/content/guia-contra-el-maltrato-animal>
- Nava G., J. G. (2012). Doctrina y filosofía de los derechos humanos. Definición, principios, características y clasificaciones. *Razón y palabra*, (81). pp. 1 – 28. Recuperado de internet: http://www.razonypalabra.org.mx/N/N81/M81/01_Nava_M81.pdf
- Nicoletti, J.A. (2007). Accionar en sociedad: Los derechos humanos. *Aposta Revista de Ciencias Sociales*, (33). pp. 1 – 16. Recuperado de internet: <https://www.redalyc.org/pdf/4959/495950226004.pdf>
- Nussbaum, M.C. (2006). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós.
- Peña, E. (05 de marzo de 2019). ¡La protección animal debe estar en el Plan Nacional de Desarrollo! Recuperado de <https://www.las2orillas.co/la-proteccion-animal-debe-estar-en-el-plan-nacional-de-desarrollo/>
- Platts, M. (2010). ¿Quiénes tienen Derechos Humanos?. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Vol. (33). pp 125 – 145. Recuperado de Internet: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182010000200005
- Procuraduría General de la Nación. (2016). *Juntas Protectoras de Animales: Informe Preventivo*. Recuperado de Internet: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/INFORME%20LEY%205A.pdf>

Romero, G. (19 de enero de 2018). ¿Por qué tantas mascotas abandonadas? Recuperado de <https://www.uniminutoradio.com.co/en-colombia-hay-mas-de-un-millon-de-animales-en-la-calle/>

Ruiz, R. V. (2007). Derechos Humanos, Universales. *En-Claves del Pensamiento*, 1 (1). pp. 155 – 166. Recuperado de internet: <https://www.redalyc.org/pdf/1411/141115624008.pdf>

Tribunal Administrativo del Tolima. (30 de mayo de 2019) Sentencia sin número en el proceso con radicado # 73001-23-00-000-2011-00611-00 de 2019. {MP José Andrés Rojas Villa} Disponible en la web <https://caracol.com.co/descargables/2019/06/07/06ec779e-7d3a09cfa2ae99df48d66ff1.pdf>

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia. (17 de junio de 2019). Sentencia # 38 de 2019. {MP Juan Carlos Sosa Londoño} Disponible en la web: <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload837.pdf>

Wise, S. (2002). *Unlocking the Cage*. United Estates: Basic Books

Capítulo VI

Protección de los derechos de niños y niñas con madres privadas de la libertad en convenios Internacionales: Comparación Colombia y México

Catherine Pérez Martínez¹, Cynthia Martínez Avelar²,
Astrid Milena Calderón Cárdenas³

Fundación Universitaria del Área Andina - Colombia
Universidad de Guadalajara - México

¹Estudiante de IX semestre del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria del Área Andina, Seccional Pereira. Integrante del Semillero de Derecho Penitenciario y Carcelario, adscrito al Grupo de Investigación GEIS.

Correo electrónico:
cperez64@estudiantes.areandina.edu.co.

²Estudiante de V semestre de la Licenciatura de Derecho de la Universidad de Guadalajara —CUCSH— Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades.

Correo electrónico: cjma4899@hotmail.com

³Abogada, Magíster en Historia y Doctoranda en Educación. Docente en el área de Derecho Público y Fundamentación del programa de Derecho de la Fundación Universitaria del Área Andina e integrante del grupo de estudios de Investigaciones Sociojurídicas. Directora del semillero de investigación de Derecho Penitenciario y Carcelario.

Correo electrónico: amcalderon@areandina.edu.co

Resumen

El propósito de la presente investigación es comparar las semejanzas y diferencias entre los ordenamientos jurídicos de Colombia y México, sobre la protección de los derechos de niños y niñas que conviven con sus madres privadas de la libertad dentro de los establecimientos carcelarios, con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Se trata de una investigación documental, cualitativa, que explora en la normativa de los países estudiados para identificar aquellos mandatos constitucionales y legales que enfocan sus esfuerzos en la protección de la niñez en situación de vulneración de derechos constante en los centros penitenciarios.

Palabras Clave

Centros Penitenciarios, derecho comparado, derechos humanos, interés superior de la niñez

Introducción

Los niños y niñas son sujetos de derechos y en todas las esferas de sus vidas necesitan protección para que su desarrollo sea óptimo y puedan convertirse en adultos ejemplares del mañana, razón por la cual, salvaguardar sus derechos se ha convertido en una prioridad para los Estados contemporáneos; este es el caso de países como México y Colombia, naciones separadas por kilómetros de distancia, pero que en materia de los derechos de la niñez parecen estar muy cercanas, pues su normativa en materia de garantías de los niños y niñas se rige por un principio fundamental e inviolable, el interés superior de la niñez, a partir de él surgen una serie de leyes comprometidas con evitar la transgresión de los derechos de la población más vulnerable de la sociedad, la niñez.

Ahora bien, es menester entender lo que sucede cuando los niños o niñas se encuentran viviendo en situaciones complejas donde la violación de los derechos humanos es constante, este es el caso de los hijos e hijas que conviven con sus madres en los centros penitenciarios de Colombia y México, países que atraviesan una delicada crisis en materia carcelaria, donde el hacinamiento, la infraestructura deficiente y la vulneración de derechos es el pan de cada día de quienes residen en tales centros de reclusión, aquí es donde el objeto de la presente investigación cobra vida, siendo un estudio que identificará las semejanzas y diferencias entre los ordenamientos jurídicos colombiano y mexicano, con el fin de encontrar en sus textos normativos las falencias y fortalezas de cada nación cuando se trata de la protección de la infancia.

Actualmente, las ciencias jurídicas permiten, a través del derecho comparado, identificar en cada Estado cuáles son los aspectos más relevantes de acuerdo con la legislación para lograr que los niños y niñas gocen de todas sus garantías sin distinción alguna, es allí donde se analiza a profundidad cada uno de los artículos que conforman la parte normativa de Colombia y México en contraste con lo que desde el derecho internacional se dicta en materia de DD. HH. y de la niñez, acudiendo a la Convención Americana de Derechos Humanos y a la Convención Internacional Sobre los Derechos de los Niños, como un referente para establecer si en cada país se protege como debe ser a la población infantil, principalmente cuando deben vivir en situaciones complicadas como las que se ven en los centros carcelarios cada día, dadas las condenas que enfrentan sus madres por diferentes conductas punibles, lo cual deja claro todo el tiempo que estos hijos e hijas no se encuentran privados de

la libertad, por el contrario, se encuentran allí porque el legislador y los convenios internacionales consideran fundamental que en sus primeros años de vida los niños y niñas convivan con sus madres, dada la importancia del vínculo con sus progenitoras en la primera infancia y para salvaguardar su derecho a la familia.

Por lo planteado anteriormente, este documento se convierte en una investigación de interés para mostrar los hallazgos en los sistemas jurídicos de Colombia y México respecto a las convenciones internacionales, con un amplio desarrollo del tema y el manejo de matrices comparativas que muestran claramente las semejanzas y diferencias de los países objeto de estudio, donde el propósito es conocer si realmente en cada uno de ellos se propende por el cuidado de los derechos de los niños y niñas y para el caso concreto de aquellos que viven en establecimientos carcelarios, con lo cual se logra desarrollar un estudio de derecho comparado de gran importancia, dada la atención inmediata que requiere la temática estudiada al tratarse de los seres humanos más importantes, los niños y niñas.

Los hallazgos de esta investigación se centran no solo en el reconocimiento de la aplicación de las convenciones en las normativas mexicanas y colombianas; sino también, en hablar respecto a la crisis carcelaria que existe en dichos países, ya que no es un hecho aislado la vida de los reclusos y reclusas en los centros, con la convivencia que existe de los niños y niñas con sus madres privadas de la libertad; todo es una masa conjunta y es una realidad que la sobrepoblación, la violación de los derechos de las reclusas, que reclusos y reclusas no tengan los mismos espacios carcelarios y que la escasez de servicios, afectan directamente los derechos de los hijos e hijas que viven en establecimientos penitenciarios con sus madres.

Todo es un efecto escalera, el incumplimiento de la protección de un derecho propio tendrá como consecuencia la afectación del derecho de un tercero; si los centros penitenciarios colombianos y mexicanos no protegen y hacen cumplir primeramente los derechos de los propios reclusos y reclusas, será muy difícil que lo realicen con la protección de los derechos de un externo al centro. Si no existe el espacio necesario para el sano desarrollo de la madre reclusa, será muy difícil que exista el espacio para sus hijos e hijas. Es por ello que la investigación contiene una serie de recomendaciones dirigidas tanto a los cuerpos gubernamentales y carcelarios de México y Colombia como a la sociedad en general, con el propósito de que dicha crisis sea atendida lo antes posible por el bien de la población carcelaria y principalmente de los hijos e hijas cuyas madres están privadas de la libertad.

Planteamiento del problema

Los derechos humanos son aquellas garantías inherentes al ser humano, por su naturaleza ya se hace sujeto de derechos que deben protegerse en cualquier situación. Cuando se habla de los niños y niñas claramente se trata de una población vulnerable que requiere de todos los esfuerzos de cada Estado para que la protección de sus derechos sea obligatoria y fundamental; desde el derecho internacional dichos Estados se han comprometido a través de convenciones y tratados a garantizar que los derechos humanos formen parte de sus ordenamientos jurídicos, de modo que, se empieza por sus constituciones y se continua con su protección a través de leyes, jurisprudencia y demás medios con el fin de que todas las esferas de la sociedad se vean amparadas.

Es por ello que a partir de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Convención Internacional de los Derechos del Niño con sustento en el principio del interés superior de los niños y niñas crean las bases para que los países enfoquen sus esfuerzos en protegerlos principalmente en aquellas situaciones de vulnerabilidad; al respecto la Convención sobre los Derechos del Niño desde 1989, en su propósito por amparar a todos los miembros de la familia, establece que: “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989).

En Colombia y México, países en vía de desarrollo, se enfrentan problemáticas sociales que conllevan a un incremento de hombres y mujeres en situación de reclusión por diferentes clases de delitos, en el caso de las mujeres, llegan a los centros penitenciarios embarazadas o con hijos e hijas que se encuentran en la primera infancia, razón por la cual tienen el derecho y la necesidad de no ser separados de sus madres, es así como la Ley de ambos países determina que pueden convivir en los centros carcelarios con sus progenitoras, en el caso de Colombia lo establece el artículo 153 del Código Penitenciario y Carcelario modificado por el art. 88 de la Ley 1709 de 2014 que dicta:

Los niños y niñas menores de 3 años podrán permanecer con sus madres en los establecimientos de reclusión, salvo que un juez de la República ordene lo contrario. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar prestará, en coordinación con el servicio social penitenciario y carcelario, la atención especial a los niños y niñas que se encuentran en los centros. (Código Penitenciario y Carcelario, 1993)

Para México se encuentra estipulado en la Ley Nacional de Ejecución Penal que los niños o niñas convivan con sus madres hasta determinada edad, por ello en su artículo 36 establece:

Las mujeres privadas de la libertad con hijas o hijos, además de los derechos humanos reconocidos tendrán derecho a lo siguiente: I. Convivir con su hija o hijo en el Centro Penitenciario hasta que cumpla los tres años de edad. Para otorgar la autorización para que la niña o el niño permanezca con su madre, la Autoridad Penitenciaria velará en todo momento por el cumplimiento del interés superior de la niñez (...). (Ley Nacional de Ejecución Penal, 2016, p. 23)

La situación carcelaria en Colombia y México es compleja, uno de los mayores problemas es el hacinamiento, los centros de reclusión no cuentan con la capacidad, ni las instalaciones adecuadas y es que de acuerdo con las estadísticas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC de Colombia, al mes de junio de 2019 el número de mujeres privadas de la libertad ha incrementado, para un total de “8, 499 mujeres y un porcentaje de hacinamiento del 28, 54 % cifra que de acuerdo con el INPEC es considerada alta” (INPEC, 2019); además la Coordinadora de Detención del Comité Internacional de la Cruz Roja en Colombia, argumenta que la situación en los centros penitenciarios es preocupante porque en el país “la calidad de atención primaria y el acceso a servicios especializados de salud es deficiente. Falta espacio de esparcimiento y resocialización. La infraestructura es obsoleta por falta de mantenimiento” (Kooyman, 2018).

Para el caso de México la situación también es compleja, el país no cuenta con la infraestructura necesaria para atender de manera satisfactoria a los niños y niñas que residen en los centros penitenciarios con sus madres, debido a que el país se encuentra atrasado en materia carcelaria, según cifras del Noveno Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales de México “Al cierre de 2017, 180 mil 375 personas se encontraban privadas de la libertad en centros penitenciarios, de ellas el 5,1 fueron mujeres” (Snieg, 2018, p. 32).

En los centros carcelarios, los niños y niñas están enfrentando las condenas de sus madres como si fueran propias, pues viven en el mismo ambiente que para niños o niñas en edad de 0 a 3 años es inadecuado; sus derechos son vulnerados en los centros penitenciarios y se encuentran aislados de la realidad que normalmente vive un niño en un ambiente sano y en condiciones normales, tratándose de una etapa

fundamental en su desarrollo, todo lo anterior de acuerdo con la investigadora Corina Giacomello del Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe) que para la revista Investigativa Contralínea, México argumenta que:

Los niños que viven en reclusión con sus madres están expuestos a una serie de situaciones como celdas hacinadas, condiciones de limpieza muy precarias y celdas donde se realizan conductas que tal vez no son idóneas para los primeros años de edad (Ramírez, 2017).

Es así como la presente investigación es pertinente para analizar desde los ordenamientos jurídicos de Colombia y México, qué se está haciendo para mejorar las condiciones de vida de aquellos niños y niñas que por circunstancias ajenas a ellos deben convivir con sus madres en los centros de reclusión donde el ambiente es precario, se ven situaciones de drogas, violencia, sexo, lenguaje fuerte quedando lejos de una niñez normal; según el libro Presos invisibles: Hijos e hijas de mujeres en reclusión, de la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia A. C. toda vez que:

Más allá del aislamiento y falta de información sobre el mundo, es generalizado el conocimiento sobre otro tipo de violaciones graves (...) Es sabido que niñas y niños son víctimas de la exposición a situaciones dañinas (...) Se considera que un gran número de ellos vive en contextos de consumo cotidiano de drogas (...) la información que se difunde en las estancias tampoco son apropiados para niños y niñas, pues están cargados de contenido violento, con contenido sexual, sobre drogas o respecto de la propia dinámica de reclusión en la que se encuentran (Castañer, Griesbach, Muñoz y Rivera, 2015).

De acuerdo con lo planteado, es importante que se implementen medidas efectivas para preservar los derechos de los niños y niñas que residen en los centros penitenciarios, razón por la cual es importante conocer aquella normativa que se encuentra vigente en cada uno de los Estados objeto de estudio, esto a partir del derecho comparado y del interrogante de:

¿Cuáles son las semejanzas y diferencias en el ordenamiento jurídico de Colombia y México sobre la protección de los derechos de niños y niñas con madres privadas de la libertad, respecto a la Convención Interamericana de Derechos Humanos y a la Convención de los Derechos del Niño?

Objetivo general

Comparar las semejanzas y diferencias en el ordenamiento jurídico de Colombia y México sobre la protección de los derechos de niños y niñas con madres privadas de la libertad, respecto a la Convención Interamericana de Derechos Humanos y a la Convención de los Derechos del Niño.

Objetivos específicos

Identificar la normativa de Colombia y México que regula la protección de derechos de los niños y niñas cuyas madres son privadas de la libertad en los centros penitenciarios; respecto a la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos.

Analizar la normativa de Colombia y México que regula la protección de derechos de los hijos e hijas cuyas madres son privadas de la libertad en los centros penitenciarios; respecto a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Justificación

La presente investigación documental busca identificar las semejanzas y diferencias en el ordenamiento jurídico de Colombia y México sobre la protección de los derechos de hijos e hijas con madres privadas de la libertad, respecto a la Convención Interamericana de Derechos Humanos y a la Convención de los Derechos del Niño. Para ello, se emplea la metodología de derecho comparado, que servirá para conocer en los ordenamientos jurídicos de los países investigados, sobre todo identificando cómo se lleva a cabo la salvaguarda de los derechos humanos y fundamentales de niños y niñas que durante sus primeros años de vida deben vivir en centros penitenciarios con sus progenitoras quienes cumplen condenas por conductas punibles.

De acuerdo con el artículo 153 del Código Penitenciario y Carcelario de Colombia, el cual fue modificado por el artículo 88 de la Ley 1709 de 2014 y el artículo 36 de la Ley Nacional de Ejecución Penal de México, los niños y niñas deben residir en los centros penitenciarios con sus madres hasta los 3 años de edad, pero debido a la situación compleja de dichos lugares de reclusión es que ésta investigación se abre paso, analizando la normativa para hallar en qué coinciden los Estados, las falencias y fortalezas de cada uno en dicha materia; siendo entonces un proyecto de importancia para quienes desean conocer acerca del tema o directamente se encuentran inmersos en situaciones relacionadas con el mismo.

Desde las ciencias jurídicas, es importante conocer el tema objeto de esta investigación teniendo en cuenta que como abogados y abogadas es un deber estar preparados para enfrentar las problemáticas que la sociedad va presentando en materia de derecho, más cuando se trata de sujetos que requieren especial protección como lo son los niños y niñas, que por su condición vulnerable e inocente necesitan protección, aquí es donde juega un papel importante la comparación entre dos Estados como Colombia y México, naciones que deben garantizarles una vida digna y feliz; por ello este documento analiza desde el funcionamiento de cada sistema jurídico las similitudes en sus normas destinadas para tal fin, así como los vacíos normativos que presentan y las formas en que el otro Estado puede llegar a complementarlo, dando lugar a ideas para mejorar la situación cuando de materia carcelaria se habla para que aquellos hijos e hijas de madres privadas de la libertad puedan vivir en un ambiente adecuado y en condiciones apropiadas para la protección de sus derechos.

El presente estudio no solo sirve a estudiantes y profesionales de ciencias jurídicas, sino también a todo aquel que se encuentre interesado en conocer las normas vigentes para la protección de la infancia y de los derechos de aquellos niños y niñas que residen en los centros de reclusión con sus madres, también para complementar otras investigaciones existentes en la materia ampliando los conocimientos acerca de un asunto que requiere atención por parte de los gobiernos, y como una investigación de interés para estudiosos de otros campos y profesiones, doctrinantes, estudiantes, funcionarios de los centros penitenciarios, ONGS y para la comunidad en general, ya que es un proyecto que aborda una problemática que afecta a los seres más vulnerables de la sociedad, la niñez.

Referentes teóricos

Descripción de la Convención Americana de DD. HH., Convención Internacional sobre los derechos de los niños y niñas y normativa en Colombia y México:

La Convención Americana de Derechos Humanos surge con la finalidad de que en los Estados Americanos exista el compromiso de proteger los derechos inherentes de todo ser humano, entre ellos los niños y niñas, “resalta que dentro de un estado de derecho en el cual se rigen las instituciones democráticas, la garantía de derechos de los seres humanos se basa en el establecimiento de condiciones básicas necesarias para su sustentación” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969), es un Convención que consta de 82 artículos y fue suscrita en:

La Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entrada en Vigor: 18 de julio de 1978, conforme al Artículo 74.2 de la Convención. (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969)

La Convención Interamericana de Derechos Humanos claramente va dirigida a todos los seres humanos incluida la niñez de Colombia y México, a nivel general, los niños y niñas son sujetos de todos los derechos plasmados en su articulado, pero concretamente en el artículo 19 se habla de los derechos de la niñez expresando que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” y entre los principales derechos se encuentran los siguientes:

Artículo 5 (Números 1 y 2): Derecho a la integridad personal

La importancia de este artículo consiste en que para los niños y niñas que viven en centros penitenciarios con sus progenitoras, es fundamental que se les respete su integridad tanto física como mental, no deben ser sometidos a malos tratos ni a situaciones que pongan en peligro su bienestar, no deben ser maltratados ni por el personal del centro carcelario ni por las mujeres recluidas allí, ni pueden ser tratados de manera cruel e inhumana. Al tratarse de infantes el cuidado debe estar fundado en el respeto, el amor y la protección de su dignidad, que contribuya a su sano desarrollo y para evitar dejar marcas tanto físicas como psicológicas en ellos.

Artículo 7 (Números 1, 2 y 3): Derecho a la libertad personal

Es pertinente mencionar el artículo 7 de la Convención, ya que los hijos e hijas de las mujeres recluidas, al vivir con ellas en los establecimientos carcelarios por indicación de la ley, no implica que también estén privados de la libertad, su derecho a ella debe permanecer incólume, no debe ser vulnerado por ningún motivo ni mucho menos por el hecho de residir en tales lugares y por consiguiente deben ser tratados como seres humanos libres con todo lo que ello implica, deben disfrutar de espacios para su formación y crecimiento diferentes a las celdas donde se encuentran las mujeres, dichos centros deben contar con la infraestructura necesaria para tal fin, de lo contrario se estaría cometiendo una grave violación a sus derechos.

Artículo 11: Protección de la honra y de la dignidad

Los niños y niñas en la primera infancia necesitan ser tratados de manera cuidadosa y amorosa, la dignidad es un derecho de todos los seres humanos y cuando los infantes viven en un lugares hostiles como los centros penitenciarios, deben ser protegidos de cualquier acto que vulnere su derecho a la honra y a la dignidad, principalmente por la conocida crisis carcelaria que viven Colombia y México, donde las condiciones de vida no son las más adecuadas para que los niños y niñas vivan dignamente dentro de los mencionados establecimientos, teniendo en cuenta que deben ser tratados como cualquier otro niño o niña que viva en condiciones normales y disfrutar de todos sus derechos humanos y fundamentales.

Artículo 24: Igualdad ante la ley

Todo ser humano es igual ante la ley sin importar las circunstancias en las que deba vivir, principalmente cuando se trata de los niños y niñas que habitan en los centros de reclusión con sus progenitoras, pues en ningún momento eligieron vivir allí y si lo hacen es para que no se les vulnere su derecho a no ser separados de sus madres, ya que es fundamental para su desarrollo, pero al vivir en dichas instituciones deben ser tratados con igualdad, respecto a los demás niños y niñas, pues sus derechos no deben vulnerarse y sus primeros años deben vivirlos de la manera más normal y justa posible con todas las garantías y cuidados para su edad.

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

“No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana.” (Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la infancia, 30 de septiembre de 1990).

La creación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño se realizó el 20 de noviembre de 1989, es un tratado internacional proveniente de las Naciones Unidas, creado por la necesidad de tener un cuerpo normativo en el cual se estableciera que los niños tienen los mismos derechos que los adultos. Dicho tratado cuenta con 54 artículos, siendo todos ellos de vital importancia para la protección de los derechos fundamentales de los niños y niñas, siendo algunos de ellos alusivos a la protección de los derechos de estos en los centros penitenciarios como lo son:

Artículo 9: Separación de padres y madres; es un derecho del niño vivir con su padre y madre, excepto en los casos que la separación sea necesaria para hacer cumplir el Interés Superior del Niño. (Convención Sobre los Derechos del Niño, 1989, artículo 9).

El artículo anterior, hace alusión al derecho de niñas y niños a vivir con su padre y madre; dicho derecho, se ve aplicado en las normativas mexicanas y colombianas, al permitir que los hijos e hijas cuyas madres son privadas de la libertad, convivan con sus madres en una estancia completa, hasta los 3 años de edad.

Artículo 16: Protección a la vida privada (Convención Sobre los Derechos del Niño, 1989, artículo 16).

Este artículo hace alusión a las actas de nacimientos de los hijos e hijas nacidas en un centro penitenciario, en las cuales no vendrá que el niño o niña nació ahí, con esto se busca proteger la vida privada del menor y que a futuro, no tenga ningún tipo de discriminación o señalamiento ante la sociedad.

Artículo 18: Responsabilidad de padres y madres; es responsabilidad primordial de los padres y madres la crianza de los niños y es deber del Estado brindar la asistencia necesaria en el desempeño de sus funciones (Convención Sobre los Derechos del Niño, 1989, artículo 18).

Por último, este artículo hace alusión a la responsabilidad que tienen las madres privadas de la libertad de criar a sus niños y niñas; tanto el estado mexicano como el colombiano, deben brindar todas las herramientas (convivencia conjunta, centros educativos, guarderías, servicios médicos, etc.) para que la crianza de dichas madres, sea con la mayor calidad posible.

Normativa en Colombia

Colombia es un Estado Social de Derecho tal como lo establece su Constitución Política de 1991, por consiguiente, es deber del Estado ser garante de los derechos de cada uno de los colombianos y colombianas, principalmente de aquellas garantías Constitucionales Fundamentales de los derechos humanos que tienen su origen en el derecho internacional y que se incorporaron al ordenamiento jurídico colombiano a través del bloque de constitucionalidad, convirtiéndose en una garantía para su protección a nivel interno con el objeto de que las leyes y demás normas se creen conforme a aquellos derechos inherentes a todo ser humano, es por ello que:

El bloque permite una comprensión ampliada de los derechos consagrados en tratados internacionales ratificados por Colombia, y significa culturalmente un cambio de perspectiva del Estado frente a su atención y respeto, frente a un contexto de violación de derechos que marcó la historia constitucional colombiana del siglo XX (Suelt-Cock, 2016, p. 324).

Ahora bien, además de que el Estado colombiano tiene como deber proteger los derechos humanos y fundamentales a nivel general, es primordial la protección de aquellas poblaciones consideradas vulnerables que requieren del esfuerzo del Estado para que sus garantías fundamentales sean respetadas, este es el caso de los niños y niñas, y es que de acuerdo con Unicef en la Constitución política de Colombia:

Se establecen tres características principales respecto de los derechos de la infancia: (i) los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, (ii) los derechos económicos, sociales y culturales, cuando se trata de menores de edad, tienen carácter de derechos fundamentales, y (iii) existe una corresponsabilidad entre familia, sociedad y Estado en la protección de los derechos de niños y niñas, así como en el logro de su mayor nivel de desarrollo armónico e integral (Defensoría del Pueblo Colombia y UNICEF, 2006).

Es así como los niños y niñas se convierten en sujetos de derechos que requieren de cuidados especiales para su desarrollo y en cualquier situación en que se encuentren son acreedores de tales derechos. En el caso de los niños en Colombia, la situación se torna compleja debido a las problemáticas sociales que ha enfrentado el país con el paso de los años, donde los niños han sido el blanco de abusos, violencia, conflicto, desnutrición y constante vulneración de derechos, muestra de ello es que:

Se encuentran en riesgo de abuso y explotación sexual, trabajo infantil, consumo y comercialización de sustancias psicoactivas, maltrato infantil, violencia intrafamiliar, bajas condiciones para la educación, la recreación, la salud, entre otras; minimizando un verdadero goce de sus derechos y perdiendo la posibilidad de tener una vida digna y de calidad. (Cely, 2015, p. 46)

Desde el derecho internacional se han dictado normas con el fin de amparar a los niños y niñas, a través de convenciones que establecen parámetros para que cada país parte cumpla con su obligación de protegerlos al incorporar en sus ordenamientos

cada una de estas normativas, con el fin de que se apliquen y respeten desde su ratificación con base en el principio “Pacta Sunt Servanda” o “Lo Pactado Obliga”, fijado en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, que en su artículo 26 establece que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, 1969, artículo 26), de esta manera todo tratado relacionado con los derechos de los niños y niñas que sea ratificado por Colombia o México debe ser cumplido obligatoriamente.

En Colombia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José” fue ratificada por el Congreso de la República a través de la Ley 16 de 1972, por su parte la Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada a través de la Ley 12 del 22 de enero de 1991, desde dicho momento la legislación nacional enfocó sus esfuerzos en la protección de los niños y niñas con el fin de evitar que sus derechos fundamentales se vean vulnerados. De acuerdo con lo anterior, es clara la existencia de una obligación por parte del Estado colombiano para que los niños y niñas gocen de sus garantías, es así como desde la Constitución política se comienza a orientar la ley, los códigos y demás normas hacia la protección de niños y niñas, al trabajar de la mano con el principio del Interés Superior de la Niñez que proviene del derecho internacional y que quedó plasmado en el artículo 44 de la Constitución Política así:

Artículo 44: Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. *Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.* (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 44. Énfasis añadido).

En Colombia, los índices de criminalidad van en aumento, de acuerdo con cifras del INPEC, los principales delitos cometidos son “hurto, homicidio, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, o de armas de fuego entre otros” (INPEC, 2019); para el objeto de estudio de esta investigación es menester centrarse en las cifras de

mujeres privadas de la libertad, que para julio de 2019 muestran que los principales delitos cometidos por mujeres son:

Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes con 8.982 delitos, concierto para delinquir con 5.067, hurto con un total de 3.066 delitos cometidos, homicidio 1.690 delitos, entre otras conductas punibles tales como fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones, extorsión, estafa, destinación ilícita de bienes muebles o inmuebles y uso de menores de edad para la comisión de delitos (INPEC, 2019).

Las mujeres privadas de la libertad principalmente por los delitos anteriormente mencionados, van a los centros penitenciarios a cumplir condena, algunas de estas mujeres son madres y de acuerdo con la ley pueden convivir con sus hijos o hijas en los centros carcelarios hasta que cumplan los tres años de edad, tal como lo establece el Código Penitenciario y Carcelario en su artículo 153 modificado por el artículo 88 de la Ley 1709 de 2014 que dicta:

Los niños y niñas menores de 3 años podrán permanecer con sus madres en los establecimientos de reclusión, salvo que un juez de la República ordene lo contrario. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar prestará, en coordinación con el servicio social penitenciario y carcelario, la atención especial a los niños y niñas que se encuentran en los centros (Código Penitenciario y Carcelario, 1993).

Separar a un niño o niña de su madre principalmente en la primera infancia, puede traer consecuencias negativas para el infante, por ello en Colombia la decisión de que los hijos o hijas convivan con sus progenitoras en los centros de reclusión se tomó pensando en el bienestar del niño o niña, la Declaración de los Derechos del Niño lo establece en su principio número VI “salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre” (Declaración de los Derechos del Niño, 1959) El principio del Interés Superior de la Niñez data del Derecho Internacional, se encuentra en la Declaración de los Derechos del Niño y para el objeto de estudio del presente proyecto, también se encuentra plasmado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Los niños y niñas que residen en los centros carcelarios de Colombia, de acuerdo con la Constitución, la Ley y las Convenciones Internacionales, necesitan ser protegidos

en todo momento, gozar de un ambiente sano, alimentación adecuada, educación, recreación, trato digno y de todos aquellos derechos que fortalecen su sano desarrollo, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 19 habla acerca de las medidas necesarias para que los derechos de los niños sean respetados planteando que:

Artículo 19: 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial. (Convención Sobre los Derechos del Niño, 1989, p. 16)

La situación de aquellos niños y niñas que viven en un entorno como el de los centros de reclusión es distante de la vida que merecen, de acuerdo con los derechos a los que son acreedores; la vida en los centros de reclusión donde sus madres cumplen condena, es crítica y compleja, así lo dictamina el informe *Mujeres y prisión en Colombia*, pues en dichos lugares existen precarias condiciones habitacionales y que el acceso a algunos bienes y servicios básicos es limitado en los centros penitenciarios. Lo anterior se exacerba debido a las altas tasas de hacinamiento en el país (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2018, p. 15).

Los niños y niñas al tener requerimientos especiales dado su estado de desarrollo, aprendizaje y crecimiento, necesitan que los centros penitenciarios donde conviven con sus madres privadas de la libertad cuenten con todo lo necesario para su permanencia en tales lugares, alimentación balanceada, infraestructura adecuada, acceso a servicios de salud oportunos, recreación, buen trato y demás medios para suplir sus necesidades, así el Código Penitenciario y Carcelario de Colombia en su artículo 26, indica que dichos establecimientos:

Deberán contar con una infraestructura que garantice a las mujeres gestantes, sindicadas o condenadas, un adecuado desarrollo del embarazo. Igualmente, deberán contar

con un ambiente propicio para madres lactantes, que propenda al correcto desarrollo psicosocial de los niños y niñas menores de tres (3) años que conviven con sus madres. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en coordinación con la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) establecerán las condiciones que deben cumplir los establecimientos de reclusión de mujeres con el fin de resguardar los derechos de los niños y las niñas que conviven con sus madres. El ICBF visitará por lo menos una vez al mes estos establecimientos con el fin de constatar el cumplimiento de las condiciones de atención de los niños y niñas que conviven con sus madres de acuerdo con los lineamientos establecidos para tal fin, y realizará las recomendaciones a que haya lugar. (Código Penitenciario y Carcelario, 1993)

La Ley 1098 de 2006 conocida como el Código de la Infancia y la Adolescencia, en cada uno de sus artículos establece cómo debe protegerse a los niños y niñas, no solo desde el Estado, sino como un compromiso de toda la sociedad en general, ahora bien, en dicho código se hace alusión a los derechos y libertades de los niños y niñas, pero es importante detenerse en lo que dice el artículo 17 acerca del derecho a:

Una buena calidad de vida y a un ambiente sano en condiciones de dignidad y goce de todos sus derechos en forma prevalente. La calidad de vida es esencial para su desarrollo integral acorde con la dignidad de ser humano. Este derecho supone la generación de condiciones que les aseguren desde la concepción cuidado, protección, alimentación nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano. **PARÁGRAFO.** El Estado desarrollará políticas públicas orientadas hacia el fortalecimiento de la primera infancia (Código de la Infancia y la Adolescencia, 2006)

Además de la situación de hacinamiento que atraviesan los niños y niñas que residen con sus madres en los centros penitenciarios, también son víctimas de vulneración de sus derechos fundamentales al enfrentar situaciones donde las mujeres recluidas muestran comportamientos de violencia, sexo, de consumo de sustancias, cuando emplean un lenguaje no apropiado o cuando los niños y niñas reciben malos tratos por la misma tensión que se vive en estos lugares sea por parte de otras reclusas o por parte de los funcionarios de dichos centros carcelarios. Arcila (2017), subsecretario de Derechos Humanos de la ciudad de Medellín, citado por el periódico *El Espectador* (2017) de Colombia menciona que:

En cualquier caso, el ambiente de una prisión es nocivo para los menores. Hay una pérdida de identidad en la cárcel. Las personas pierden ese elemento fundamental del ser humano y eso es transmitido al menor. Mantener menores en ese hábitat con sus madres no es conveniente pues convierte a los menores en víctimas sociales. (El Espectador, 2017)

De esta manera, se maneja la temática objeto de investigación en Colombia, teniendo en cuenta que su ordenamiento jurídico ha sido creado en materia de derechos de la niñez, a semejanza de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y de la Convención sobre los Derechos de los Niños, pero permitiendo ver que dada la crisis del sistema carcelario, existe vulneración de derechos, tanto para las personas reclusas que cumplen condena por algún tipo de conducta punible, como para los hijos e hijas de madres privadas de la libertad.

Normativa en México

México es una república representativa, democrática, federal y laica; regida por una norma fundamental: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (C.P.E.U.M).

La C.P.E.U.M contiene un total de 136 artículos; se encuentra dividida en dos partes: la dogmática (del artículo 1 al 38) y la orgánica (del artículo 39 al 136) y dentro de ella se puede encontrar un sin número de derechos humanos, pero el apartado donde se encuentran más en englobadas es en el Capítulo I, titulado: *De los Derechos Humanos y sus Garantías*.

México al ser parte tanto de la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del niño, ha incorporado en su normativa principalmente el Interés Superior del Niño. Como parte de esa normativa, a nivel nacional México cuenta con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (C.P.E.U.M.), la Ley General de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (LGDN-NA) y la Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP).

Lo que ha permitido que México incorpore toda esta serie de convenciones a su normativa territorial, ha sido gracias a su artículo primero de la C.P.E.U.M, ya que en él se reconocen todos los derechos humanos que tendrán todos los mexicanos y aquellos extranjeros que se encuentren en suelo mexicano, esos derechos humanos

versarán en los contenidos tanto en la Constitución como en todos los tratados internacionales en los que México sea parte.

En la norma fundamental mexicana, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (C.P.E.U.M.) se establecen los derechos fundamentales los niños en los siguientes:

Artículo 1: Incorporación de los Tratados Internacionales a la normativa mexicana. Constitución de 1917, artículo 1: Este artículo permitió la legalidad de la implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. También se establece en este artículo el derecho a la no discriminación.

Artículo 2: El derecho de los pueblos indígenas, lo relacionado a sus tradiciones y costumbres, y los derechos de niñas y niños indígenas. Constitución de 1917, artículo 2: Aquí se hace alusión a los derechos de niñas y niños pertenecientes a algún grupo indígena; los cuales gozarán, sin ninguna distinción, de todos los derechos establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Artículo 3: El derecho a la Educación; donde se establece que ésta es obligatoria y laica, la educación básica será de forma gratuita. Constitución de 1917, artículo 3: El artículo se apega al artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño, donde establece que es derecho de todo niño y niña, la educación. El Estado buscará que dicha educación sea de calidad y de fácil acceso para todos.

Artículo 4: Se establece el Interés Superior del Niño. Constitución de 1917, artículo 4: Los niños y niñas tienen derecho a la alimentación, educación, salud y al sano esparcimiento para su desarrollo integral; lo que se ha establecido tanto en la Convención, como en las leyes nacionales mexicanas. Dentro del Interés Superior del Niño se establece que quienes principalmente deben velar por sus intereses son los ascendientes, tutores y custodios de los niños y niñas; por lo que la permanencia conjunta con sus madres, si realmente vela por sus derechos, será lo mejor para sus hijos e hijas.

La normativa mexicana creó el 16 de junio de 2016 la Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP) con el objetivo de establecer las normas del internamiento, la ejecución de penas y medidas de seguridad penitenciarias; establecer procedimientos para resolver controversias de ejecución penal y regular los medios para lograr la reinserción social. Se establecen los derechos de los hijos e hijas cuyas madres son privadas de la libertad en los siguientes artículos:

Artículo 10: Derechos de las mujeres privadas de la libertad: Maternidad y lactancia, instalaciones adecuadas para un sano desarrollo, conservar la guardia y custodia de sus hijos e hijas, recibir educación inicial para sus hijos e hijas, instalaciones adecuadas para sus hijos e hijas (LNEP, 2016, artículo 10). El artículo 10 se adecua a velar por el Interés Superior del Niño, ya que su propósito es asegurar una adecuada protección y cuidado de todos los niños y niñas conviviendo con sus madres en un centro penitenciario, brindándoles educación e instalaciones para su sano desarrollo.

Artículo 34: Atención médica a las personas privadas de la libertad o hijos e hijas que se encuentren bajo custodia (LNEP, 2016, artículo 34). El artículo 34, asegura una atención médica a los hijos e hijas que se encuentran conviviendo con sus madres en el centro penitenciario, lo que resguarda el derecho a la salud establecido en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Artículo 36: Mujeres privadas de la libertad con hijos e hijas. LNEP (2016) artículo 36: En este artículo se establecen parámetros para las mujeres privadas de la libertad embarazadas, con respecto a su atención médica, parto y puerperio; se establecen sus derechos con respecto a sus hijos e hijas, los cuales podrán tener una estancia hasta los 3 años de edad, salvo que el Interés Superior del Niño demuestre lo contrario, los niños y niñas también contarán con atención médica y educación.

Artículo 43: Restricciones al aislamiento; en el caso de mujeres embarazadas, la madre que conviven con sus hijos e hijas al interior, no procederá el aislamiento. LNEP (2016): el artículo 43 hace alusión al derecho que tienen los niños y niñas a permanecer con sus madres, por lo cual, no se permite el aislamiento a estas.

Artículo 53: Limitaciones al traslado de mujeres privadas de la libertad. LNEP (2016) Al igual que el artículo anterior, el artículo 53 no permite que las madres privadas de la libertad sean trasladadas, ya que esto violaría el derecho, tanto de sus hijos e hijas como de sus familiares, a permanecer en un centro penitenciario cercano a su residencia, lo que impediría su visita continua y periódica.

En la Ley Nacional de Ejecución Penal, en su artículo 36 se establece que, las madres privadas de la libertad podrán convivir con su hijo o hija en el Centro Penitenciario hasta que este cumpla los 3 años de edad; dicho pronunciamiento puede ser modificado al demostrarse que por el Interés Superior del Niño este debe ser separado antes de la edad límite o posterior a ella, siempre y cuando la separación no haya

cumplido los principios de gradualidad, sensibilidad y progresividad o si el niño o niña cuenta con alguna discapacidad.

A pesar de que en México se cuenta con la L.N.E.P., una de las consecuencias de vivir en un centro penitenciario tanto para las madres como para sus hijos e hijas, es la invisibilidad, ya que como afirma la Doctora Carla Angélica Gómez Macfarland (2017):

Una de esas consecuencias es la situación de invisibilidad que viven día con día los niños de madres que están encerradas. Niños que despiertan con sus madres, pero aislados de la sociedad. Su desarrollo es diferente, y la brusca separación que tienen de sus madres es también, causante de discriminación a esos menores. (p. 5)

Finalmente, en la Ley General de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, creada para regir los procedimientos, derechos y protecciones que se deben seguir en relación a los niños, niñas y adolescentes; se establece que:

Artículo 13: para efectos de la siguiente Ley, son derechos de niñas, niños y adolescentes: El Derecho a la vida, supervivencia y desarrollo; derecho a vivir en familia, derecho a vivir en condiciones de bienestar, derecho a una vida libre de violencia y a la integridad física, derecho a la protección de la salud, derecho a la educación, derecho a la libertad de expresión y acceso a la información, derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso. (L.G.D.N.N.A., 2018, artículo 13).

El artículo 13 incorpora todos los derechos reconocidos de niñas y niños establecidos en la Convención sobre los Derechos del niño; también, los que la L.N.E.P resguarda a los hijos e hijas cuyas madres son privadas de la libertad en sus centros penitenciarios y finalmente, lo establecido en el artículo 4 de la C.P.E.U.M.

La normativa mexicana, ha hecho lo propio para resguardar el máximo número posible de derechos para los niños y niñas. Si bien, no existe una ley propia para los hijos e hijas cuyas madres son privadas de la libertad, tanto la L.N.E.P como la L.G.D.N.N.A. establecen criterios y métodos de actuación para la protección de los mismos. Las leyes en México existen, pero la implementación certera y correcta de las mismas es lo que hace falta para que de esa manera se logre el resguardo total de los derechos de niños y niñas. Un ejemplo al respecto es que, a pesar de que la L.N.E.P entró en vigor en el año 2016 y se dio un plazo de 2 años para que todos los estados parte de la Nación mexicana se rigieron por ella, aún en el año 2019 algunos estados,

como es el caso de Guerrero, siguen aplicando su normativa interna respecto de los derechos de la hijos e hijas que se encuentran conviviendo con sus madres privadas de la libertad, lo que ha propiciado que la edad establecida de los 3 años, sea modificado por este estado, ando la oportunidad de que el niño o la niña se quede más tiempo son su madre, lo cual no tendría ningún aspecto negativo siempre y cuando esté fuera por el bienestar del mismo y todos los centros penitenciarios contarán con los espacios necesario tanto para el desarrollo como para la educación del menor.

Momento comparativo entre las convenciones internacionales y la normativa de Colombia y México

T A B L A 6 . 1 .

Comparación entre el ordenamiento interno colombiano y mexicano frente a la Convención Americana de Derechos Humanos.

	Colombia Normativa Interna	México Normativa Interna	Convención Americana sobre Derechos Humanos
Protección derechos fundamentales de todos los niños y niñas	<p>Constitución Política de Colombia: Artículo 44: (...) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Artículo 13: Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley (...) gozarán de los mismos derechos y libertades. Leyes Colombianas: Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia): Establece normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños y niñas. Artículo 13: Derechos de los niños, las niñas y los adolescentes de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos. Artículo 17: Los niños y niñas tienen derecho a una buena calidad de vida y a un ambiente sano en condiciones de dignidad y goce de todos sus derechos en forma prevalente. Artículo 18: Derecho a la integridad personal. Artículo 20: Derechos de protección.</p>	<p>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Artículo 1: (...) incorporación de los Tratados Internacionales a la normativa mexicana. Artículo 2: (...) Protección a los derechos de niños y niñas indígenas. Artículo 3: El derecho a la Educación (...) La educación básica será de forma gratuita. Artículo 4: SE establece el Interés Superior del Niño; que los niños y niñas tienen derecho a la alimentación, educación, salud y al sano esparcimiento para su desarrollo (...). Leyes mexicanas: Ley Nacional De Ejecución Penal (LNEP). Artículo 10: Derecho de las mujeres privadas de la libertad. Artículo 34: Derecho a la atención médica. Artículo 43: Restricciones al aislamiento a madres privadas de la libertad. Artículo 53: Limitaciones al traslado de madres privadas de la libertad.</p>	<p>Los niños y niñas son sujetos de todos los derechos humanos contemplados en esta Convención, sin embargo, se mencionan los más importantes:</p> <p>Artículo 5 (Numerales 1 y 2): Derecho a la integridad personal.</p> <p>Artículo 7 (Numerales 1, 2 y 3): Derecho a la libertad personal.</p> <p>Artículo 11: Protección de la Honra y de la Dignidad.</p> <p>Artículo 19: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.</p> <p>Artículo 24: Igualdad ante la ley.</p>

Artículo 21: Derecho a la Libertad y Seguridad Personal.

Artículo 22: Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.

Artículo 24: Derecho a los alimentos.

Artículo 27: Derecho a la salud.

Artículo 29: Derecho al desarrollo integral en la primera infancia.

Artículo 30: Derecho a la recreación.

Artículo 37: Derecho a todas las libertades fundamentales plasmadas en la Constitución.

Ley 12 de 1991: A través de la cual ratifica la Convención Internacional Sobre los Derechos de los Niños.

Ley 1878 de 2018 (Modifica algunos Artículos del Código de Infancia y Adolescencia): Artículo 52: Verificación de la garantía de derechos.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (L.G.D.N.N.A.)

Artículo 13: Derechos de niñas, niños y adolescentes.

Semejanzas:

Colombia

En Colombia existe concordancia, tanto en la Constitución, como en la Ley de los principales derechos de los niños y niñas, tales como:

- Derecho a la igualdad
- Derecho a la integridad personal
- Derechos de protección
- Derecho a la libertad y seguridad
- Derecho a la dignidad

Lo anterior demuestra que tanto la Convención Interamericana de Derechos Humanos como el ordenamiento jurídico interno de Colombia, buscan la protección de los niños y niñas, con el fin de que a través de sus derechos fundamentales puedan gozar de un sano desarrollo.

México

En México existe concordancia con la Constitución, la L.N.E.P. y la L.G.D.N.N.A. con la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en la búsqueda de la protección de los derechos de los niños y niñas, siempre anteponer el Interés Superior del Niño, lograr que los niños y niñas tengan un sano desarrollo integral, expresen su libre opinión y lograr que la familia mexicana siga en constante unión.

Diferencias:

Colombia

- La Convención Interamericana de Derechos Humanos aborda los derechos de la niñez de manera general, mientras que en Colombia la protección de los niños y niñas se desarrolla de manera más amplia.
 - En la legislación colombiana se habla del derecho a la salud, la alimentación, la recreación y buena calidad de vida.
 - En Colombia el desarrollo de los niños en general es fundamental, pero de acuerdo con la Ley, la primera infancia requiere especial atención al ser una etapa que define el desarrollo de los niños y niñas.
 - En la legislación colombiana, el derecho a una familia en materia de derechos de los niños se trata desde la garantía de no ser separado de ella, mientras en la Convención Interamericana de DD. HH. se habla de la familia desde la unión de pareja.
 - La Convención Interamericana se centra más en derechos inherentes al ser humano desde lo general sin distinción de edad.
 - En el Ordenamiento Colombiano, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.
-

México

En México, la L.G.D.N.N.A habla de los derechos de niños, niñas y adolescentes desde un enfoque con total cobertura, específica cada derecho de los mismos y sus vertientes; mientras que, en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, solo se habla de un número reducido de derechos de niñas y niños.

La C.P.E.U.M., en su artículo 2 habla al respecto de los derechos de niños y niñas indígenas, cuestión que no se expresa en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

En la normativa mexicana, se toma el término derechos humanos para incluirlo en toda la población, pero se hace un pequeño apartado entre estos y los derechos de los niños, niñas y adolescentes; mientras que la Convención Americana de Derechos Humanos hace una referencia de derechos humanos abierta a toda la sociedad en sí, sin importar la edad del referente.

Protección derechos fundamentales de los niños y niñas que viven en centros penitenciarios con sus madres privadas de la libertad.

Código Penitenciario y Carcelario:

Artículo 153, modificado por el Artículo 88 de la ley 1709 de 2014: Los niños y niñas menores de 3 años podrán permanecer con sus madres en los establecimientos de reclusión, salvo que un juez de la República ordene lo contrario.

Artículo 26: Establecimientos de Reclusión de Mujeres: deberán contar con un ambiente propicio para madres lactantes, que propenda al correcto desarrollo psicosocial de los niños y niñas menores de tres (3) años que conviven con sus madres. El ICBF en coordinación con el USPEC establecerá las condiciones y realizará visitas por lo menos una vez al mes.

Ley Nacional de Ejecución Penal:

Artículo 10: Derechos de las mujeres privadas de la libertad.

Fracción I. Maternidad y lactancia.

Fracción III. Instalaciones adecuadas para un sano desarrollo.

Fracción VI. Conservar la Guardia y custodia de sus hijos e hijas.

Fracción VIII. Recibir educación inicial para sus hijos e hijas.

Fracción X. Instalaciones adecuadas para sus hijos e hijas.

Artículo 34: Atención médica a las personas privadas de la libertad o hijos e hijas que se encuentren bajo custodia.

Artículo 36: Mujeres privadas de la libertad con hijos e hijas; se establecen parámetros para las mujeres privadas de la libertad embarazadas, con respecto a su atención médica, parto y puerperio; se establecen sus derechos con respecto a sus hijos e hijas, los cuales podrán tener una estancia hasta los 3 años de edad, salvo que el Interés Superior del Niño demuestre lo contrario, los niños y niñas también contarán con atención médica y educación.

Artículo 43: Restricciones al aislamiento; en el caso de mujeres embarazadas, la madre que conviven con sus hijos e hijas al interior, no procederá el aislamiento.

No se encuentran artículos que específicamente hagan alusión a los niños y niñas que viven en los centros penitenciarios con sus madres privadas de la libertad, lo más cercano a ello son los artículos mencionados en el punto anterior que de acuerdo con el derecho a la igualdad aplican para todos los niños y niñas sin distinción alguna.

Semejanzas:

Colombia

En cuanto a los derechos de los niños y niñas que residen en los centros carcelarios con sus madres, el ordenamiento jurídico colombiano coincide con la Convención Interamericana de Derechos Humanos en que de acuerdo con el derecho a la igualdad ante la Ley, los niños y niñas deben gozar de las mismas garantías sin importar la condición en la que vivan, pues al pertenecer a la niñez gozan de todos los derechos humanos, pero también de derechos especiales por su edad y condición de vulnerabilidad.

México

En la L.N.E.P se establece que los hijos e hijas cuyas madres son privadas de la libertad, podrán tener una estancia con las mismas hasta los tres años de edad, salvo que, por alguna razón, el Interés Superior del Niño diga lo contrario. Lo anterior se relaciona directamente con la edad establecida por el Código Carcelario y Penitenciario de Colombia.

Diferencias

Colombia

- En Colombia los derechos de los hijos e hijas que viven en centros de reclusión con sus madres en edad de 0 a 3 años, deben tener los mismos derechos de aquellos niños y niñas que viven en condiciones normales, por ello la Ley es enfática al establecer la edad permitida para vivir en los centros penitenciarios, las condiciones en las que deben estar los infantes y específicamente se hace alusión a esta población.
- En la Convención Interamericana de Derechos Humanos, se habla de los derechos de los niños de manera general, lo que se entiende como la necesidad de analizar otras convenciones internacionales sobre los derechos de los niños con el fin de ampliar más sus derechos y garantías a los cuáles son merecedores por su condición de niñez.
- En Colombia la edad máxima permitida para los niños y niñas que viven en centros penitenciarios es de tres años, mientras que en México dicha edad se puede ampliar solo si se busca resguardar el Interés Superior del Niño.

México

La L.N.E.P engloba específicamente los derechos que tendrán los hijos e hijas cuyas madres son privadas de la libertad (educación inicial, encuentros culturales, un espacio adecuado para su sano desarrollo, entre otros), además también especifica los derechos que gozarán las madres privadas de la libertad, con respecto al cuidado y convivencia con sus hijos o hijas. Lo anterior no se ve establecido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Fuente: Elaboración propia.

Nota: Tanto México como Colombia en su normativa buscan salvaguardar los derechos plasmados en la Convención Americana de DD. HH.

T A B L A 6 . 2 .

Comparación entre el ordenamiento interno colombiano y mexicano frente a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de la Niña.

	Colombia Normativa interna	México Normativa interna	Convención sobre los Derechos del Niño
Protección derechos fundamentales de todos los niños y niñas	<p>Constitución Política de Colombia:</p> <p>Artículo 44: (...) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.</p> <p>Artículo 13: Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley (...) gozarán de los mismos derechos y libertades.</p> <p>Leyes Colombianas:</p> <p>Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia): Establece normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños y niñas.</p> <p>Artículo 13. Derechos de los niños, las niñas y los adolescentes de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos.</p> <p>Artículo 17: Los niños y niñas tienen derecho a una buena calidad de vida y a un ambiente sano en condiciones de dignidad y goce de todos sus derechos en forma prevalente.</p> <p>Artículo 18: Derecho a la integridad personal.</p> <p>Artículo 20: Derechos de protección.</p> <p>Artículo 21: Derecho a la Libertad y Seguridad Personal.</p> <p>Artículo 22: Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.</p> <p>Artículo 24: Derecho a los alimentos.</p> <p>Artículo 27: Derecho a la salud.</p> <p>Artículo 29: Derecho al desarrollo integral en la primera infancia.</p> <p>Artículo 30: Derecho a la recreación.</p> <p>Artículo 37: Derecho a las Libertades Fundamentales plasmadas en la Constitución.</p>	<p>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:</p> <p>Artículo 1: (...) incorporación de los Tratados Internacionales a la normativa mexicana.</p> <p>Artículo 2: (...) Protección a los derechos de niños y niñas indígenas.</p> <p>Artículo 3: El derecho a la Educación (...) La educación básica será de forma gratuita.</p> <p>Artículo 4: Se establece el Interés Superior del Niño; que los niños y niñas tienen derecho a la alimentación, educación, salud y al sano esparcimiento para su desarrollo (...).</p> <p>Leyes mexicanas:</p> <p>Ley Nacional De Ejecución Penal (LNEP).</p> <p>Artículo 10: Derecho de las mujeres privadas de la libertad.</p> <p>Artículo 34: Derecho a la atención médica.</p> <p>Artículo 43: Restricciones al aislamiento a madres privadas de la libertad.</p> <p>Artículo 53: Limitaciones al traslado de madres privadas de la libertad.</p> <p>Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (L.G.D.N.N.A.)</p> <p>Artículo 13: Derechos de niñas, niños y adolescentes.</p>	<p>Todos los artículos de la Convención Sobre los Derechos del Niño, hablan respecto a la protección de los derechos fundamentales de todos los niños y niñas y sin distinción alguna.</p>

Ley 12 de 1991: A través de la cual ratifica la Convención Internacional Sobre los Derechos de los Niños.

Ley 1878 de 2018 (Modifica algunos artículos del Código de Infancia y Adolescencia:

Artículo 52: Verificación de la garantía de derechos.

Semejanzas

Colombia

- La legislación colombiana al haber ratificado la Convención Sobre los Derechos de los Niños, plasma en su normativa cada una de las garantías mencionadas por ella, con el Interés Superior de la Niñez como principio rector de cada una de las leyes, tanto el ordenamiento colombiano como en la Convención el objetivo es proteger los derechos de los niños y niñas, y enfocar todos los esfuerzos para que tengan un sano desarrollo.

- Ambas concuerdan en que los derechos de los niños deben aplicarse sin distinción alguna, todos los niños y niñas colombianos son sujetos de los derechos y cuidados plasmados en la Convención, en la Constitución, Leyes y Códigos.

México

- La legislación mexicana creó la L.G.D.N.N.A. para tener una máxima protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, Dicha ley trató de apegar a todos los derechos establecidos por La Convención Sobre los Derechos del Niño.

- A pesar de que la ley es novedosa (2018), cuenta con muchas deficiencias para niños y niñas mexicanas. La C.P.E.U.M. pone como supremacía el Interés Superior del Niño, al igual que la Convención.

Diferencias

Colombia

Aunque en la Constitución y en la Ley colombiana se establece la importancia del cumplimiento de la Convención, en la práctica queda mucho por hacer para que lo establecido en la Convención Sobre los Derechos de los Niños sea aplicada y los niños y niñas en todo el territorio nacional gocen de cada uno de los derechos de manera equitativa, ya que persisten problemáticas en todas las esferas de la sociedad que conllevan a la vulneración de derechos.

México

Entre México y Colombia no se encuentran diferencias en cuanto a la protección de derechos y el respeto por la Convención Sobre los Derechos de los Niños.

Protección derechos fundamentales de todos los niños y niñas que viven en centros penitenciarios con sus madres privadas de la libertad.

Código Penitenciario y Carcelario:

Artículo 153, modificado por el Artículo 88 de la ley 1709 de 2014: Los niños y niñas menores de 3 años podrán permanecer con sus madres en los establecimientos de reclusión, salvo que un juez de la República ordene lo contrario.

Ley Nacional de Ejecución Penal, Artículo 10: Derechos de las mujeres privadas de la libertad: Maternidad y lactancia, instalaciones adecuadas para un sano desarrollo, conservar la Guardia y custodia de sus hijos e hijas y recibir educación inicial para sus hijos e hijas, instalaciones adecuadas para sus hijos e hijas.

Artículo 34: Atención médica; a las personas privadas de la libertad o hijos e hijas que se encuentren bajo custodia.

Artículo 9: Separación de padres y madres. Es un derecho del niño vivir con su padre y madre, excepto en los casos que la separación sea necesaria para hacer cumplir el Interés Superior del Niño.

Artículo 16: Protección a la vida privada; este artículo hace alusión a las actas de nacimientos de los hijos e hijas nacidas en un centro penitenciario, en las cuales no vendrá que el niño o niña nació ahí.

Artículo 26: Establecimientos de Reclusión de Mujeres: deberán contar con un ambiente propicio para madres lactantes, que propenda al correcto desarrollo psicosocial de los niños y niñas menores de tres (3) años que conviven con sus madres. El ICBF en coordinación con el USPEC establecerá las condiciones y realizará visitas por lo menos una vez al mes.

Artículo 36: se establecen parámetros para las mujeres privadas de la libertad embarazadas, con respecto a su atención médica, parto y puerperio; se establecen sus derechos con respecto a sus hijos e hijas, los cuales podrán tener una estancia hasta los 3 años de edad, salvo que el Interés Superior del Niño demuestre lo contrario, los niños y niñas también contarán con atención médica y educación.

Artículo 43: Restricciones al aislamiento: en el caso de mujeres embarazadas, la madre que conviven con sus hijos e hijas al interior, no procederá el aislamiento.

Artículo 18: Responsabilidad de padres y madres; es responsabilidad primordial de los padres y madres la crianza de los niños y es deber del Estado brindar la asistencia necesaria en el desempeño de sus funciones.

Semejanzas Colombia

Concuerda con la Convención en que los niños y niñas no deben ser separados de sus familias, principalmente de sus madres, para el caso de los hijos e hijas que viven en centros penitenciarios, todos deben ser protegidos y se debe velar por su sano desarrollo y calidad de vida, principalmente tratándose de la primera infancia.

- La legislación colombiana está de acuerdo con que los niños y niñas que residen con sus madres en los centros de reclusión sean sujetos de todos los derechos establecidos en la convención, que ninguno de ellos sea excluido.
- Las madres gestantes y lactantes deben recibir cuidados especiales con el objetivo de que sus hijos e hijas cuenten con todo el amor, derechos y cuidados por su condición vulnerable.
- El Interés Superior de la niñez también prima en los centros penitenciarios.

México

Tanto en la legislación mexicana como en la Convención se protegen los derechos de:

- Maternidad
- Convivencia de niños y niñas con sus padres y madres
- La vida privada de los niños y niñas
- El interés superior del niño

Diferencias Colombia

En el ordenamiento jurídico colombiano se da un desarrollo más amplio en lo atinente a los derechos de los niños y niñas con madres privadas de la libertad, la Convención no tiene un artículo que de manera específica se refiera a dichos asuntos.

México

A diferencia de la Legislación mexicana, en la convención no se hace referencia a la edad máxima para que los niños y niñas convivan con sus madres dentro de un centro penitenciario. Cabe destacar que a pesar de que la legislación mexicana de que como edad límite los 3 años, estos se pueden ampliar o reducir a conveniencia del Interés Superior del Niño.

Fuente: Elaboración propia

Nota: La normativa de ambos países en general se apega a las Convenciones Internacionales.

Metodología

La metodología de la presente investigación es netamente documental, empleada con la finalidad de indagar en la normativa de Colombia y México, así como en las Convenciones Internacionales para dar respuesta a la pregunta de investigación planteada acerca de la protección de los derechos de los hijos e hijas que conviven con sus madres privadas de la libertad en centros penitenciarios, a través de la exploración de los ordenamientos jurídicos se obtienen las semejanzas y diferencias en relación con los Convenios Internacionales y sus esfuerzos para proteger las garantías de la infancia en cada país investigado.

La investigación cuenta con un enfoque cualitativo y descriptivo de la protección de los derechos de los infantes que residen con sus madres en establecimientos carcelarios, donde se describe la protección que se le da a tales derechos desde la constitución y la legislación de Colombia y México respectivamente y desde el articulado de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Convención Internacional sobre los derechos de los niños y niñas atinente a la temática investigada.

La investigación se desarrolla a través de la metodología de derecho comparado, que contrasta los ordenamientos jurídicos de Colombia y México, con el objeto de profundizar acerca de la normativa vigente en materia de derechos humanos de niños y niñas que residen en centros penitenciarios con sus progenitoras. Dicha metodología comparativa permite conocer qué tanto se asemejan o se distancian los sistemas jurídicos de cada país y por lo general se incluye el país de origen del investigador, además se realiza un paralelo con las convenciones internacionales que salvaguardan los derechos de los niños y las niñas.

Se acude a los textos normativos de cada país, bases de datos de la Fundación Universitaria del Área Andina y páginas de internet oficiales de las instituciones mencionadas en la investigación, además de una búsqueda detallada en los documentos de las convenciones internacionales encontrados en sus sitios web autorizados.

La presente investigación se encuentra realizada en las siguientes fases:

1. Delimitación del tema
2. Delimitación del problema

3. Planteamiento del problema
4. Justificación
5. Objetivos
6. Marco metodológico

Comparativa: Construcción de matrices con semejanzas y diferencias existentes entre la normativa mexicana interna y la normativa colombiana interna, frente a las convenciones internacionales.

Analítica: Se busca resaltar las eficiencias y deficiencias respectivas al tema, encontradas en ambas naciones y saber, como cada una ha implementado de diferente manera cada convención internacional.

Resultados obtenidos

Las relaciones y generalizaciones encontradas entre México y Colombia han sido que ambas normativas establecen y protegen el Interés Superior del Niño. También establecen los derechos existentes tanto en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, estos han sido implementados en las constituciones respectivas de cada país y en sus leyes relativas a la protección de los derechos de los niños y niñas. También se encuentra en ambos países una figura jurídica encargada de todo lo relativo a los centros penitenciarios (el INPEC en Colombia y el Cefereso en México). Finalmente, ambas naciones cuentan con una ley creada específicamente para la defensa de los derechos de los niños y niñas (el Código de Infancia y Adolescencia en Colombia y la L.G.D.N.N.A en México).

Tanto Colombia como México establecen en su legislación el mismo rango de edad para que los niños y niñas permanezcan en los centros penitenciarios con sus madres, dicha edad se encuentra entre los cero y los tres años, de acuerdo con el Código Penitenciario y Carcelario colombiano y la LNEP mexicana, que con sustento en otras leyes como la de Infancia y Adolescencia de Colombia y la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de México, establecen los derechos de la infancia y los cuidados que deben recibir en los centros de reclusión en los que conviven con sus progenitoras, cabe aclarar que las leyes mencionadas son de aplicación nacional.

Colombia y México desarrollan su legislación desde lo establecido en las Convenciones Internacionales en cuanto a la obligación de cada Estado de salvaguardar los derechos e intereses de la infancia, como sujetos de especial protección, razón por la cual toman como punto de partida sus textos constitucionales, donde los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, así como lo dicta la Convención Americana de los Derechos Humanos y la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, de esta manera cada país posee una serie de artículos que amparan la niñez dada su vulnerabilidad y donde la ley colombiana y mexicana coinciden en que la protección de los niños y niñas reside en el Estado, pero es una responsabilidad y obligación de toda la sociedad en general, sobre todo en la familia.

En los países investigados la normativa protege a los niños y niñas desde la gestación, razón por la cual la ley es enfática al establecer que las mujeres gestantes necesitan cuidados especiales para el sano desarrollo de su embarazo. Por otra parte, la ley hace alusión a las madres lactantes y la importancia de respetar estos espacios madre e hijo o hija, con el fin de que los bebés reciban la nutrición adecuada desde sus primeros meses de vida y puedan crear un vínculo, de allí depende el sano desarrollo de los niños y niñas en la primera infancia y tanto Colombia como México lo reconocen en su normativa.

Se encuentra que en los países estudiados existe crisis en materia carcelaria, problemática causada principalmente por el hacinamiento en los centros de reclusión, donde las mujeres que conviven con sus hijos o hijas, deben permanecer en espacios poco adecuados, con infraestructura deficiente, alimentación no balanceada y constante vulneración de derechos humanos; aquí es donde se pierde la intención plasmada en la legislación de cada nación de cumplir con establecido en las convenciones internacionales, ya que a pesar de que la normativa ampara los derechos, en la práctica las situaciones de transgresión son constantes.

Las faltas de correlación encontradas entre la normativa mexicana y colombiana han sido que: la normativa colombiana no ha incluido en sus legislaciones las restricciones de aislamiento y limitaciones de traslado de las madres privadas de la libertad, como lo tiene la L.N.E.P. Por su parte, la normativa mexicana no ha incluido en sus legislaciones un régimen regulado de visitas de personas externas al centro penitenciario, para que puedan tener contacto periódico con los niños y niñas que se encuentran conviviendo con sus madres privadas de la libertad, como lo tiene establecido el Código Penitenciario y Carcelario.

Otro aspecto en el cual no se relacionan la legislación colombiana y mexicana es en cuanto a la aplicación de la ley, pues en el caso de México, al ser una República Federal, para que se ejerza en todo el territorio nacional de manera unificada una ley, debe cumplir cierto tiempo después de su promulgación, mientras que en Colombia la ley es para todo el territorio, una vez sea sancionada por el presidente. Ejemplo de ello es que, de acuerdo con el Código Penitenciario y Carcelario, la edad para que los niños y niñas convivan con sus madres en los centros de reclusión debe ser de cero a tres años, mientras que en México la LNEP establece el mismo rango de edad, pero en algunos estados mexicanos aún no se cumple a cabalidad y la edad puede variar y hasta ser superior.

La Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos de los niños solo posee un artículo que concretamente hace alusión a la protección de la niñez desde todas las esferas de la sociedad, el artículo N° 19, en cuanto a los demás, se refiere a los derechos humanos como aquellas garantías a las que toda persona es acreedora, por consiguiente tanto la normativa colombiana como la mexicana desarrollan de manera más amplia los derechos de los niños y niñas incorporando aquellos derechos establecidos en la Convención Americana de DD. HH.

En cuanto a la Convención Internacional Sobre los Derechos de los Niños, en todo su articulado busca que la niñez sea protegida, ahora bien, en cuanto a la legislación en los países objeto de estudio, se incluyen cada uno de los derechos estipulados allí y a través de leyes en cada ordenamiento se da la orientación para que su aplicación se cumpla, esto incluye la salvaguarda de los derechos de los niños y niñas que residen con sus madres en centros penitenciarios, prevaleciendo el Interés Superior del Menor.

Discusión

Como se analiza en la presente investigación, la normativa mexicana y colombiana se fundamenta en la protección del interés superior de la niñez y con la incorporación de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño y la Convención Interamericana de Derechos Humanos en sus respectivas leyes reafirman la obligación del Estado de salvaguardar los derechos de la infancia. A pesar de eso, ambas naciones tienen vacíos en sus legislaciones y la falta de incorporación de nuevas figuras jurídicas, es por ello que se deben analizar por separado.

En cuanto a México

México cuenta con una normativa muy apegada a la protección de los derechos de los niños y niñas; tanto la C.P.E.U.M. como la L.G.N.N.A. establecen la protección de todos los derechos de los niños y niñas que se encuentran en la Convención sobre los Derechos del Niño; inclusive la propia Ley Nacional de Ejecución Penal, cuenta con artículos referentes a los derechos que tiene los niños y niñas que conviven en un centro penitenciario con sus madres privadas de la libertad. Si bien, la normativa mexicana está considerada como ‘vanguardista y garantista’ al respecto de los derechos de niños y niñas, la teoría con la práctica son dos polos opuestos que se encuentran en la sociedad mexicana. Es por ello que se recomienda aplicar la normativa mexicana de la manera correcta, como esta se encuentra establecida: sin disturbios y/u omisiones.

Como aspecto fundamental se tiene la necesidad de integrar programas educativos y de atención médica especializada en los hijos e hijas que se encuentran conviviendo con sus madres privadas de la libertad, ya que, la mayoría de los centros penitenciarios no cuentan con ninguno de estos dos servicios, los cuales son de vital importancia para el desarrollo integral del menor. México necesita solucionar lo antes posible las insuficiencias de recursos, tanto humanos como materiales que existen dentro de los centros penitenciarios. Pues se cuentan con registros del INEGI que establecen que, aún existen muchos centros penitenciarios que no cuentan con guarderías ni personal necesario encargado del cuidado de los niños y niñas que se encuentran conviviendo con sus madres privadas de la libertad.

Uno de los problemas en los centros penitenciarios mexicanos es la sobrepoblación de reclusos; lo que claramente termina en una afectación de Derechos, no solo para las madres privadas de la libertad, sino también los derechos de sus hijos e hijas. Por lo que, tanto los CERESOS como los CEFERESOS deben tener estadísticas de la sobrepoblación carcelaria, buscar una herramienta de nivelación de reclusos y que su menester sea hacer cumplir los derechos, tanto de las reclusas como los de los niños y niñas que conviven en el Centro Penitenciario con ellas.

En cuanto a Colombia

A pesar de todos los esfuerzos para conseguir una normativa amplia y protectora de derechos de los niños y niñas, la realidad penitenciaria en Colombia es la misma que en México; no existen espacios suficientes para el desarrollo de los menores ni mucho

menos la posibilidad de brindar a todos de manera correcta sus derechos fundamentales. Es por ello que se requiere la aplicación de la normativa colombiana de la manera correcta, como esta se encuentra establecida en el papel, sin cambios ni omisiones. Dentro del Código Penitenciario y Carcelario no se encuentran artículos referentes a las restricciones de aislamiento o limitaciones de traslado a las madres privadas de la libertad, lo cual, de no ser regulado, podría convertirse en un problema de violación de derechos hacia los hijos e hijas de estas, pues al ser separados de sus madres, ya sea por un aislamiento o un traslado de su madre a otro centro penitenciario, que quizá no cuente con los espacios necesarios para su amplio desarrollo. Es por ello que se debe implementar en su normativa lo respectivo a estos criterios, los cuales pueden tomar como referente lo establecido en los artículos 43 y 53 de la L.N.E.P. mexicana.

Se hace necesario que en Colombia se incluyan más programas educativos tanto para las madres como para las mujeres reclusas en general, con el fin de salvaguardar los derechos de los niños y niñas en los centros penitenciarios, a través de las entidades encargadas de la protección de la infancia como el ICBF, donde se enseña a las mujeres los cuidados básicos para el sano desarrollo de la niñez, teniendo en cuenta la complejidad para ampliar los espacios en los cuales conviven, es importante comenzar con mejorar el ambiente en el cual viven los niños y niñas, el ejemplo que reciben y el trato que se les da. Es fundamental desarrollar políticas públicas que contribuyan a la protección de los derechos de los niños y niñas que viven con sus madres privadas de la libertad en centros penitenciarios, al ser un sector de la sociedad altamente descuidado y que requiere la debida atención del Estado comenzando por los gobiernos locales.

Para ampliar los conocimientos de la presente investigación es menester realizar trabajo de campo, por ello se deben visitar los centros penitenciarios para obtener información más detallada acerca de la situación carcelaria en la que viven los niños y las niñas con sus madres privadas de la libertad, con el fin de obtener de sus palabras una mayor cercanía con la realidad del problema estudiado. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), en sus estadísticas debe incorporar información más amplia y detallada acerca de la población carcelaria femenina que convive con sus hijos e hijas en los centros de reclusión y brindar información en materia de protección de los derechos humanos de la infancia en los establecimientos penitenciarios del país.

Es importante para el tema de estudio planteado, complementar la información con una investigación cuantitativa para que a través de cifras y estadísticas se comprenda de manera más detallada las situaciones de vulneración de derechos que deben vivir los infantes en los centros carcelarios en los que conviven con sus proge-

nitoras y entender de manera más precisa las deficiencias del sistema penitenciario colombiano. Para futuras investigaciones es importante entrevistar a los funcionarios de los centros penitenciarios, pues son ellos quienes conocen la realidad de dichos lugares y quienes cada día deben implementar las medidas establecidas para proteger a los hijos e hijas de las mujeres reclusas, de esta manera será más sencillo detectar las falencias de la legislación colombiana y las omisiones del Estado en dicha materia.

Conclusiones

México y Colombia son países relativamente semejantes en su normativa, lo anterior se ha visto expuesto en la realización de esta investigación. Se han comparado exitosamente los dos ordenamientos jurídicos. Se ha establecido la manera en la que han incluido a su propia normativa los derechos de niños y niñas contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos y finalmente se han expuesto las semejanzas y diferencias que existen entre sus ordenamientos.

Entre las principales semejanzas de Colombia y México, respecto a las Convenciones Internacionales, se encuentra que en ambas realidades jurídicas, no se ha cumplido con la protección de derechos de los hijos e hijas que conviven con sus madres privadas de la libertad en establecimientos carcelarios.

En Colombia y en México la Legislación nacional establece la misma edad para que los infantes convivan con sus madres en los centros penitenciarios, siendo esta entre los cero y los tres años.

Tanto en Colombia como en México existe sobrepoblación carcelaria, lo cual evita que los reclusos y reclusas lleven una vida digna en la que sus garantías constitucionales y legales sean protegidas, razón por la cual el hacinamiento se ha convertido en la principal causa de vulneración de derechos, como una problemática que también afecta a los hijos e hijas de las mujeres que se encuentran privadas de la libertad, quienes al vivir con ellas en los centros penitenciarios, también se convierten en víctimas de dichas transgresiones, contraponiéndose a aquello que establecen las Convenciones Internacionales que protegen los DD. HH.

Los establecimientos carcelarios de Colombia y México no cuentan con la infraestructura necesaria para ofrecer a los niños y niñas una estadía que salvaguarde sus

derechos al desarrollo integral, a un ambiente sano, a la salud, a la recreación, a la alimentación, entre otros. Lo que demuestra que la normativa establece como principio el Interés Superior de la niñez, pero en la práctica, la realidad es lejana a lo establecido por una teoría tan completa y garantista.

En los ordenamientos jurídicos de Colombia y México se realiza un amplio desarrollo normativo de los derechos de la niñez, con el fin de plasmar la obligación, tanto del Estado como de la familia y la sociedad, de salvaguardarlos tal como lo establece la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño de acuerdo con el Interés Superior de los niños y niñas.

Los niños y niñas son sujetos de todos los derechos plasmados en la Convención Americana de Derechos Humanos, razón por la cual tanto Colombia como México al haber ratificado dicha convención deben incorporar en sus ordenamientos la protección de tales garantías, dicha obligación del Estado incluye a los infantes que viven con sus madres en los centros penitenciarios.

Impacto de la investigación

La presente investigación tiene un impacto social y en la realidad jurídica actual, es de gran importancia adquirir el conocimiento a través del derecho comparado, el cual en los últimos años ha ayudado a mejorar los sistemas jurídicos en los que se implementa al examinar las semejanzas y diferencias que existen entre ellos, lo cual permite tener un conocimiento más amplio de las leyes extraterritoriales y su funcionamiento. El derecho comparado permite analizar las eficiencias y deficiencias de cada sistema y de esta manera agregar lo más pertinente y adecuado a la necesidad social de cada nación en particular.

Para evolucionar como nación, es necesario hacer una comparación con otras, de esta manera saber cómo a unas les han funcionado ciertas técnicas y leyes jurídicas y cómo a otras les ha desfavorecido. Comparar la legislación sobre protección de los derechos de los niños y niñas cuyas madres son privadas de la libertad en Colombia y México, permitirá conocer las semejanzas y diferencias que existen entre los sistemas jurídicos de ambas naciones y saber cómo cada sistema responde a la protección de los derechos de los hijos e hijas cuyas madres son privadas de la libertad.

La investigación atiende a la necesidad que existe en ambos sistemas del conocimiento y comparación entre ellos, para que de esta manera pueda existir a futuro una

complementación evolucionaria entre naciones, con lo cual se genera un impacto a nivel de la sociedad para que la problemática planteada en la presente investigación sea atendida con prontitud y eficiencia al tratarse de sujetos de especial protección como lo son los infantes.

Referencias

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (20 de noviembre de 1989). *Convención Sobre los Derechos del Niño*. Recuperado de shorturl.at/eqtW6
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (20 de noviembre de 1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Res. 44/25. Recuperado de: shorturl.at/amwJ3
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (16 de junio de 2016). *Ley Nacional de Ejecución Penal*. Diario Oficial de la Federación. Recuperado de shorturl.at/uvQ14
- Castañer, A., Griesbach, M. (Coord.). Muñoz, L., y Rivera, L. (2015). *Presos invisibles. Hijos e hijas de mujeres en reclusión*. México D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Cely, D. (2015). Análisis de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. *Revista Salud y Sociedad Uptc*. Recuperado de shorturl.at/fCNVW
- Código de la Infancia y la Adolescencia [Código]. (2019). *Avance Jurídico Casa Editorial Ltda*. Recuperado de shorturl.at/cdgE5
- Código Penitenciario y Carcelario [Código]. (2019). *Avance Jurídico Casa Editorial Ltda*. Recuperado de: shorturl.at/lxKO
- Código Penitenciario y Carcelario [Código]. (2019). *Avance Jurídico Casa Editorial Ltda*. Recuperado de: shorturl.at/ksFGY
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (2018). *Informe Cárceles y Mujeres en Colombia*. Recuperado de shorturl.at/gkNTZ
- Congreso General De Los Estados Unidos Mexicanos. (16 de junio de 2016) *Ley Nacional de Ejecución Penal*. Recuperado de: shorturl.at/lmnMR
- Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 13 [Título II]. Recuperado de shorturl.at/bfR36

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [const], 5 de febrero de 1917. Recuperado de shorturl.at/auwEO
- Defensoría del Pueblo Colombia y Unicef. (2006). *Cq q23* *Caracterización de las niñas, niños y adolescentes desvinculados de los grupos armados ilegales: inserción social y productiva desde un enfoque de derechos humanos*. Recuperado de shorturl.at/erxG7
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC. (Julio de 2019). *Estadísticas Incidencia Delitos Nacional 2019*. Recuperado de shorturl.at/rCNUX
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC. (junio de 2019). *Estadísticas Mujeres Intramural Nacional 2019*. Recuperado de: shorturl.at/bcY29l
- Jiménez, S., Zea, M. y Rojas, P. (16 de febrero de 2017). El reto de ser madre desde una celda. *El Espectador*. Recuperado de shorturl.at/ckpAN
- Kooyman.E. (21 de marzo de 2018) *Cárceles en Colombia: una situación insostenible*. Recuperado de: shorturl.at/bMX15
- Naciones Unidas. (20 de noviembre de 1959). *Principio VI. Declaración de los Derechos del Niño*. Recuperado de shorturl.at/nqFX8
- Naciones Unidas. (20 de noviembre de 1989). *Artículo 19. Convención Sobre los Derechos del Niño*. Recuperado de shorturl.at/atwJW
- Naciones Unidas. (23 de mayo de 1969). *Artículo 26. [Parte III]. Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados*. Recuperado de shorturl.at/aQZ14
- Ramírez. E. (22 de agosto de 2017). México, sin infraestructura para atender a niños que viven presos con sus madres. *Revista Contralínea*. Recuperado de: shorturl.at/xCGI2
- Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica. (14 de diciembre de 2018). *Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2018*. Recuperado de: shorturl.at/dLLR2
- Suelt-Cock, V. (2016). *El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derechos en Colombia*. 133 *Universitas*, 301-382. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.bcmi>

Capítulo VII

Margen Nacional de Apreciación: ¿Existe Justificación?

Jimmy Alberto Valarezo Román¹

“Sólo la educación de las masas puede liberar al pueblo.
Un hombre educado no puede ser oprimido,
si es capaz de pensar por sí mismo”.

Nelson Mandela

Universidad Metropolitana
de Ecuador - UMET - Ecuador

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo identificar los rasgos más importantes de la institución jurídica denominada Margen Nacional de Apreciación, que surge en el derecho internacional, además de conocer su incidencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, a partir de la jurisprudencia emanada del máximo órgano de control e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La metodología empleada para la elaboración de este trabajo, ha sido la perspectiva teórica a partir del método histórico, que permitió conocer las primeras referencias del tópico en cuestión; complementado con la utilización del método analítico para examinar los pronunciamientos de la Corte Interamericana y, finalmente, el método exegético jurídico, que se aplicó para interpretar la normativa internacional.

Palabras clave

Estados, margen nacional de apreciación, sistemas de protección.

¹Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, Magíster en Derecho Constitucional. Programa de estudios avanzados en Derechos Humanos y Humanitario en American University Washington College of Law, doctorando en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Docente de la Universidad Metropolitana sede Machala.
Correo electrónico:
jimmyvr22@hotmail.com

Introducción

El neoconstitucionalismo o constitucionalismo moderno, trae consigo transformaciones en los sistemas jurídicos de los Estados, entre ellas, el rol de quienes administran justicia interna, ya que dejan de ser meros aplicadores de la ley, para ejercer una postura activista que les permite remitirse a las normas jurídicas de carácter internacional, al tomar como referencia el contexto latinoamericano, cuyo fundamento encuentran en la aplicación del contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (Organización de Estados Americanos, 1969), de la jurisprudencia y las opiniones consultivas que nacen en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Esa implementación del derecho internacional de los derechos humanos, a nivel interno, contextualiza el concepto de control de convencionalidad, relativamente de nueva data, que tiene las primeras pautas en algunos votos del ex juez y ex presidente de la Corte IDH Sergio García Ramírez. Uno en particular, el caso *Mirna Mack Chang contra Guatemala* del año 2003, en el que sostenía que no es posible dividir al Estado de tal manera que un organismo o algunos queden obligados ante la corte en referencia, donde se excluyen sus actuaciones a los demás órganos del control de convencionalidad, ya que la responsabilidad ante el Tribunal corresponde al Estado en su conjunto.

No obstante, el Tribunal interamericano empezó a definirlo de forma más precisa en el caso *Almonacid Arellano contra el Estado chileno*, afirmando que:

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. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Sentencia *Almonacid Arellano contra Chile*, 2006, párr. 124).

Sin perjuicio de lo expuesto, esa evolución en la protección amplia de los derechos, puede verse afectada al coexistir y mediar la figura del margen de apreciación nacional

de los Estados, que lleva inmerso una dosis de subjetividad y discrecionalidad a las decisiones de los Estados al momento de cumplir o no lo resuelto por tribunales internacionales cuando se ha declarado responsabilidad contra ellos en calidad de partes de convenios internacionales de protección de derechos, aspectos que deben ser analizadas a la luz de los sistemas de protección de derechos humanos, especialmente de los regionales, para determinar hasta qué punto un Estado es independiente o soberano.

Lo complejo del asunto en discusión, es que mientras se pretende afianzar un constitucionalismo al partir de la protección de los derechos humanos como objeto y fin, por otro lado subyace una tendencia a nivel internacional, que nace por cuestionamientos directos de los Estados que hacen parte de tratados o convenios internacionales hacia los organismos de protección de derechos, cuyo fundamento recae en el mantenimiento de las democracias y soberanías estatales.

Lo que pretende esta investigación es estudiar la interpretación doctrinaria y la práctica jurídica del margen de apreciación, particularmente desde la óptica de la prevalencia de la soberanía en las democracias, y sobre todo, su incidencia en la protección de los derechos humanos en los casos en concreto. Determinante será el análisis de las sentencias de los diferentes tribunales internacionales en su función protectora de los derechos fundamentales y el poder cuestionar si efectivamente se satisface el bienestar común.

Justificación

El tratamiento de los derechos humanos, en el contexto latinoamericano, ha tenido variantes en el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH, cada vez se ha ampliado más el ámbito de protección; no obstante, esa misma evolución genera nuevos modelos que estigmatizan la labor del tribunal interamericano, en esencia, el control de convencionalidad y el margen nacional de apreciación de los Estados. Se toma como punto de referencia los artículos 1.¹² y 2³ de la CADH (Organización de Estados

.....
2 Artículo 1. Obligación de respetar los derechos:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3 Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno:

Americanos, 1969)), que detallan el compromiso de los Estados partes en su obligación primaria de respeto y garantía de derechos humanos.

Estas variantes, propician una problemática que amerita ser analizada desde las fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinarias de la teoría del margen nacional de apreciación de los Estados, como intento de superposición al control de convencionalidad como herramienta amplia de protección de derechos humanos en Estados partes de convenios o tratados internacionales y su incidencia como limitante a la preservación de la autonomía de apreciación de los Estados al cumplimiento de decisiones emitidas por tribunales internacionales.

Si se hace énfasis en el sistema interamericano de derechos humanos, es preciso agregar el impacto que esta teoría de resistencia tiene en la región, países como Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay⁴, han presentado en la sede de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos un comunicado expresando, entre otras cosas, la importancia del principio de subsidiariedad que regenta al sistema y el margen de autonomía de los Estados “para resolver acerca de las formas más adecuadas de asegurar derechos y garantías, como forma de dar vigor a sus procesos democráticos”; en función de que se considere las “realidades políticas, económicas y sociales de los Estados por parte de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos”, todo ello, como clara posición a la prevalencia de sus autonomías interestatales⁵.

Desarrollo teórico

El denominado margen de apreciación ha sido conceptualizado por el Sistema Europeo de Derechos Humanos, que a partir del Artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Consejo de Europa, 1950), establece la posibilidad de suspender ciertos derechos en virtud de peligro público.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

4 En la página web de la organización Amnistía Internacional, en fecha 24 de abril de 2019, se publicó la noticia respecto a la posición de varios Estados frente al Sistema Interamericano, comunicado que fue presentado ante la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

5 En ese sentido, puede consultarse: <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2019/04/americas-sistema-interamericano-fundamental-para-derechos-humanos/>

Este concepto incompleto, fue desarrollado en la jurisprudencia del alto tribunal de dicha región en la materia, pues aportan sustancialmente la idea de que “las autoridades nacionales son libres de escoger las medidas que estimen apropiadas dentro de los aspectos regidos por la Convención” (Sentencia Escuela Lingüística belga contra Bélgica, 1968, p. 10). En términos de Francisco Barbosa (2011), este concepto se adecua como:

El campo de acción e interpretación de los derechos fundamentales, dejado a las autoridades soberanas del Estado y a los jueces internacionales. Este campo no es ilimitado, sino que se encuentra ubicado por el campo de protección del derecho limitado (p. 1090).

Doctrina que debe ser entendida como la deferencia de los Tribunales Internacionales hacia los Estados cuando no existen acuerdos entre naciones que permitan un criterio homogéneo de protección de derechos frente a contextos concretos.

Esta limitación tiene su razón de ser, primero, se toma en cuenta el Estado de derecho, y segundo, las democracias. Respecto a lo primero, es preciso resaltar que no debe ser analizado desde su concepción clásica en que el Estado es sometido a la ley como fuente primaria del derecho, sino más bien, debe considerarse que las teorías constitucionalistas modernas implican un cambio de paradigma basado en la superposición de los derechos fundamentales como objeto de protección de los Estados, podría hacerse alusión, por ejemplo, a la realidad ecuatoriana, que desde el artículo 1^o de su texto constitucional (Asamblea Constituyente, 2008) constituye a la nación como un Estado constitucional de derechos.

Por su parte, el segundo elemento concibe la idea de las democracias como estructuras de gobierno que tienen una fuente de legitimación que emana directamente del pueblo, es decir, el soberano. Si se parte de lo anterior, la democracia implica un sinnúmero de adaptaciones que permiten una participación más activa de la sociedad, con el fin de obtener decisiones del Estado que garanticen derechos colectivos.

6 Artículo 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

En ese orden de ideas, y siendo partícipe de las afirmaciones del profesor Francisco Barbosa (2011) existen dos vertientes en que debe ser comprendido el tema en cuestión, a nivel interno y externo. En cuando al orden nacional, se basa en determinar que existe una congruencia o correspondencia entre el derecho interno y el derecho internacional. En ese contexto, se podría citar el contenido del artículo 2 de la CADH (Organización de Estados Americanos, 1969), ya que permite acoplar o adaptar el sistema interno al externo o internacional. En lo que respecta a la vertiente externa, se materializa cuando converge una confrontación, un divorcio o colisión entre los tribunales internacionales y el Estado, dando como resultado el colapso de los sistemas y la búsqueda de lo que debería primar o aquello que permitiría resolver el conflicto.

Siendo ese el escenario, es pertinente recurrir a la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales de derechos humanos, con la finalidad de comprender la concepción o llegar al entendimiento de la teoría en referencia. Para objeto de esta presentación, se visibilizará el criterio de dos sistemas: el europeo y el interamericano.

En la órbita del sistema europeo de derechos humanos, es preciso destacar, nuevamente, el contenido del artículo 15⁷ del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (Consejo de Europa, 1950), que refiere a la derogación de ciertos derechos contenidos en la convención en casos de Estados de excepción, de guerra u otro momento en que exista peligro público que amenace la vida de la nación. Es esa circunstancia en que los Estados partes pueden tomar medidas para derogar obligaciones que surgen a raíz del tratado.

Bajo ese escenario, cabe destacar los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se parte del caso de la Escuela Lingüística Belga contra

.....
7 Artículo 15. Derogación en caso de estado de excepción:

1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas 14 15 que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional.
2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.
3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación.

Bélgica del año 1968, cuyos hechos versan sobre un grupo de demandantes de nacionalidad belga, que recurrieron al sistema alegando que eran *francófonos*, y que deseaban que sus hijos sean instruidos en esta lengua. No obstante, la regulación interna de Bélgica proponía que esta solo se impartía en ciudad capital, y la solución era enviar a los niños a escuelas de esas zonas. En este caso, el Tribunal gestó la idea de que los Estados eran libres de escoger las medidas que estimen apropiadas dentro de los aspectos que denota el convenio.

El caso Muñoz Díaz contra España (2009), tiene su génesis en que el país en cuestión había negado a la presunta víctima la pensión de viudez por no haber demostrado el matrimonio civil o canónico con el causante, de acuerdo con el derecho español interno. Este caso fue resuelto por el tribunal y reconoció de manera expresa que los Estados poseen un cierto margen de apreciación para determinar en qué medida las diferencias entre ciertas situaciones análogas justifican distinciones de trato, la extensión de este margen varía según las circunstancias, los ámbitos y el contexto.

Un año más tarde, un nuevo caso, Schalk and Kopf contra Austria (2010), esta vez, frente al contexto de matrimonios igualitarios, el Tribunal fue más claro aún cuando determina que al no haber consenso europeo sobre el matrimonio de personas del mismo sexo, los Estados tienen amplio margen para resolver esos conflictos.

En este recorrido jurisprudencial, se aborda el caso Lambert et Autres contra Francia (2015), el tema en cuestión, la eutanasia. Se tomó como punto de partida los pronunciamientos anteriores, el Tribunal determinó que por no existir uniformidad de criterios en los países partes del convenio europeo sobre eutanasia activa, el Estado francés tenía el mayor margen para resolver el asunto.

En definitiva, esta idea de discrecionalidad o deferencia que el tribunal europeo ha concedido en varios casos a los Estados partes de la convención o tratado europeo, para que puedan actuar bajo su autonomía, a criterio del autor desgasta el sistema y lo sitúa en una especie de inseguridad que se refleja en la desprotección de las presuntas víctimas que esperan por verdad, justicia y reparación.

Por otra parte, en lo referente al sistema interamericano, debe partirse por identificar que dentro de la CADH (Organización de Estados Americanos, 1969), existe una norma similar al artículo 15 del CEDH (Consejo de Europa, 1950), específicamente

es el artículo 27⁸, el cual destaca la institución de la suspensión de garantías, así, la Corte IDH, desde la Opinión Consultiva OC- 8/87 de enero de 1987 y OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, ha interpretado a esta norma como la suspensión temporal del pleno goce y ejercicio de ciertos derechos y libertades, pero no se interpreta en términos de proporcionarle posibilidades a los Estados para resolver sus conflictos a conveniencia, es decir, no determina un campo de acción como sí lo elabora el TEDH.

Resulta necesario indagar en el recorrido que ha gestado la Corte IDH en su desarrollo jurisprudencial, para ello, se han tomado en cuenta varios casos y específicamente para efectos de este trabajo, se revisa la sentencia Herrera Ulloa contra Costa Rica (2004). Los hechos refieren a la imposición de una condena por difamación, en perjuicio de Mauricio Herrera Ulloa, quien se desempeñaba como periodista en el Diario “La Nación”. Entre otras cosas, se alegaba la falta de un recurso judicial adecuado y efectivo que le permitiera cuestionar la sentencia en su contra, así, el tribunal interamericano señaló que, si bien los Estados tienen un margen nacional de apreciación para regular el ejercicio o la determinación de recursos, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir el fallo.

En esta parte, es preciso resaltar dos sentencias dadas en contra de la República de Venezuela, ambas en el año 2009. La primera, se da en el caso Perozo, que se relaciona con las restricciones al derecho a la libertad de expresión en perjuicio de 44

.....
8 Artículo 27. Suspensión de Garantías:

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

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

personas vinculadas al canal de televisión “Globovisión”, en el marco de sus labores periodísticas. En el caso examinado, el organismo interamericano afirmó que cualquier condición, restricción o sanción en materia de libertad de expresión, debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue; se reconoció que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y efectivamente, puede estar sujeta a restricciones, no obstante, eso no identifica *per se* un margen de acción ilimitado del Estado para ejercer una acción arbitraria o desmedida.

Frente a otro tipo de derechos, esta vez en el caso Barreto Leiva contra Venezuela (2009), se concluye la responsabilidad internacional del Estado por la detención arbitraria del ciudadano Enrique Barreto Leiva, así como la falta de debida diligencia en el proceso y el establecimiento de recursos judiciales efectivos; la Corte IDH estableció en su decisión, que:

Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. El Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana. Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso. (Sentencia Barreto Leiva contra Venezuela, 2009, párr. 90)

Para culminar con esta fase de examen de sentencias, resta por referir al complejo caso Fontevecchia y D’Amico contra Argentina (2011), cuyos hechos, en resumen, versan sobre dos publicaciones efectuadas en una revista el 5 y 12 de noviembre del año 1995, en las que se indicaba que el entonces Presidente de Argentina, Carlos Menem, tenía un hijo no reconocido por él. Como consecuencia de ello, el ex mandatario inició un proceso judicial civil en contra de ambos periodistas con la pretensión de que se impusiera una reparación económica como resarcimiento al daño moral ocasionado por la noticia. El juicio civil, culminó en última instancia acogiendo la demanda e imponiendo un monto por reparación.

En esta línea, los periodistas acuden al Sistema Interamericano con la finalidad de que el máximo tribunal conozca la violación del derecho a la libertad de expresión.

En ese sentido, el organismo concluyó sancionando a la República Argentina y entre otras cosas, exigió como mecanismo de reparación integral, que se dejara sin efecto la sentencia civil impuesta a Jorge Fontevicchia y Hector D'Amico; es precisamente este punto el que detona una posición de extrema oposición a lo resuelto por el tribunal internacional.

La Corte Suprema Argentina, emite una Resolución⁹ respecto a la sentencia de la Corte IDH y su imposibilidad de cumplir lo dispuesto por esta. Entre sus aseveraciones, el órgano argentino cuestionó a la Corte IDH afirmando que “se excedió de sus potestades”, que la “CADH, no permite dejar sin efecto sentencias”, que la Corte IDH “violó principios estructurales” del sistema, y finalmente, que la decisión de revocar la sentencia civil “es atentar a la estructura del sistema judicial” (Sentencia de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia Caso Fontevicchia y D'Amico contra Argentina, 2017, p.5).

De los fallos citados, surgen cuestionamientos sobre si se debe proporcionar o no cierta deferencia a los Estados para la resolución de sus conflictos e incluso para la determinación de mecanismos de reparación; en esencia, ¿debe existir un margen de apreciación a favor de los Estados? ¿Evitar la arbitrariedad o permitir discrecionalidad estatal? ¿El sometimiento de los estados a las decisiones internacionales conlleva a que pierdan soberanía? ¿Un margen de apreciación nacional para proteger derechos internamente o para evadir responsabilidad internacional?

Las respuestas a estos planteamientos deben hacerse a partir del fiel reflejo del contenido del artículo 2 de la CADH (Organización de Estados Americano, 1969), que de manera categórica establece el deber de los estados de adoptar las disposiciones de la convención, en el derecho interno. Esta concepción ha sido adoptada por la Corte IDH, desde casos como Gangaram Panday contra Surinam (1991), Baena Ricardo y otros contra Panamá (2001), Gelman contra Uruguay (2011) y entre los más recientes, Duque contra Colombia (2016), en los que el Tribunal ha afirmado que la norma en referencia determina la obligación de los Estados de dictar las medidas que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la CADH, pero que esa obligación comprende, además, el abstenerse de dictarlas cuando estas impliquen vulneración de derechos.

.....
9 Resolución 28/17” del 6 de marzo de 2017, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Corte IDH ha fundamentado la teoría del control de convencionalidad a la luz del artículo 2 antes referido, en esencia ha dictaminado:

179. En relación con la obligación general de adecuar la normativa interna a la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que “[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas” [...]. En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos [...], lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*). [...] 180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías [...]. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.[...] (Sentencia Heliodoro Portugal contra Panamá, 2008, párrs. 179 y 180).

Con la interpretación citada, el alto órgano interamericano procura que los Estados aseguren el pleno ejercicio de los derechos y libertades de los individuos y su protección, mediante la construcción normativa que emana de los poderes públicos, de ese modo, instaurar en los países parte, una verdadera conexión entre la jurisprudencia internacional y el derecho interno.

Análisis del contexto actual

El margen de apreciación nacional ha tenido una clara incidencia en los tiempos actuales, específicamente en la región interamericana. Conforme se había resaltado anteriormente, varios países del continente americano, entre ellos Argentina, Brasil,

Chile, Colombia y Paraguay, han emitido una declaración a la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyo pronunciamiento permite identificar, en primer lugar, un aparente reconocimiento respecto a los avances y logros obtenidos en el sistema regional interamericano de derechos humanos y su manifestación expresa de sometimiento a la CADH; no obstante, en segundo lugar, esta afirmación se ve trastocada cuando los Estados pretenden exigir del sistema la observancia plena del principio de subsidiaridad, que les permite gozar de una razonable autonomía para resolver más adecuadamente los conflictos y asegurar los derechos y garantías de las personas, en otras palabras, requieren de los órganos del sistema interamericano, la no invasión de competencias internas y el claro respeto al margen de apreciación.

La doctrina, en cierta forma, respalda esa postura, sobre todo si se recurre a profesores como Luis María Bandieri (2018), quien sostiene la idea de una nueva composición de la pirámide jurídica, que desplaza a la acostumbrada era positivista y cuya formación se concretaba en escalón por escalón hasta llegar a la ley fundamental y la obligatoriedad de observar el legislador originario, para integrar ahora, algo que él denomina como “Constitución cosmopolítica” que irradia a la “esfera pública mundial”, Dicha esfera es caracterizada por la incorporación de principios y valores desde donde se propone la expansión de los derechos humanos, aspecto que a su criterio trae como consecuencia la intervención de tribunales internacionales, entre ellos el Tribunal Europeo o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y respecto a este último, cuyos fallos o decisiones incluye a aquellos estados que no fueron parte del trámite contencioso, adicionalmente, la aplicación del control de convencionalidad, como conceptos que suplantando decisiones políticas propias de los estados.

Desde otra perspectiva, en términos de Guevara Rosas¹⁰(2019), intentar restarle intervención o desconocer las facultades de los órganos que componen el Sistema, es menoscabar directamente el acceso y búsqueda de justicia a las víctimas. Lo principal no es buscar la forma de evadir enfrentar al Sistema, sino que cumplan con su deber primario de respeto y garantía, sin olvidar tomar en consideración que, precisamente, el sistema es complementario, coadyuvante, por lo que el rol primigenio no es de la CIDH o de la Corte IDH, sino de los Estados.

.....
10 Directora para las Américas de la organización Amnistía Internacional.

Para enfrentar esta posición, hay que comprender el alcance del principio de subsidiaridad, sin olvidar que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos lo definió como mecanismo complementario a los Estados miembros de la organización y parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en función de que no opera como una instancia jurisdiccional internacional con misión de revisar actos o decisiones propias que surgen en el derecho interno de los Estados, aspecto que recae en el denominado principio de subsidiaridad.

Los Estados americanos han pretendido dejar suficientemente claro que el sistema instaurado mediante la CADH no sustituye bajo ningún concepto a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa. En consecuencia, el acceso al sistema tiene un carácter estrictamente accesorio, en el sentido de que se aplica solo después de haber hecho uso de todas las vías jurisdiccionales locales, sin haber obtenido un remedio para la vulneración del derecho que se alega.

Esto permite entrever que, en primer lugar, sea el propio Estado el que pueda y deba adoptar las medidas correctivas que sean necesarias. En el preámbulo de la CADH (Organización de Estados Americanos, 1969) se ha definido que la tutela supranacional de los derechos humanos es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”; esta concepción ha sido materia de inclusión de la Corte Interamericana en su jurisprudencia, desde los primeros casos, resolviendo que:

La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta coadyuvante o complementaria de la interna. (Sentencia Velásquez Rodríguez contra Honduras, 1988, párr. 61)¹¹

En efecto, es preciso acotar que el principio de subsidiaridad dentro del sistema, antes de ser entendido como una oportunidad, debe ser analizado como una obligación ineludible a cargo de los Estados, ya que los comprometidos a efectuar una protección efectiva y primaria son aquellos. De modo que es excepcional la activación de la tutela internacional cuando la jurisdicción interna no lo efectúe, esto bajo

.....
11 Puede consultarse además: Caso Godínez Cruz contra Honduras, sentencia del 20 de enero de 1989, párrafo 64; y Caso Fairén Garbí y Solís Corrales contra Honduras, sentencia del 15 de marzo de 1989, párrafo 85.

la razón de que justamente son los Estados los principales garantes de la protección de las personas y en caso de existir alguna vulneración sea el mismo Estado quien tenga la oportunidad de resolver la situación interna e incluso, de ser el caso, reparar integralmente a las víctimas basado en lo previsto en los artículos 1.1 y 2 de la CADH (Organización de Estados Americanos, 1969).

Según los lineamientos anteriores, se podría referir los criterios de González (2017) quien entre líneas determina que la subsidiariedad permite que el Estado conduzca sus propias acciones basado en los estándares internacionales y que, al mismo instante, este posea un margen de libertad para incorporar esos estándares en su derecho interno fundamental o constitucional.

Finalmente, el principio en mención está ligado a la eficacia de la Convención a nivel interno, lo que se traduce a la preservación de dicho instrumento por parte de los Estados en sus ordenamientos jurídicos, de modo que se pretende ampliar el margen de protección de los derechos en función de sus habitantes, aun cuando el derecho interno no fuera suficiente y esto es contrario a lo que busca el margen de apreciación.

Conclusiones

Con el desarrollo del análisis se ha pretendido establecer, más que conclusiones, reflexiones puntuales sobre el alcance de la teoría del margen de apreciación nacional y su incidencia o aplicación en los estados miembros de la Organización de Estados Americanos, parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero, sobre todo, sujetos a la competencia de la Corte IDH.

Así, el primer planteamiento que se propone es la ratificación en que los sistemas internacionales de protección de Derechos Humanos cumplen una función de restitución de derechos, de proveer a las víctimas, en la medida de lo posible, verdad, justicia y reparación integral, por la ineficiencia y falta de debida diligencia con que intervienen los Estados en el contexto interno. En esa línea, no es viable sostener que la implementación de teorías como la discrecionalidad o deferencia hacia los Estados, por parte de Tribunales Internacionales, aseguren la tutela, goce y pleno ejercicio de derechos de sus ciudadanos.

Lo señalado, es consecuencia del examen efectuado a las diversas sentencias del sistema europeo como marco referencial y del sistema interamericano como marco

vinculante, ya que en el primero se avizoró que la intervención del órgano de justicia internacional es conceder un margen de decisión a los estados europeos para la solución de sus conflictos, sobre todo en los casos examinados, que implican temáticas tan complejas como el matrimonio igualitario, la eutanasia, pensiones por viudez, entre otros. A diferencia del tribunal interamericano, cuya labor extenuante pasa por vitalizar la CADH y que la interpretación evolutiva del instrumento permita proporcionar seguridad jurídica a las víctimas, mediante la toma de decisiones como respuesta a las violaciones de derechos humanos. Ha sido reiterativa la Corte IDH en delimitar que la actuación de los Estados no puede ser ilimitada, por el contrario, su intervención está sesgada a su obligación de respeto y garantía de los derechos humanos.

Por otro lado, la visión del fortalecimiento de los sistemas de protección, específicamente del interamericano, obedece a la naturaleza y origen del mismo, este mecanismo nació por el compromiso de los Estados de redimirse por los más crudos y atroces actos en detrimento de los derechos de las personas, de tal forma que, se cimentó con base en las estructuras democráticas de la región. No obstante, la intención de debilitar el sistema, mediante posturas por parte de los Estados que cuestionan el actuar de organismos como la CIDH y la Corte IDH, que aspiran tener un campo de acción ilimitado para el tratamiento y solución de las situaciones jurídicas internas, solo amenazan con poner en riesgo la efectividad que regenta al sistema en sí mismo, por esta razón, el autor propone la hipótesis de reconstrucción de las democracias mediante sistemas que garanticen la participación del ciudadano en la toma de decisiones, ello, con la finalidad de prevenir situaciones que incidan en la desprotección de sus derechos.

En ese contexto, el reforzamiento en los mecanismos de participación directa, afianzaría la idea de constitución de sociedades sólidas y no de poderes públicos con facultades exorbitantes ni actuaciones arbitrarias, que deslegitimarían el contenido mismo de la CADH. Desde esta perspectiva, la intervención de los ciudadanos permitiría identificar con certeza los principales problemas de la sociedad, y con ello, observar y descifrar los canales más idóneos para el acceso a mecanismos que resguarden sus derechos y su justiciabilidad.

Adicionalmente, se intenta reestablecer la esencia del sistema de protección y de la intervención de la Corte IDH en su afán de restituir derechos, mediante la institucionalidad o reinstitucionalización de los Estados en función de los derechos humanos. Lo anterior conlleva una alta y adecuada formación de funcionarios públicos, judiciales

y no judiciales, en la materia. De modo que, solo así puede lograrse un equilibrio en las actuaciones del Estado como el primer llamado a resguardar los derechos de los individuos y que las estructuras funcionen de manera organizada, de adentro hacia afuera.

La regla general es que los Estados cumplan con su compromiso de respeto y garantía, y que excepcionalmente las víctimas deban recurrir a la esfera internacional. Sin embargo, el estudio realizado demuestra algo distinto, ya que pese a las resoluciones del tribunal interamericano donde se declara responsabilidad internacional de los Estados, estos han optado por solicitar la vigencia de un margen de discreción para mejor resolver.

Finalmente, es importante resaltar, que la operatividad del sistema interamericano se mide y se desarrolla por sus criterios jurisprudenciales en los que propone estándares de interpretación de la CADH, vinculantes a todos los estados parte. En virtud de lo expuesto, es rígida la idea de mantener esos estándares como ejes preventivos, con los que exista una verdadera adaptación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno y que resulte en un verdadero funcionamiento del sistema, que se compone principalmente de los Estados y la observancia de la CADH como instrumento rector de su rol. Este eje preventivo, debe ser el enfoque que promueva en los Estados una cláusula de limitación de su intervención.

Referencias

Amnistía Internacional. *Américas: Sistema Interamericano constituye una garantía fundamental para la vigencia de los derechos humanos en la región*. Consultado en: <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2019/04/americas-sistema-interamericano-fundamental-para-derechos-humanos/>

Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución del Ecuador*. Ecuador: Montecristi,

Barbosa Delgado, F. (2011). Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. *Revista Derecho del Estado*. (26), pp. 107-135.

Bandieri, L. M. (2018). Estado de Derecho y Derechos Humanos. *Nueva ojeada crítica al globalismo jurídico*. Educa, página 131- 135, Buenos Aires, Argentina.

- Consejo de Europa. (1950). Convenio Europeo de Derechos Humanos. Roma, Italia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1987). Opinión Consultiva OC-8/87, enero de 1987. San José, Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1987). Opinión Consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987. San José, Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1988). Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. San José, Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1989). Caso Godínez Cruz vs. Honduras, párr. 64. San José, Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1989). Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras, párr. 85. San José, Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1991). Caso Gangaram Panday vs. Surinam. San José, Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001), Baena Ricardo y otros vs. Panamá. San José, Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). Voto razonado caso Mack Chang vs. Guatemala, parr. 27. San José, Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, parr. 161. San José, Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Caso Almonacid Arellano vs. Chile. San José, Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. San José, Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Caso Perozo vs. Venezuela, parr. 64. San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). Caso Fontevecchia y D'amico vs. Argentina. San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). Gelman vs. Uruguay. San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016). Duque vs. Colombia. San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Caso Fontevecchia y D'amico vs. Argentina. San José, Costa Rica.

González, P., 2017, Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad. Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 17, p. 717-748. Consultado en: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2017.17.11050> Fecha de consulta: 23 de noviembre 2019.

Organización de Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1968). Caso Escuela Lingüística belga vs. Bélgica. Strasbourg, Francia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2009). Caso Muñoz Díaz vs. España. Strasbourg, Francia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2010). Caso Schalk and Kopf vs. Austria. Strasbourg, Francia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2015). Caso Lambert et Autres vs. Francia. Strasbourg, Francia.

Capítulo VIII

El Fallo “Simón” *versus* paradigmas positivistas y postpositivistas

César Steber Andrade Córdoba¹, Bismarck Andrade Córdoba²

Fundación Universitaria
del Área Andina - Colombia

Resumen

Este artículo es de carácter histórico-jurídico, por cuanto en él se examina el Caso Simón y se rastrean los insumos jurídicos en la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Argentina del 14 de junio de 2005, con la que se declaró la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final. De la misma manera, se establece la importancia de los fallos de los tribunales internacionales frente a delitos de lesa humanidad, en ausencia de codificación interna (caso de Argentina), con acomodo a los paradigmas positivistas y postpositivistas.

Palabras claves

Imprescriptibilidad, legalidad, positivismo, postpositivismo, retroactividad.

¹Alumno regular de cursos válidos para Doctorado (Derecho), Universidad de Buenos Aires, Argentina. Abogado, Magíster en Derecho. Docente de la Fundación Universitaria del Área Andina, investigador grupo GEIS.

Correo electrónico:
candrade4@areandina.edu.co

²Alumno regular de cursos válidos para Doctorado (Derecho), Universidad de Buenos Aires Argentina. Abogado, Magíster en Derecho.

Docente Institución Educativa El Dorado.
Correo electrónico:
bismarckandrdecordoba@gmail.com

Introducción

En el caso “Simón” o Poblete, la Corte Suprema de Justicia de Argentina declaró inconstitucionales las leyes de Obediencia Debida (OD) y Punto Final (PF). Dio así vuelta al criterio creado en el fallo “Camps” del año 1987 que había instituido su constitucionalidad. Secuela de este fallo, no preexisten trabas nomotéticas en lo sucesivo para iniciar las *sensateces* contra los responsables a las infracciones a los derechos humanos.

El proceso fue iniciado gracias a una denuncia de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, por haber sido secuestrado el matrimonio Hlaczik-Poblete y su hija Claudia Victoria Poblete, quien fue retenida, por Julio Héctor Simón (alias “El Turco Julián”), tema que será retomado más adelante.

De ahí que es necesario realizar un relato del fallo “Simón”, el mismo que refiere *-disputandum-* entre los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (CSJN), en torno a si el Congreso se encontraba legitimado para anular dos leyes, la ley de obediencia debida y la ley de punto final, que contemplaban la amnistía de aquellas personas que hubiesen cometido delitos atroces. Ambas normas fueron creadas durante el Proceso de *Reorganización Nacional de Argentina* producto del gobierno de facto constituido entre los años de 1976 y 1983, con la finalidad de absolver y no juzgar a quienes participaron en la comisión de delitos, tales como homicidios, detenciones ilegales y desaparición forzosa. A su vez, a Julio Héctor Simón se le imputaba el secuestro de José Poblete, su esposa Gertrudis Hlaczik, y su hija, quienes presuntamente fueron llevados a un sitio clandestino llamado el Olimpo², donde fueron torturados y desaparecidos³.

2 YANG, *Derrumbe en el Ex Centro Clandestino “Olimpo”, ¿Dónde está Martín Fresneda?* (29 de agosto de 2015), La izquierda diario. Recuperado: <http://www.laizquierdadiario.com/Derrumbe-en-el-Ex-Centro-Clandestino-Olimpo-Donde-esta-Martin-Fresneda>

3 La Nación, (15 de junio de 2005). El impulsor de la causa está conmovido. Recuperado de <https://www.la-nacion.com.ar/713027-el-caso-poblete-fue-el-origen-del-fallo>. Véase, caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, en resumen, la Corte Interamericana De Derechos Humanos encontró que el Estado era responsable por las múltiples desapariciones forzadas y ejecución extrajudicial de Carlos Horacio Urán Rojas. Por otra parte, el Estado fue declarado internacionalmente responsable por haber violado su deber de garantizar el derecho a la vida por la falta de determinación del paradero de algu-

En este orden de ideas, la CSJN debía establecer la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad (contrario al principio de legalidad presente en el Código Penal de la Nación Argentina). En otras palabras, los indultos concedidos a los militares por crímenes cometidos entre 1976 y 1985.

La construcción del texto (discusión) se visualiza como un guion que incluye varios actos: 1. acto inicial: el dictamen “*Simón*” caso en concreto; 2. se presenta un entre acto, la Corte Suprema de Justicia de Argentina declaró la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final y, así, la constitucionalidad de la ley 25.779; 3. se presentan las posturas mayoritarias (jueces) del fallo *Simón*.

A su vez, la sentencia se razona desde argumentos escénicos: En la escena uno, se abarca la derogación de leyes que otorgan amnistía y la retroactividad. En la escena dos, se analizan los argumentos de la prescripción de la acción penal y cuestionamiento de la constitucionalidad de la declaratoria de la nulidad de las leyes blandidas. En la escena tres, se describe la constitucionalidad de la nulidad de las leyes de PF y OD. La escena cuatro, es dedicada a imprescriptibilidad de los tratados de derechos humanos. Posteriormente, se plantean las conclusiones y el impacto, social, económico y ambiental del estudio.

Planteamiento del problema

En los años 80, inmediatamente a las juntas, en Argentina los militares reclamaron la extinción de la acción penal. En ese hilo, durante el gobierno fundamental de Raúl Alfonsín, el Congreso prescribió reglas para moderar la importunación penal a militares por los hechos cometidos durante la dictadura, pues decretaron constitucional la Ley de Obediencia Debida por la Corte Suprema en 1987 —fallo Camps—. Ello trajo consigo la ausencia de responsabilidad de las infracciones ejecutadas por militares entre 1976 y 1983, para los militares de bajo rango -jerarquía- y también en la administración de Carlos Menem, se indulta y protege a los altos mandos militares.

Es clave la actuación de alias Turco Julián, Policía Federal de Argentina, que forjó actos de represión en el centro clandestino de detención El Olimpo. Básicamente, al turco Julián se le censura por el secuestro, la tortura y la desaparición forzada de José Poblete y Gertrudis Hlaczik, seguido del apoderamiento de su hija Claudia -de solo 8 meses de edad- ocurridos en noviembre de 1978.

De modo similar, se presentaron otros actos renombrados, contentivos de delitos de lesa humanidad como la causa “Batallón 601”, (secuestros, torturas y desaparición forzada de personas); la del “Primer Cuerpo”, (181 víctimas en los tres centros clandestinos de detención), entre otros (CCD). Finalmente, los juicios a las juntas militares y juicios por la verdad, más de unos cuarenta casos considerados crímenes de lesa humanidad (Andrés Amador, 2009).

En ese contexto histórico, surge como pregunta de investigación: ¿Cuál es la importancia de los fallos de los tribunales internacionales frente a delitos de lesa humanidad, en ausencia de codificación interna (en Argentina) según los paradigmas positivistas y postpositivistas?

Justificación

La presente investigación está encaminada al estudio del caso *Simón*, por su importancia en el cambio paradigmático en la forma de repensar los derechos humanos en Argentina, así como su incidencia positiva en otras legislaciones, lo que arroja como resultado nuevos pensamientos postpositivistas de protección, garantía y reparación. Además, de proscribir su limitación, los mismos se efectivizan mediante los principios de legalidad, retroactividad e imprescriptibilidad en materia penal y la aplicación de fuentes internacionales, también el uso de la costumbre internacional en los casos de crímenes de lesa humanidad.

Como ya se dijo en las líneas iniciales, en la década de los 80 en Argentina dominaron las dictaduras, parafraseando el Estatuto de Roma⁴ de la Corte Penal Internacional de 1998, artículo 7, delitos contra la humanidad o Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), artículo 7, denominándolos crímenes de lesa humanidad. Con conocimiento, se efectuó por parte de los militares bajo el pretexto de cumplir órdenes, *ataque generalizado o sistemático contra la población civil*: asesinatos, exterminios, deportación o traslado forzoso, encarcelación o privación grave de la libertad física, tortura y/o violación.

En consecuencia, el presente trabajo pretende mostrar cómo bajo ningún parámetro de orden legal, es válida la comisión de crímenes de lesa humanidad. Aun,

.....
4 Entró en vigor el 1 de julio de 2002, modificado el 26 de septiembre de 2012 y modificado el 8 de mayo de 2013.

cuando medie un ordenamiento interno que viabilice la ejecución de acciones que desvirtúan el ejercicio de la democracia. Luego, se expone cómo la costumbre internacional contiene cláusulas que proscriben la comisión de delitos de lesa humanidad y tienen carácter retroactivo, por encima de la codificación interna e irrenunciable por parte del Estado (investigar, perseguir y castigar).

En suma, se recrea el asunto desde mirada neutral, en materia de delitos de lesa humanidad, en contravía de sistemas jurídicos negativos (que erigen a un grupo o grupos de ciudadanos con características de represores), donde la nación en su afán de conseguir la paz a cualquier costo se muestra como facilitador de daño físico, psicológico, moral, cultural o social. Dicho de otro modo, el estudio busca concretizar a la comunidad nacional e internacional sobre la validez de los pactos internacionales que protegen los derechos humanos de carácter supralegal.

El objetivo general que se planteó la investigación, es establecer la importancia de los fallos de los tribunales internacionales frente a delitos de lesa humanidad, en ausencia de codificación interna en Argentina, según los paradigmas positivistas y postpositivistas, el cual se pretende lograr con la verificación de dos objetivos específicos esbozados:

1. Analizar la sentencia del fallo *Simón* (2005) y su posible tensión frente a derechos humanos, en el ordenamiento jurídico interno (caso Argentina), además se enfrenta a las tesis positivistas y Postpositivistas.
2. Determinar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH, frente a los órganos nacionales (caso Argentina) en la aplicación de las tesis de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Referentes teóricos

En este acápite, algunos referentes teórico-doctrinales, como Zaffaroni (2005) el cual sostuvo una postura favorable acerca de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Según Aguiló (2007) el concepto de positivismo se debe entender como normas que correlacionan la descripción cerrada de un caso con una solución normativa, el ideal es la tipicidad. Para ello, según el autor, se permanece en el postpositivismo, el cual da cuenta de la estructura de un sistema jurídico que incluye además de reglas principios jurídicos (dicen lo que debe ser).

En palabras de Cecilia Bembibre, (2010), la *imprescriptibilidad* nos refiere a la figura jurídica de la prescripción que consiste en la consolidación de un hecho como consecuencia del paso del tiempo, que genera que se extinga un derecho (p.1).

Finalmente, Bernalles Rojas (2020) define “la imprescriptibilidad de ciertos delitos como aquella garantía de todo Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho, en función de la cual, dando cumplimiento a lo establecido en los tratados internacionales sobre derecho humanitario, y al respeto de la esencia misma de la dignidad de la persona, los Estados no puede imponer plazo perentorio alguno cuando se deba investigar, procesar o acusar a individuos que han cometido delitos graves estatuidos en el derecho internacional como violatorios de los derechos humanos”.

Convenios y tratados

En este orden de ideas, se plasman de forma muy sucinta algunos referentes internacionales que dieron pie a la investigación, como es el caso de la La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada *Pacto de San José de Costa Rica*) suscrita, tras la *Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos*, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978, estableció en su preámbulo los derechos esenciales del hombre, los cuales tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional. No nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado.

Con la *Declaración Universal de Derechos Humanos* del 10 diciembre de 1948, 217 A (III), se proclamó el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre.

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III) de 9 de diciembre de 1948. Entró en vigor el 12 de enero de 1951 y estableció la prevención y la sanción del delito de genocidio. Igualmente, la declaró un delito de derecho internacional.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966 (Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999, p. 171), a

partir del preámbulo se impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos.

La convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX) del 21 de diciembre de 1965, Entró en vigor el 4 de enero de 1969 y estableció la igualdad ante la ley de los hombres. Asimismo, la protección de la ley contra toda discriminación y contra toda incitación a la discriminación.

La ONU: Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (Cedaw), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: Respuestas a la lista de cuestiones y preguntas relativas al examen del informe inicial y los informes periódicos segundo y tercero combinados: Pakistán, 1 marzo 2007, donde propendió por la obligación de los Estados miembros de consagrar la igualdad de género.

La convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46 de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor el 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1) proclamó que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

La ONU: Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 noviembre 1989, implantó la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia, el desarrollo y la participación infantil.

La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Tratado adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968. Entrada en vigor: 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VII estableció que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo.

Referente constitucional

La Constitución Nacional Argentina (art. 75, inc. 22), estableció en la segunda parte que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

Código penal

Mediante la Ley 27.362. Se estableció en la Argentina un acápite acerca de los delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra.

Leyes

1. **Ley 23.521 (Ley de Obediencia Debida):** esta norma estableció que los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas cuyo grado estuviera por debajo de coronel, durante el terrorismo de Estado y la dictadura militar no eran punibles.
2. **Ley 23.492 (Ley de Punto Final):** estableció la caducidad de la acción penal contra los imputados como autores penalmente responsables de haber cometido el delito complejo de desaparición forzada de personas, el cual involucró detenciones ilegales, violaciones, torturas y homicidios agravados o asesinatos que tuvieron lugar durante el proceso de reorganización nacional que no hubieran sido llamados a declarar.
3. **Ley 25.779 (Ley fin de las Leyes de Perdón):** en su artículo 1 declaró insana-blemente nulas las leyes 23.492 y 23.521.

Metodología

Este estudio se enmarca dentro de la investigación histórico-hermenéutica con análisis de sentencia del fallo *Simón* y la validez de los derechos humanos frente al ordenamiento jurídico interno por cuanto examina situaciones originadas entre 1976 y 1983, las cuales se resolvieron en 2005.

El universo fue la Argentina de los 80 bajo la dictadura militar en el gobierno del presidente Alfonsín la población, toda la ciudadanía; la muestra el caso *Simón*; el tipo de investigación abordada fue empírica, enmarcándola dentro de los estudios de tipo cualitativo. Como técnica de investigación se realizó un estudio de caso o análisis de caso *Simón*, omitiendo el simple análisis estadístico de datos históricos, lo que permitió diferenciarlo de otros, por sus características heurísticas.

En este orden de ideas, el contenido inductivo del caso permeó la elaboración de una hipótesis, comportando la posibilidad de relacionarlos con otros similares (*Caso*

Poblete). Como fuentes de recolección de información se destacó la revisión documental, revisión de contenidos y destacar la bibliográfica como subcategoría.

Resultados obtenidos

Este acápite muestra los resultados finales obtenidos del análisis del asunto Simón o Poblete. Al final se describen los resultados de la investigación, luego la discusión en sí y finalmente las conclusiones.

En un primer momento de la investigación, gracias a la recolección de datos y utilizando la descripción bibliográfica, se comenzó el análisis de documentos, entre los que se pueden destacar algunos convenios y tratados internacionales que proscriben los crímenes de lesa humanidad, tema que será retomado más adelante, el genocidio y el terrorismo, los dos últimos tópicos se dejaron enunciados.

Aunado a lo anterior, se fundó la importancia de la protección internacional, local, regional de los derechos y libertades humanas, eliminándose toda forma de discriminación, la prohibición de la comisión de tortura, tratos, penas crueles, inhumanos, degradantes; también, se estableció la importancia del derecho a la vida, la protección a los niños su participación y su desarrollo. Igualmente, la protección a la igualdad de género, destacando la importancia de la protección a la mujer, temas que se abordan con mayor profundidad en capítulo de referentes teóricos.

Los anteriores instrumentos en compañía de las leyes, la constitución y los códigos, los cuales serán retomados más adelante, permearon varias cosas siendo la primera la imprescriptibilidad de los delitos o crímenes de lesa humanidad, que en la Argentina fueron cobijados para la década de los 80, esto es, asesinatos, exterminios, traslados forzosos, la encarcelación o la privación de libertad física, la violación del derecho internacional, las torturas, las violaciones, la violencia sexual, y las persecuciones. La segunda, el establecimiento de sanciones privativas de la libertad, al igual de sanción pecuniaria para los militares y exmilitares en principio por la comisión de las conductas típicas, antijurídicas y culpables, anteriormente mencionadas porque causaron daños o lesiones a muchos ciudadanos bajo el amparo de normas internas de Argentina. La tercera, fue otorgándoles justicia a las víctimas con retroactividad, materializando el deber legal y la obligación de los Estados para castigar, prevenir y no permitir la impunidad por la comisión de dichos delitos. Lo anterior permitió el análisis del fallo de la sentencia del caso *Simón*, teniendo en cuenta los aportes de los

tribunales internacionales y el respeto por los derechos de las personas. Asimismo, la Constitución Nacional de la Argentina, el Código Penal de Argentina y su capítulo tendiente a la erradicación de los delitos de lesa humanidad.

En este orden de ideas, al retomar el tema constitucional, para 2005, existieron leyes expedidas que permitían que los delitos cometidos por las fuerzas militares no fueran punibles (Ley 23.521). Asimismo, por medio de otras se estableció la caducidad (prescripción) de la acción penal para los imputados como autores (Ley 23.492), más tarde se establece que la Constitución de la Nacional de Argentina estableció la jerarquía de los tratados internacionales (art. 75, inc. 22), lo que permitió la aplicación de convenios internacionales que establecían que los crímenes de lesa humanidad no prescriben. Se declararon mediante la Ley 25.779, la nulidad de las leyes del perdón, conllevando este giro legal al enjuiciamiento de muchos militares y exmilitares.

Finalmente, se trabajarán las reformas, además de la introducción de normas dentro de la legislación argentina, es decir, se apunta a la creación de un capítulo dedicado dentro del código penal argentino a los crímenes de lesa humanidad, dotándolo de conductas punibles, antijurídicas y/o culpables.

Un tercer momento se encuentra la ficha de registro de datos. Se estudiaron en cuanto a la normativa internacional siete convenios, dos declaraciones, un pacto, la Constitución Nacional de Argentina, diez leyes, el Código penal de Argentina, un decreto ley y dieciséis doctrinantes. De ello se destaca a Zaffaroni, Alexy, Aguiló y a la doctora Vita, y la Causa N.º 17.768-. Sentencia 14 De Junio de 2005 Corte Suprema De Justicia de la nación (caso *Simón*). Aportes que permitieron establecer que los crímenes de lesa humanidad no tienen límites de tiempo. Es decir, no prescriben.

Fallo *Simón*

La discusión se distribuye en dos momentos, el primero, titulado el dictamen, se subdividió en cuatro actos y un entre acto, mientras que, en el segundo momento se describen las posturas mayoritarias del caso en estudio.

El dictamen Simón

Observación de los actos

Primer acto: se imputa a Julio Héctor Simón el delito de secuestro en las personas de José Poblete, su esposa Gertrudis Hlaczik y su hija (sala II de la cámara Nacional

de apelaciones en lo criminal y correccional de la ciudad de Buenos Aires). El caso llegó a la Corte Suprema de Justicia.

Segundo acto: defensa, (**Simón**) no debe ser juzgado por los delitos de desaparición forzada, debido que la creación de las leyes (*OD* y *PF*), los tratados de derecho internacional que juzgan dichos delitos imputados no estaban vigentes en el orden interno.

Tercer acto: los jueces (postura mayoritaria) *Boggiano, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti*, consideran que las legislaciones sí existían de manera consuetudinaria y que los tratados sobre violación a los derechos humanos contenían una cláusula, en la cual se declaraba que frente a la comisión de delitos de lesa humanidad la ley se podía aplicar de manera retroactiva, al igual que la imprescriptibilidad de la acción penal -es irrenunciable por parte del Estado-, ello con el propósito de castigar a los responsables, por lo tanto estos actos deben ser investigados. Agregan: “es evidente que la vigencia de estas leyes (*O.D* y *P.F*, permitían la impunidad. *Primero*, por parte de quien comete los delitos y *segundo*, por el Estado al no tomar las medidas necesarias para proteger las víctimas, dejándolas sin garantías para reclamar y acceder a la justicia y verdad, lo cual constituye una grave violación a los derechos humanos internacionalmente declarados”.

Cuarto acto: disidencia (juez Fayt) Subrayó que las providencias de corporaciones supranacionales son mingitorios para avalar el pleno respeto de los derechos, pero a la vez asignan un cierto enfoque en menoscabo de la edificación de cada una de las entidades políticas. Fayt sustentó que los tratados deben concordar con los principios de derecho público señalados en la Constitución argentina y que los legislativos han glorificado desde añejo un adecuado “margen nacional de apreciación” delimitado por esos principios de derecho público. Por ello continúa, es inaceptable en el sistema sostener la primacía del derecho internacional frente a la propia Constitución Nacional⁵ (Razón, N.º 55).

Entre actos: la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final y, asimismo, la constitucionalidad de la ley 25.779 que declara la nulidad absoluta e insanable de las leyes mencionadas.

.....
5 Ver, Bussalino, Primacía de la Constitución nacional sobre los tratados 75, inc. 22 que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

Sobre el principio de la *legalidad* -la prevalencia de la ley sobre cualquier actividad o función del poder público-. En palabras de Gustaini (2006), el orden jurídico muestra una relación de derechos fundamentales, esto es la rigidez de la constitución frente a la flexibilidad de las leyes, la jerarquía normativa constitucional no se negocia (cláusula pétrea), el orden jurídico interno presenta una tensa causa frente al derecho internacional Aguiló, J).

La *retroactividad* de la ley es la aplicación de esta a casos ocurridos antes de su entrada en vigencia, es decir, a situaciones pasadas (excepcionalmente), puesto que en principio las leyes tienen efectos a futuro. Al respecto el artículo 28 de la Convención de Viena de 1969, sobre el Derecho de los Tratados, dispone que:

Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo (Convención de Viena, 1969, art. 28)

Según Aguiló (2007), el *positivismo*, se debe entender como normas que correlaciona la descripción cerrada de un caso con una solución normativa, el ideal es la tipicidad.

En este orden de ideas, para Aguiló (2007), el *postpositivismo* pareciera dar cuenta de la charpa de un sistema jurídico hay que reflexionar que, además de reglas, hay conocimientos jurídicos. es decir, hay normas que establecen una solución legislativa (dicen lo que debe ser) a pesar de no definen un azar (no indican cuando son aplicables esas soluciones normativas).

La *imprescriptibilidad*⁶ hace referencia a la figura jurídica de la prescripción, la cual consiste en la consolidación de un hecho como consecuencia del paso del tiempo, que genera que se extinga un derecho. Puesto que se presentaron anteriormente las definiciones, se continuará con el análisis del fallo *Simón*.

.....
6 Sobre el tema ver Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, (...) art 1 Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946.

Las posturas mayoritarias (jueces) del fallo

Escena uno

Apropósito de la derogación de leyes que otorgan amnistía y la retroactividad como defensa, sostienen los jueces que “la retroactividad de las normas no significa ausencia del principio de legalidad, debido que ningún Estado puede renunciar a la persecución de los delitos catalogados como de lesa humanidad, imprescriptibilidad. Por su parte, el juez *Maqueda* quiso aclararle a la defensa de Simón, lo siguiente: no es cierto que la tipicidad del delito de desaparición forzosa esté fuera del ordenamiento jurídico argentino; por el contrario, este tiene una denominación delictiva diferente: privación ilegal de la libertad. Lo anterior, implica el no quebrantamiento del principio de legalidad, pues su juzgamiento es conforme a leyes preexistentes⁷.

Escena dos

El argumento de la prescripción de la acción penal y cuestionamiento de la constitucionalidad de la declaratoria de la nulidad de las leyes esgrimida por la defensa del suboficial Simón es poco válido, si se tiene en cuenta que la jurisprudencia internacional en casos de violación de los derechos humanos, como ya se dijo, ha declarado como imprescriptible los términos para juzgar a los acusados de tales crímenes. Al respecto, según Aguiló (2007), la subsunción se debe demostrar que el caso genérico encaja en la norma jurídica específica, la incongruencia genera un problema de calificación del tipo penal.

En otro orden de ideas, parafraseando a Rogers (2015), aunque estas leyes (Punto Final y Obediencia Debida) emergieron durante un proceso transicional, no se puede justificar la impunidad bajo el pretexto de mantener la paz, pues las víctimas de un conflicto tienen derecho a que se les haga justicia y verdad. Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ciudad Autónoma de Buenos Aires, CSJN (2005), en la causa No. 17.768 la Ley de Punto Final y Obediencia Debida violan cualquier principio constitucional y de derechos humanos, por lo tanto era necesario su anulación del ordenamiento jurídico.

.....
7 Por impunidad se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas” Comisión Colombiana de Juristas, principios internacionales sobre impunidad y reparaciones, p. 37

Escena tres

Frente a la constitucionalidad de la nulidad⁸ de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, el legislativo tiene la facultad de revisar sus actuaciones, con el propósito de corregir sus actuaciones, en el entendido como un acto de responsabilidad ante las víctimas y el ordenamiento jurídico internacional, puesto que actuar en otro sentido sería contrariar los compromisos internacionalmente adquiridos. El derecho está basado en fuentes (hechos), la autoridad (quien dicta las normas) y el procedimiento (la forma de dictar las normas)

Escena cuatro

Frente a la irretroactividad de la ley, los jueces Boggiano, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco acuden al derecho consuetudinario y argumentan que si bien los tratados de derechos humanos aún no se encontraban vigentes en Argentina para la fecha de los hechos, sí existían unos principios que ya regían en el derecho consuetudinario argentino, y que además la misma convención sobre imprescriptibilidad autoriza aplicarla de manera retroactiva.

Por lo tanto, la garantía de imprescriptibilidad es el medio para que se castigue a quien comete un delito y se haga justicia por parte del Estado o cualquier otro agente, además de que dicha garantía sea real y no se diluya bajo el pretexto de la búsqueda de la paz o la estabilidad nacional. Debe ser una garantía de no impunidad.

Conclusiones

Del presente estudio, luego de revisar los acontecimientos catalogados como nefastos y que fueron ocurridos en Argentina de los 80 contra la población en general, bajo la dictadura militar por militares y exmilitares, considerados en un principio por el derecho internacional como crímenes de lesa humanidad, y posteriormente para el 2005, mediante el asunto Simón, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declara la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, convirtiéndose las conductas de los representantes del gobierno en punibles, antijurídicas en la legislación interna.

.....
8 Romina Soledad Guadagnoli, Análisis del sistema de control constitucional argentino. Recuperado: http://www.saij.gov.ar/doctrina/dacf130342-guadagnoli-analisis_sistema_control_constitucional.htm

Con el principio de legalidad, innovaron los magistrados Maqueda y Lorenzetti al defender la postura de que al momento de los hechos la punibilidad de las conductas imputadas estaba prevista, tanto por la costumbre internacional como por el ordenamiento jurídico local, cuya aplicación preservaría este principio, teniendo en cuenta que la desaparición forzada de personas es un delito permanente, que no cesa hasta que se hallen pruebas acerca de la suerte corrida por los desaparecidos, en cuyo caso sí comenzaría a correr la prescripción de la acción penal. Aquel incorpora al *ius cogens* con sus normas relativas a la imprescriptibilidad. La nación asumió el *ius cogens* relativo a la imprescriptibilidad como un compromiso internacional de perseguir los crímenes aberrantes.

Los instrumentos internacionales se incorporan al derecho constitucional argentino tal como efectivamente rigen en el ámbito internacional y cuando un órgano nacional aplica las tesis de la CADH debe fallar con ocasión a la jurisprudencia de la Corte IDH. Esta creencia se perfecciona por la CSJN en el caso *Simón*.

Empero, el juez Fayt, único disidente en la especie, rechazó que el concepto desaparición forzada de personas pueda aplicarse retroactivamente, pues la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas es posterior a los hechos de la causa. Lo mismo concluyó sobre la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, en virtud de que la ley penal no puede aplicarse hacia atrás en el tiempo y la desaparición forzada no se cita entre los crímenes de guerra y lesa humanidad que la Convención explicita.

Impactos (Social, económico y ambiental)

La investigación da cuenta de la colisión jurídico internacional de comisión de crímenes de lesa humanidad (atípicos) en imposibilidad de los estados para seguir la pista y juzgar a los trasgresores de derechos humanos. La meta es razonar las secuelas que forma la ausencia de tipificación de los crímenes de lesa humanidad en Argentina y su aquiescencia en el Estatuto de Roma. Así es como se estudió el caso *Simón*, a la luz de los paradigmas positivos y postpositivos, terminó por establecer una regla contraria al principio de la soberanía de defensa del derecho interno, consecuencia de ello las normas o acuerdos (*internum*) deben estar armonizados con los pactos internacionales, sin que se constituya en una tercera vía (judicial), lo cual podría devenir en el respeto de normas supranacionales.

Ahora bien, en la actualidad es de gran calado la discusión si toda la legislación de la Corte IDH, mismamente como la de otros tribunales supra internacionales de centralización de convenios sobre derechos humanos, es obligatoria para las magistraturas y otras autoridades nacionales (ordenamiento jurídico interno) por disposición de la Constitución Nacional Argentina (Constitución política, art. 93, caso Colombia). La cuestión viaja en torno a la explicación del art. 75 inc. 22 CN, según la escritura que se le ha dado en la Carta Política de 1994. En lo que aquí atañe, esta norma instituye una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos formalmente detallados, entre los cuales se localiza la CADH, tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”. Esta novísima locución ha sido objeto de dos definiciones íntegramente desiguales. La inicial interpretación tesis de las reservas y a la subalterna tesis de la vigencia internacional. Únicamente esta ulterior estriba la exigencia de la jurisprudencia de la Corte IDH.

Como la tesis de las reservas, la cláusula “en las condiciones de su vigencia” significa que los tratados internacionales se juntan al derecho constitucional (interno) con las reservas y manifestaciones que tuviere el Congreso de la Nación al momento de aprobarlos.

Ahora bien, la tesis de la vigencia internacional explica que la frase “en las condiciones de su vigencia” significa que los instrumentos internacionales mencionados se incorporan al derecho constitucional argentino, tal como efectivamente rigen en el ámbito internacional y considerando en particular la jurisprudencia de los tribunales u órganos internacionales competentes para su interpretación y aplicación (Malarino, 2009). Según esta posición, cuando un órgano nacional aplica una tesis de la CADH debe basar su dilucidación en la jurisprudencia de la Corte IDH. Esto sería un contrato constitucional para seguir la soberanía de la Corte IDH. Esta creencia se perfecciona por la CSJN en el caso Simón.

Referencias

Aguiló Regla, Josep. (2007). “Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”. *Doxa*. N.º 30. pp. 665-675

Aguiló Regla, Josep., J. (2000). “Teoría General De Las Fuentes Del Derecho (y del orden Jurídico)”, Editorial Ariel, S.A. Barcelona.

- Alexy, R. (2009). "El Concepto Y La Validez Del Derecho". Editorial Gedisa. España.
- Alexy, Robert, (1993). *Teoría de los derechos fundamentales.*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp.503
- Bernales Rojas, G. (2007). La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos. *Revista Ius et Praxis*, 13 (1): 245 - 265, Recuperado 15 de octubre de 2020, de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100009
- Bunge, Mario. (1999). *Diccionario de filosofía*. México. Siglo XXI editores S. A., Traducción María Dolores González. Rodríguez.
- Bussalino, P. (2003). "Primacía De La Constitución Nacional Sobre Los Tratados". Editorial Astrea
- Clérico, L. (2012). S: "Sobre Casos y Ponderación. Los Modelos de Alexy y Moreso, ¿Más Similitudes que diferencias?", *Isonomía*, México, pp. 113 – 146.
- Guadagnoli, R. (2013). "Análisis Del Sistema De Control Constitucional Argentino", Argentina: Ministerio de justicia y Derechos humanos de la nación, 15 de noviembre. Id SAIJ: DACF130342 Recuperado [Http://Www.Saij.Gob.Ar/Doctrina/Dacf130342-Guadagnoli](http://Www.Saij.Gob.Ar/Doctrina/Dacf130342-Guadagnoli)
- Guastini, (2006) *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Turín: G. Giappichelli editore, pp. 239 y ss. Citado en, Aguiló Regla, Josep. (2007). "Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras". *Doxa*. N.º 30. p. 666.
- Malarino, E. (s.f.). La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Recuperado 27 noviembre, 2019, de <https://www.juragentium.org/topics/latina/es/malarino>.
- Medina, L. Diego. (2009). *Las fuentes del argumento. Reglas para la elaboración de citas y referencias en el ensayo jurídico*. Bogotá: Legis Editores S. A.
- Nino, C. (2003). "La Constitución De La Democracia Deliberativa". Barcelona. Ed. Gedisa,
- Rogers, Tamara (2015) Políticas de Justicia Transicional: los Juicios por la Verdad. El caso del Juicio por la Verdad en Mar del Plata. *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*, ISSN-e 1850-0722, N.º. 27, 2015. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=5035516>

Simón, Julio Héctor & otros (1976-1983). Privación Ilegítima De La Libertad, Etc. (Poblete) -Causa N° 17.768-. SENTENCIA 14 De junio De 2005 Corte Suprema De Justicia De La Nación. Capital Federal, Ciudad Autónoma De Buenos Aires. Magistrados: Voto: Boggiano, Maqueda, Zaffaroni, Highton De Nolasco, LORENZETTI, Argibay. Mayoría: Petracchi. Disidencia: Fayt. Id SAIJ: FA05000115.

Valle, M., - "La Corte Suprema Argentina Frente Al Legado De La Última Dictadura Militar: Reseña Del Fallo "Simón".

Victoria Ginzberg, V. (2006). "Se está empezando a hacer justicia", 31 de agosto de 1999. Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-71002-2006-08-05.html>

Vita, L. (2015). "La noción de principios jurídicos en la teoría del derecho de Hermann Heller.", En Isonomía. *Revista de teoría y filosofía del derecho*. Vol, N.º 43., octubre 2015, pp. 49-75.

Vita, L., (2013-2014). "Legitimidad y Poder Judicial en Argentina: un análisis de la acordada de 1930 a la luz del pensamiento jurídico de Weimar", *Revista Argentina de Ciencia Política*, N.º 16. website:https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-00122007000100009

Zaffaroni, E., (2007). "Hacia Un Realismo Jurídico Penal Marginal". Caracas: Monte Ávila Editores.

Convenios

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Asamblea ONU, 16-12-1948);

Declaración Universal de Derechos Humanos (IX Conferencia Internacional Americana Bogotá, 1948. Decreto Ley 9983/57)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969. Ley 23054)

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Asamblea general de la UN del 16-12-1966. Ley 23.313);

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (Asamblea general de la UN del 16-12-1966. Ley 23.313);

Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Asamblea general de la UN del 9-12-1948. Ley 6286/56);

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Asamblea general de la UN del 21-12-1965. Ley 17.722);

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Asamblea general de la UN del 18-12-1970. Ley 23.179);

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Asamblea general de la UN del 10-12-1984. Ley 23.338);

Convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea general de la UN del 20-12-1989. Ley 23.849).

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, Viena, 23 de mayo de 1969.

Estatutos

ONU. Asamblea General, Estatuto de roma de la Corte Penal Internacional. 17 Julio 1998. ISBN No. 92-9227-227-6, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/50acc1a12.html> [Accesado el 25 marzo 2020]

Constitución

Constitución de la Nación Argentina, 1994

Sentencia

Caso "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768- (Resuelto el 14/05/06), Argentina.

Leyes

Ley 23.521, 8 de junio de 1987 - Ley de Obediencia Debida

Ley 23.492, 24 de diciembre de 1986 - Ley de punto final

Ley 25.779 sancionada el 21 de agosto de 2003 - Ley fin de las leyes de perdón

Ley 27.362, 10 de mayo de 2007- delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra.

Códigos

Código Penal de la Nación Argentina ley 11.179

