



Carlos Eduardo Saraza Gómez
Jimmy Alberto Valarezo Román
(Compiladores)

Sesiones de Derechos Humanos en Latinoamérica

AREANDINA
Fundación Universitaria del Área Andina

Sarazá Gómez, Carlos Eduardo / compilador

Sesiones de derechos humanos en Latinoamérica -- / compiladores Carlos Eduardo Sarazá Gómez, Jimmy Alberto Valarezo Román – Bogotá : Fundación Universitaria del Área Andina , 2020.

ISBN: 978-958-5139-18-3

256 páginas : tablas , gráficos ; 27 cm.

Incluye índice

1. Derechos humanos - Aspectos antropológicos. – 2. Restitución de tierras. – 3. Cesión de derechos.

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

341.48 – scdd22

Sesiones de Derechos Humanos en Latinoamérica

Fundación Universitaria del Área Andina

Calle 70 No. 12-55, Bogotá, Colombia

Tel: +57 (1) 7424218 Ext. 1231

Correo electrónico:

publicaciones@areandina.edu.co

© Fundación Universitaria del Área Andina.

Bogotá, noviembre de 2020

© Carlos Eduardo Saraza Gómez, Jimmy Alberto Valarezo Román, Eduardo José Ramón Llugdar, Juan Marcelino González Garcete, Federico Ariel Vaschetto, María Alejandra Salazar Rojas, Gloria Amparo Rodríguez, Juan Carlos Caita Montero, Diana Sayira Arévalo Ávila, Magda Tatiana Roa Polanía, Margarita María Serna Alzate, Juan Alberto Castañeda Méndez, Ricardo Marcelo Tahhan.

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



ISBN (digital): 978-958-5139-18-3

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.

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	Darly Escorcia 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

9 

Presentación

Jimmy A. Valarezo Román

11 

Capítulo I. Interpretación y argumentación
en Derechos Humanos

Eduardo J. R. Llugdar

42 

Capítulo II. El acceso a la justicia:
retos y desafíos

Juan Marcelino González Garcete

63 

Capítulo III. Control de convencionalidad:
génesis, evolución, elementos
sustanciales y procesales

Carlos E. Saraza Gómez

87 

Capítulo IV. El control de convencionalidad
y sus dimensiones: algunas
reflexiones recalcadas

Federico A. Vaschetto

102 

Capítulo V. Estados de excepción en Colombia:
límites a los derechos civiles y políticos

María Alejandra Salazar Rojas



Capítulo VI. Paz y Derechos Humanos: un enfoque desde los derechos territoriales y la consulta previa a pueblos indígenas en Colombia

[Gloria Amparo Rodríguez](#)



Capítulo VII. Diagnóstico y panorama actual de la restitución de tierras en Colombia: avances, retos y desafíos

[Juan Carlos Caita Moreno](#)



Capítulo VIII. Los derechos de los pueblos originarios: una lucha por la autonomía, la autodeterminación y la identidad

[Diana Sayira Arévalo Ávila](#)



Capítulo IX. Los efectos de la violencia de género en las mujeres de América del Sur

[Magda Tatiana Roa Polanía](#)



Capítulo X. Estatuto de la oposición en Colombia y España: lenitivo democrático necesario

[Margarita Serna Alzate](#)

[Carlos E. Saraza Gómez](#)

Contenido

211



Capítulo XI. “Vamos a portarnos mal”:
el derecho a la protesta como deber público
frente al estado de emergencia

[Juan Alberto Castañeda Méndez](#)

226



Capítulo XII. Derechos Humanos de niñas, niños
y adolescentes en contexto de migración

[Ricardo Marcelo Tahhan](#)

Contenido

Presentación

Jimmy Alberto Valarezo Román

Presidente

Red Latinoamericana de Estudio e Investigación de
Derechos Humanos y Humanitarios, Capítulo Ecuador

Apreciado lector:

Esta obra es producto de la iniciativa de varios colegas de Latinoamérica, miembros de la Asociación de Participantes del Concurso Interamericano de Derechos Humanos; surge de la necesidad de fomentar espacios académicos que contribuyan a la educación en Derechos Humanos, que se presenta debido al confinamiento por la pandemia ocasionada por la COVID - 19. Ante ello, y con el claro compromiso y empoderamiento de emprender este proyecto, la Red Latinoamericana de Estudio e Investigación de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y su capítulo Ecuador, coadyuvaron en su realización.

La efectividad y ejercicio de los Derechos Humanos no pueden supeditarse a su mero reconocimiento en los diversos tratados, convenios o declaraciones de la especie; por el contrario, implican una verdadera esencia connatural a los seres humanos y de ello se desprende un esfuerzo real, no solo por parte de los Estados sino de la sociedad civil en general, para aunar acciones que conlleven a su difusión y conocimiento.

A partir de un rol participativo, este libro de memorias contiene las ponencias realizadas por profesionales del Derecho de distintos países del continente americano; así, se abordaron cerca de treinta ejes temáticos en materia de respeto, garantía y estándares internacionales de protección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en el marco del *Primer Ciclo de Conferencias Virtuales de Derechos Humanos*, organizado por la Red Latinoamericana de Estudio e Investigación de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, capítulo Ecuador y realizado durante abril y mayo del 2020.

De este modo, resulta imperioso dedicar este espacio para agradecer a todos los ponentes que de forma oral y escrita han contribuido en la conformación de este texto; además, a los entes que ofrecieron su aval académico: Fundación Universitaria del Área Andina: Seccional Pereira [Colombia]; Universidad Metropolitana del Ecuador: Sede Machala; Universidad Nacional de Santiago del Estero [Argentina]; Universidad Libre: Seccional Cúcuta [Colombia]; *Latin Iuris*; *Law Group* - Soluciones Jurídicas [Ecuador]; Colegio de Ciencias y Humanidades de Querétaro [México]; Confraternidad de Derechos Humanos [Ecuador]; Colegio de Abogados de El Oro [Ecuador]; Asociación de Participantes del Concurso Interamericano de Derecho Humanos [EUA]; Instituto Peruano de Ciencias Jurídicas *Veritas Jures Vox Dei* [Perú], Red de Investigadores Parlamentarios en Línea [México]; Instituto Iberoamericano de Investigación *Apex Iuris* [Perú].

En ese escenario y no menos importante, es preciso reconocer a quienes estuvieron detrás de toda la organización del evento, en especial, a los colegas y amigos: Eduardo J. R. Llugdar; Andrés Briceño Cháves; Carlos Saraza Gómez; Álvaro Rodríguez Montesinos; María José Franco Córdova; Katherine Usgame Peña y Alejandra Salazar Rojas, por su desinteresada labor y por contribuir a que se hiciera realidad tanto el ciclo de conferencias como esta compilación de memorias.

Finalmente, es engrandecedor contar con aliados, como: la Fundación Universitaria del Área Andina: Seccional Pereira, Colombia, por permitirnos materializar este texto y que se constituya como un aporte a la sociedad en todas sus dimensiones.

Esperamos sea de su agrado y provecho académico.

Capítulo I

Interpretación y argumentación en Derechos Humanos

Eduardo J. R. Llugdar¹

¹Abogado por la Universidad Católica de Santiago del Estero — UCSE (Argentina); CAS en Justicia Penal Juvenil, Interdisciplinaridad y Justicia Restaurativa (Universidad de Ginebra, Suiza); Magíster en Derecho Judicial y de la Magistratura, Universidad Austral de Buenos Aires (Argentina); Doctorando en Humanidades, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Tucumán (Argentina); Juez del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Santiago del Estero (Argentina) y Presidente [2012-2013]; Consejero, Consejo de la Magistratura de Santiago del Estero [2002-2004; 2006-2010] y Presidente [2012-2013]. Profesor capacitador en la Escuela del Poder Judicial de Santiago del Estero: José B. Gorostiaga; Profesor visitante en la Cátedra de Filosofía Jurídica y Profesor de Posgrados en Derechos Humanos y Humanitario de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad Católica de Santiago del Estero (Argentina); Profesor en posgrado en Justicia Juvenil, Universidad Nacional de Santiago del Estero (Argentina); Docente en posgrado, Programa en Derecho Parlamentario, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán; Profesor docente del Programa de Posgrado en Especialización en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y de la Maestría en Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la Universidad de Magdalena (Colombia); Profesor Docente en la Maestría de Contratación Estatal de la Universidad de la Sabana (Colombia); Profesor de posgrado en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Penal en la Universidad Técnica Estatal de Quevedo (Ecuador). Juez Evaluador en Concursos de DDHH en la Universidad Católica de Santiago del Estero; Academia de DDHH, WCL, American University de EEUU; Pontificia Universidad Católica del Perú; CIDH, Instituto Colombiano de DDHH y Universidad Antonio Nariño de Colombia; Integrante de la Comisión de Garantías del Instituto Internacional de Derechos Humanos, Sede para la Américas; Investigador y Publicista en el Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica Latín Iuris (Ecuador). Integrante del Comité Editorial Revista Asimetría del Instituto de Investigaciones para las Ciencias y Humanidades de Trujillo (Perú). Presidente de la Red Latinoamericana de Estudio e Investigación de Derechos Humanos y Humanitario y miembro de la Red Argentina de Estudio e Investigación de los Derechos Humanos y Humanitario. Integrante del Comité Editorial de la Revista Temas de Derecho Constitucional [editada por la Corte Constitucional de Colombia]; Co-Director de la Revista de Derechos Humanos y Humanitario de IJ Editores Jurídicos. Ha disertado en múltiples ocasiones en distintos países latinoamericanos y EEUU; ha publicado trabajos de distintos tipos vinculados a materias de derechos; además, ha dirigido publicaciones y libros en coautoría. CV en: <http://mm.jussantiago.gov.ar/cv.pdf>

Introducción

Antes de entrar a lo específico —es decir, a lo que es la materia de interpretación y argumentación— y dentro de ello, cuando se trata de materias jurídicas que involucran a derechos fundamentales y humanos se cree pertinente, en primer lugar, referir las características del Derecho como reglas del caso temático a abordar, a fin de determinarse el contexto más adecuado dentro de las limitaciones propias de este artículo para el desarrollo de los temas comprometidos.

Responder a lo que es el derecho es intentar definirle; ahora bien, ¿Cabe una única definición de lo que es el derecho? Si cupiera se concebiría el derecho como una cosa absolutamente independiente de las otras, de las cuales se podría abstraer o deslindar; pero, el sentido común nos muestra que el derecho implica siempre una relación entre seres —entre sí y estos con las cosas o con otros entes—, por lo tanto, este carácter relacional impide su consideración como algo absolutamente independiente. Además, la naturaleza metafísica del derecho le vincula a un ente con sus propias cualidades, las que le diferencian de los otros; de este modo, su concepto puede ser asociado a *lo que es*, entonces, “es” un ente con características propias de categorías del ser. Lo que nos lleva a determinar que para arribar su conceptualización es necesario primero aludir al ser.

El ser es el más general de los términos empleados por la humanidad al expresarse y comunicarse, aunque en muchos casos no representamos a ciencia cierta los alcances y contenidos de lo que estamos aplicando y utilizando en nuestro lenguaje al mencionarlo; por ello, Martín Heidegger (2014) refiere: “el concepto del “ser” es el más universal y vacío oponiendo resistencia a todo intento de definición, por ello, por ser un concepto universalísimo, por ende, indefinible, tampoco necesita ser definido” (p. 43). Agrega el filósofo alemán que, todo el mundo lo usa constantemente y comprende siempre lo que con él quiere expresar; incluso, aclara que el ser no es un ente, que todo el mundo comprende que el cielo “es” azul, que tal persona “es” o no “es” simpática, que la mujer “es” bella e inteligente, etc. Todo lo anterior nos lleva a concluir que, el ser está presente en todo conocer y que puede conducirse a un ente, entendido este último como todo aquello que tiene existencia real, imaginaria o ficticia.

El derecho siendo un ente con notas de universalidad presenta algunas características similares al ser, puesto que si se intenta definirle se hará de un modo incompleto y, muy probablemente, equívoco en cuanto a su íntegra dimensión; ya que, también es un concepto polémico y relativo en cuanto a lo que “es”, por lo tanto, debido a dichas características su conceptualización no es pacífica, *dándosele distintas consistencias y alcances dentro de las distintas posiciones o discursos jurídicos recetados por la teoría del derecho a lo largo de la historia.*

Al respecto, las dos grandes posiciones que se plantean son las tesis positivistas y las no positivistas, de las que se distinguen categorías o escuelas con matices propios e incluso, diferenciados; tales como: por un lado, encontramos en el positivismo a los modelos exegéticos, históricos, del derecho puro, el modelo tradicional contemporáneo, etc.; por el otro, entre los no positivistas hallamos a las tesis críticas, neo constitucionalistas, iusnaturalistas, entre otras.

A su vez, dentro de cada una de ellas se aprecian diferentes paradigmas que alimentan las particularidades de cada posición que pugnan por imponer sus contenidos, respondiendo de forma original y con sensibles diferencias a la idea conceptual sobre el derecho; prueba de ello es lo expresado por el notable jurista británico enrolado en el positivismo jurídico Herbert L. A. Hart (2012), quien dedicó una de sus obras más importantes a desentrañar el concepto del derecho en la década del 60 del siglo pasado. En su prólogo, alude que pretendía promover aspectos referidos al derecho, a la coerción y a la moral en cuanto a fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados; por lo que considera que desarrolla una investigación sociológica descriptiva. Más adelante, ya en el desarrollo de su tesis, señala que el concepto del derecho es una de las perplejidades más importantes de la teoría del derecho, ya que es una de las preguntas pertinentes a la sociedad humana de inusitada persistencia, respuesta por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas y aun paradójicas.

Otro insigne exponente de la teoría del derecho —pero posicionado en las tesis no positivistas— es Ronald M. Dworkin (1998), quien coincide con Hart respecto al desacuerdo entre el concepto del derecho y sus contenidos; para el célebre jurista norteamericano ese desacuerdo conceptual es una de las principales causas por la que los jueces resuelven de diferentes modos lo que les es sometido a decisión, así, en razón de sus creencias sobre lo que es el derecho se origina la disparidad de decisiones. Entonces, considerando dicho motivo, es importante saber qué tipo de desacuerdo se tiene, ya que ello tendrá incidencia en las cuestiones de hecho y de

derecho entrelazadas con la moralidad y la finalidad política (Heidegger, M., 2014). Para Dworkin (2014), el derecho está efectivamente integrado con la moralidad; a diferencia de los postulados mayoritarios del positivismo, porque abogados y jueces trabajan como filósofos políticos de un Estado democrático (Heidegger, M., 2014).

Las distintas posiciones señaladas confirman que, en el derecho todos los operadores se manejan dentro de un entorno conceptual polémico, dada la no existencia de verdades dogmáticas; por esto se está en condiciones de afirmar que, es imposible que el jurista no procure asumir una cierta concepción del derecho, o dicho en otras palabras, una cierta teoría jurídica dentro de las opciones básicas existentes —tales como: el positivismo, el no positivismo constructivo o kantiano, el no positivismo realista o aristotélico, y las teorías críticas o posmodernas—, siendo lo verdaderamente importante que al enunciar el derecho lo haga con coherencia y previsibilidad.

Sumado a ello, es de tener presente la visión de Carlos Cossio (2002) [una de las brillantes mentes argentinas de la teoría de derecho], quién —pese a la dificultad que implica— se arriesgó a esbozar una definición del derecho desde su concepción vinculada a la fenomenología², entendiéndolo como: “la conducta humana en su interferencia intersubjetiva”; puesto que, el derecho es “cultura” a causa de sus valoraciones típicas de justicia, solidaridad, cooperación, paz, poder, seguridad y orden. Con lo anterior, Cossio C. (2002) deja en claro que no es matemática ni física y que, a pesar de estar en la experiencia, está en el orbe de los objetos culturales.

En efecto, el derecho es un producto cultural que emerge de la razón humana; pero, a la vez, —y luego de las trágicas consecuencias de las guerras mundiales originadas en Europa en el siglo XX— no cabe duda que el criterio unificador debe trascender hacia la defensa y promoción de la dignidad humana dentro de los actuales esquemas del Estado de Derecho Constitucional [EDC] que hoy transitan las naciones en su inmensa mayoría, superando las contradicciones del Estado de Derecho Legal [EDL] antes imperante. Sin embargo, a pesar de que es indudable que el EDC supone un enorme progreso frente al EDL —como cualquier obra humana (cultural)—, este está expuesto a excesos y errores; por lo que, corresponde al teórico del derecho estar siempre muy atento a las nuevas realidades para evaluarlas racionalmente desde el criterio fundamental —que no es otro que el del hombre, mujer y de todes [todxs]— sobre de la dignidad humana.

.....
2 Escuela filosófica que, mediante el análisis de los fenómenos observables, da una explicación del ser y de la conciencia.

Allí radica la excepcional importancia que tienen las hermenéuticas interpretativas y las justificaciones argumentativas a la hora de establecerse los conceptos de validez de las normativas que han de regir a las distintas comunidades, quedando así fijadas las reglas de los temas a desarrollar en las páginas subsiguientes de este trabajo.

La verificación de las hermenéuticas interpretativas y las justificaciones argumentativas sobre Derechos Humanos. Del paso del EDL al EDC

El espíritu que inspiró a Eleanor Roosevelt³ se concretó en el Derecho Internacional cuando los Estados Miembros de las Naciones Unidas acordaron adoptar —al poco de concluir la Segunda Guerra Mundial— la primera Carta de Protección de los Derechos Humanos individuales; esto, como sujetos de derecho frente al poder estatal y basados en el *principio pro homine*, lo que se fue reforzando con otros instrumentos, tratados y pactos posteriores tanto internacionales como regionales o continentales de DDHH. Estos instrumentos obligaron y obligan a los Estados signatarios a dejar de lado en sus sistemas jurídicos internos el Estado de Derecho Legal, basado en el imperante concepto de derecho establecido por la Escuela del Dogmatismo y el Positivismo Jurídico —con Hans Kelsen como principal referente—, como única fuente de su contenido; así pues, se incorpora el Estado de Derecho Constitucional, inspirado en el neoconstitucionalismo, con Karl Loewenstein como precursor, una consecuencia de los compromisos internacionales contraídos. Sobre esto nos dice el reconocido iusfilósofo argentino Luis R. Vigo (2010):

[...] el Estado de Derecho Legal fue generado en la revolución francesa, pero desde ahí logra proyectarse al resto de Europa continental y también exportarse para las tierras latinoamericanas. Se trata de un modelo exitoso que impera casi pacíficamente desde comienzos del XIX hasta la segunda guerra mundial, pero que comienza su crisis y pérdida del predominio -especialmente en la práctica jurídica- después de los tribunales de Núremberg. [...] Ese desmoronamiento en la segunda mitad del siglo XX se observa básicamente en el derecho que transita por los tribunales o bufetes de abogados, pero que sin embargo no

.....
3 Viuda del presidente norteamericano Franklin D. Roosevelt, defensora de Derechos Humanos por derecho propio y delegada de Estados Unidos ante la ONU, quien en 1948 presidió la novel Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; desde ese espacio, propuso la redacción de lo que a la postre sería la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

termina de afectar significativamente los ámbitos académicos o universitarios dedicados a formar abogados o licenciados en derecho. Efectivamente, pocos cambios se advierten en la formación del grado en nuestras facultades de derecho las que siguen casi inalterablemente repitiendo los esquemas trazados por aquellas decimonónicas universidades francesas de inspiración napoleónica que fueron funcionales al Estado que se había creado bajo los influjos de la filosofía iluminista y liberal de los siglos XVII y XVIII. (p 1165)

En tanto que el EDC surge palmario con la Ley Fundamental de Bonn de 1949, así nos especifica Vigo, R (2010):

[...] cuando precisamente habla diferenciadamente del derecho y de la ley, por ende, rompe así la decimonónica sinonimia y abre el significativo problema de la posible armonía o discordancia entre esas dos realidades. Precisamente la condena jurídica en Núremberg se justificó en razón que los jefes nazis habían cumplido la ley pero violado el derecho⁴, y de ese modo al que hace la ley o la cumple se le está exigiendo que confronte su contenido con el derecho dado que en caso de contradicción prevalecerá éste. Un ejemplo de esta tesis puede ser el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en la causa “Priebke” cuando la mayoría decide ampliar los tipos penales con base en el *ius cogens*, o sea un derecho de valor racional intrínseco pero que no estaba escrito ni publicado. (p 1167)

De este modo, no se concibe un Estado que no sólo respete sino, que además garantice y proteja los Derechos Humanos en un marco de un Estado, en el que la finalidad del derecho sea solo el cumplimiento del derecho positivo o normativo, sin consideraciones a principios y valores contenidos en la Constitución y en el *Corpus Iure* Internacional de los Derechos Humanos; por ello, todos los esfuerzos interpretativos y argumentativos —especialmente, de sus jueces; pero, en general, de todos sus operadores jurídicos— deben estar dirigidos a satisfacer dichos estándares.

.....
4 Con base en la llamada Fórmula de Radbruch, concebida por el iusfilósofo alemán Gustav Radbruch, inspirada en la Escuela iusnaturalista.

Desarrollo Teórico

Interpretación y argumentación: Distintos enfoques y el enfoque jurídico

El primer interrogante a considerar en este punto buscar definir si estos conceptos están relacionados más allá de las significaciones diferentes que en los lenguajes corrientes puedan darse. En relación a ello, sobre lo que emana de las relaciones sociales podemos profundizar en la noción de interpretación; la RAE la define como la acción y efecto de interpretar (Real Academia Española, s.f., definición 3) y, a su vez, encontramos que en la primera acepción alude a: explicar o declarar el sentido de algo —principalmente el de un texto—. En otras palabras, es un concepto vinculado con la hermenéutica y corresponde a la determinación del sentido y alcance de un enunciado, un ente, un hecho, una situación; es decir, infiere a cualquier acción basada en reconstruir la realidad material a la que se refiere una representación de la realidad. En palabras de Gadamer, H. (1998):

La comprensión y la interpretación [...] no aparecen sólo en manifestaciones vitales fijadas por escrito, sino que afectan a la relación general de los seres humanos entre sí y con el mundo [...] La capacidad de comprensión es así facultad fundamental de la persona que caracteriza su convivencia con los demás y actúa especialmente por la vía del lenguaje y del diálogo. (p. 319)

Al respecto, Riccardo Guastini (2018) opina que, se trata de un vocablo multiuso que contempla una magnitud de lo diverso y heterogéneo pues se puede interpretar textos de todo tipo; también, sueños, actos, eventos, normas y hechos e incluso, las costumbres. Distingue el autor italiano que, la interpretación trasunta dos fases: la primera, de actividad constituida por un proceso mental; en tanto que la segunda, resultado de dicha actividad es más bien un discurso. Así mismo, es muy claro en señalar que estrictamente una cosa es interpretar y otra distinta es argumentar; ya que esta última no es propiamente parte de la interpretación sino, más bien, el conjunto de razones como fundamento de la interpretación al que se le denomina: argumento interpretativo.

Argumentar, entonces, conceptualmente representa a todas las acciones que ofrecen un conjunto de razones o pruebas en apoyo de una conclusión arribada por la acción interpretativa. Como indica Anthony Weston (2005), el argumento no es sólo la afirmación de ciertas opiniones ni se trata de una disputa; sino que, los argumentos son intentos de apoyar ciertas opiniones con razones.

Ambas, la interpretación y la argumentación son acciones de la cultura humana y más allá de ciertos desacuerdos en la doctrina autorizada integran el campo de cognitivismo porque importan procesos de la mente relacionados con el conocimiento, un campo al que podríamos llamarle: epistemológico. Adicionalmente, no son términos sinónimos ni partes componentes entre sí tal como refiere Guastini, R. (2018); pero, sí existe una indudable interacción de complementariedad entre ambas.

Ahora, ¿qué acontece desde el enfoque, específicamente, jurídico? Ciertamente, los conceptos de la interpretación y la argumentación jurídicas se cimientan en las bases de las concepciones generales de la terminología corriente; empero, tienen aspectos particulares vinculados a la actividad propia de las funciones legisferantes y jurisdiccionales.

En este orden de ideas, la interpretación jurídica es la actividad consistente en explicar o declarar el sentido, principalmente del texto normativo y/o de los hechos que lo involucran. Así, es realizada primordialmente por los jueces que otorgan el sentido final; aunque, también la realizan otros operadores del sistema jurídico. Esta utiliza las pautas lógicas pues es fruto del razonamiento y cuando se trata de normas apela a elementos semióticos o gramaticales para extraer, con base en el conocimiento previo, la comprensión del alcance que las mismas tienen; esto con el fin de aplicar dichas normas a los hechos para los que regirán y están determinadas. Por ello, a la acción de la interpretación jurídica se la asocia a la subsunción.

Muy aptas en el escenario del EDL, en el que el derecho se encontraba reducido sólo a las reglas constituidas por un silogismo jurídico, en el cual la subsunción entre la premisa normativa y la fáctica aseguraba la conclusión normativa como producto de la decisión. Ya en el EDC —y con la aceptación que el derecho no sólo está conformado por reglas sino, también por principios, especialmente contenidos en los enunciados constitucionales y de instrumentos internacionales de DDHH— la sola subsunción se tornó inadecuada para establecer la conformación de las reglas infra constitucionales a los principios constitucionales, siendo necesario incorporar la argumentación jurídica para justificar la adecuación aludida. En la exigencia de la interpretación constitucional, apta para la protección de la dignidad humana, la escancia y el sentido de los Derechos Humanos —en el que pueden suscitarse situaciones más complejas como acontece con la colisión de principios constitucionales de igual jerarquía— han llevado a muchos autores a sostener que las reglas se interpretan y los principios se argumentan.

La perspectiva interpretativa y argumentativa desde los DDHH

Ya entrando en lo concreto del tema a desarrollar, corresponde desentrañar la clave de bóveda sobre lo que se asienta todo el razonamiento jurídico en Derechos Humanos; es decir, lo que desde nuestro punto de vista no es otra cosa que la dignidad humana, para la que el punto de partida no puede ser otro que el *principio pro homine* o *pro personae*. Al respecto, Zlata Drnas de Clément (2015) sostiene que:

Desde hace tiempo hemos venido observando la evolución del principio *pro homine* (PPH) en la jurisprudencia y la doctrina. Nos ha llamado la atención la amplia gama de facetas que presenta a la hora de su aplicación, como también la falta de estructura jurídica del instituto como tal. (p. 98)

Y específica en una nota al pie, además:

Hablamos de “instituto” en tanto el principio *pro homine* conforma una idea entendible como conjunto, como complejo con entidad lógico-jurídica propia, que le permite dirigir en abstracto la línea jurídica -plena de valores- a aplicar en casos concretos y, viceversa, desde la situación fáctica ascender a lo general, al instituto jurídico. (p. 98)

Para retomar diciendo:

[...] Consideramos el “ambiente” socio-jurídico en el que se ha generado y desarrollado el PPH; las variadas percepciones conceptuales de él que van desde la idea de simple herramienta interpretativa a la de regla general del derecho de los Derechos Humanos del más alto nivel jerárquico en el sistema. Observamos sus notas características, el rol que cumple el PPH en el sistema de protección de los Derechos Humanos y los desafíos de futuro con los que se enfrenta. (De Clément, Z. D., 2015, p. 98)

A saber, para la filosofía griega los principios son el punto desde el cual una cosa empieza a ser cognoscible (Aristóteles, M., & Calvo, T., 1994). El Derecho Internacional y Regional de los Derechos Humanos está compuesto de principios universalmente aceptados que —desde un plano ético y moral— informan los derechos que cada ser humano tiene por su condición de tal. El principio primordial para la hermenéutica en DDHH es el principio *pro homine* o *pro personae*, que puede mirarse desde dos perspectivas en

orden a los derechos fundamentales. La primera, como un método hermenéutico que impone al operador —en las tomas de decisiones y ante la variedad de opciones—inclinarse por aquello que sea más favorable ante los derechos de la persona individual o física, frente al ejercicio de la potestad estatal que bajo su jurisdicción se encuentre; y para que en el caso que deba excepcionalmente restringirlos —de conformidad a las situaciones autorizada por un tratado, pacto, constitución o ley— lo haga de manera tal que no se altere su esencia y sustancia, siempre buscando que la afectación sea lo mínima posible en el ejercicio regular del derecho en cuestión. La segunda, desde otra perspectiva, apunta a que el principio comentado, sea entendido de tal modo que armonice el interés individual con el interés general, preservando la efectividad del derecho garantizado a los sujetos comprendidos (Llugdar, E. J., 2016).

Pautas a tener en cuenta: El deber de adecuación a las normas internacionales de DDHH

La regla básica del Derecho Internacional Público y, en especial, de los DDHH es el deber de adecuación de las acciones y prácticas estatales a la normativa y estándares establecidos en los tratados, pactos y otros instrumentos de los el Estado es parte; la adecuación, también, a las interpretaciones auténticas, que en sede internacional realizan los órganos especialmente facultados por los mismos instrumentos. Aquí, resulta pertinente distinguir el efecto vinculante que esa normativa o estándar fijado por los órganos aludidos tienen, los que se pueden calificar en *hard law* o *soft law* (Llugdar, E. J., 2016).

A saber, se conoce con el nombre de *soft law* en el Derecho Internacional Público a aquellos instrumentos, interpretaciones, decisiones o recomendaciones que dictan órganos con competencia para hacerlo, órganos que no son vinculantes en cuanto a la obligatoriedad de su cumplimiento; pero, que no por ello son carentes de efectos jurídicos o de cierta relevancia jurídica. En tanto a los llamados *hard law*, por el contrario, son de cumplimiento obligatorio y su inobservancia por parte de un Estado puede ser exigida por la comunidad internacional o regional en su caso, mediante la vía de solución de conflictos —pudiendo derivar en la declaración de responsabilidad internacional de éstos, como se dijo, en caso de inobservancia—. En la actualidad, no se discute el carácter de fuente internacional del derecho de los *soft law*, pese a sus particularidades; y, en muchos casos, los estándares por ellos fijados se convierten en *hard law*, cuando son tomados o incorporados en los instrumentos, resoluciones o sentencias de los órganos con facultades para emitir estos últimos.

Los enunciados que surgen de los *soft law* tienen mucha importancia en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ello vinculado a la naturaleza del tipo peculiar del derecho internacional que compone. Ejemplos de esto son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Declaración Americana de los Derechos del Hombre de la OEA, las que en un principio fueron discutidas por su carácter vinculante pues al tratarse de una declaración y no de un tratado son encuadradas, por lo tanto, en el concepto de *soft law*; aunque, posteriormente la CoIDH en su *Opinión Consultiva N° 10* estableció respecto a la segunda que, a pesar de tratarse de una declaración y no de un tratado sus enunciados son obligatorios para los Estados miembros de la OEA y, por ende, tiene efectos jurídicos —es decir, constituye un *hard law*, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos [SIDH]—.

Hechas estas aclaraciones cabe señalar que, los artículos 1.1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen que cada uno de los Estados Partes en el Pacto se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en él sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social; y, además, que cada Estado parte se compromete también “[...] a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos [...]” (Resolución 2200 A (XXI), 1966, part. II; art. 2.2) por el instrumento y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

A su vez, el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH] impone a los Estados Parte:

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. (Pacto de San José, 1969, part. I; art. 2)

Cuando refiere a “medidas de otro carácter” incluye a las decisiones judiciales de los tribunales domésticos de los países que han suscripto y/o adherido y han

ratificado depositando el instrumento respectivo al Pacto de San José de Costa Rica. Allí, la obligación de estos de emplear hermenéuticas de interpretación y argumentación en Derechos Humanos que la Corte IDH —como órgano auténtico y final en sede internacional— ha fijado, siempre relacionadas a los estándares respecto a la doctrina que se elabora para darle alcance y contenido a las normas de los tratados interamericanos de DDHH. Esto se ha consagrado con la doctrina del control de convencionalidad a partir del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* del año 2006, que se definió como aquél consistente en la verificación entre las normas jurídicas internas que se aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; doctrina que fundamenta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando sentenció:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero 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 esa 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 del Caso *Almonacid Arellano et al. vs. Chile*, 2006, párr. 124).

Vemos, entonces, la obligación por criterios vinculantes de los Estados Parte de una interpretación y argumentación constitucional y convencional sobre cuestiones atinentes a derechos fundamentales y Derechos Humanos; y tal como dijimos: el derecho es polémico y complejo, los sistemas nacionales diseñan un órgano que tendrá la “última palabra” sobre el alcance y efectos de las garantías contempladas por las constituciones políticas como derechos fundamentales en el ámbito doméstico, las Cortes y Tribunales supremos o Tribunales Constitucionales en los ámbitos domésticos —lo que en Latinoamérica y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos [SIDH] es la Corte IDH—.

Respecto a ello, Charles Evans Hughes (1862-1948), quien fue *Chief Justice* de la Suprema Corte de los EEUU, acuñó la famosa frase: “We live under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is”, que traduce: “Vivimos bajo una Constitución; pero, la Constitución es lo que los jueces dicen que es”. Aquella expresión manifestaba que, en un Estado es la Constitución la que señala al órgano pues es su intérprete auténtico, el que cierra todos los desacuerdos respecto al derecho. Algunos años más tarde, otro *Justice* de la Suprema Corte Norteamericana —que con anterioridad fue Fiscal General de los Tribunales de Núremberg— expresó, a su vez, sobre la Corte que integraba en una disidencia en sentencia: “We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final” (Sentencia *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 1953); lo que se traduce a nuestro idioma como: “No somos definitivos porque somos infalibles, pero somos infalibles sólo porque somos finales”, esta afirmación se plasmó en una causa de *Hábeas Corpus* con el objeto de señalar que los jueces por el sólo hecho de serlo no escapan a la falibilidad de la naturaleza humana y, aunque alguien tiene que poner fin a la discusión debe tenerse en cuenta que dicho final no garantiza en un 100% la realización de la justicia —a pesar de estar basado en un principio de autoridad—.

El lector se preguntará a qué viene lo citado respecto al tema en abordaje; pues bien, que al realizarse la interpretación y argumentación en derechos humanos se debe tener presente que ni las más altas cortes domésticas ni los tribunales internacionales de DDHH escapan a esa realidad, por lo que se debe enfatizar en el cuidado que se debe al realizarse la acción hermenéutica para cerrar una discusión y para fijar la doctrina y los estándares que deben seguir las instancias inferiores u obligadas a aplicar pues, lo que está en juego no es ni nada más ni nada menos que la dignidad humana.

La doctrina del control de convencionalidad de la Corte IDH se apoya, además, —de las ya aludidas normas de adecuación de la CADH y de su capítulo VIII— en lo establecido por el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [CVDT], aprobado en 1969 por la ONU; dicha convención establece la regla latina *Pacta sunt servanda* al expresar que, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe y, también, que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, part. III; art. 27).

En su doctrina, la Corte IDH señala que se debe acudir a las pautas del mencionado Tratado de Viena que determina en sus artículos 31 y 32 las reglas de interpretación

aplicables para los tratados internacionales en general, y no sólo de DDHH, matizadas por las reglas propias interpretativas contenidas en los tratados y pactos internacionales específicos de protección de la dignidad humana. En efecto, el Tratado de Viena, señala como reglas interpretativas la buena fe conforme al sentido corriente, que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin; lo que se conoce como principio de efecto útil del tratado, es decir, aquél que reclama que los Estados Partes le den efectividad a letra comprometida al obligarse, aplicando de modo concreto sus postulados.

Además, agrega que para alcanzarse aquellos efectos es necesario apelar al contexto, que comprenderá: además del texto —incluidos su preámbulo y anexos del tratado—, todo acuerdo que se refiera al mismo y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de su celebración —incluyendo todo instrumento formulado por una o más partes durante las tratativas y que fueran aceptados por las demás como instrumentos referentes al tratado en cuestión—. Para ello, se podrán acudir a medios de interpretación complementarios —en particular, a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración— para confirmar el sentido resultante de su aplicación o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad a lo normado deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

No obstante, debe señalarse que los tratados internacionales de DDHH si bien se apoyan en pautas generales de los tratados internacionales tradicionales, tienen características propias que han sido bien señaladas por los tribunales de DDHH; como: la Corte Interamericana, que ha enfatizado que los tratados modernos sobre Derechos Humanos —en general— y la Convención Americana —en particular— no son tratados multilaterales de tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes pues, su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos —independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes—. Al aprobar estos tratados sobre Derechos Humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones —no en relación con otros Estados sino, hacia los individuos bajo su jurisdicción—, siguiendo lineamientos trazados por la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos⁵.

.....
5 (Opinión Consultiva Oc-2/82, 1982, arts. 74 – 75).

Por su parte, la CADH contempla en su artículo 29 las normas de interpretación del tratado, disponiendo sus reglas en cuatro incisos en los que se establecen las pautas mínimas a tener en cuenta para extraer el efecto útil de la principal herramienta de protección de la dignidad humana en el SIDH. En los cuatro incisos que le componen se consideran criterios relacionados con las respuestas esperadas de un Estado y sociedad democráticos conforme el modelo convencional, sumado a la estricta observancia del *principio pro homine* al indicar que ninguna disposición del Pacto de San José de Costa Rica puede interpretarse en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Este enunciado tiene directa vinculación con lo establecido en el artículo 30 del mismo ordenamiento normativo internacional que dispone que las restricciones permitidas —de acuerdo con la CADH, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma— no pueden ser aplicadas sino, conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas; lo que se complementa con el artículo 32.2 que señala que, los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.

Pero, ese poder de demarcación sobre los derechos otorgado a los Estados Parte tampoco es ilimitado; empero, más allá de su trascendencia, los derechos fundamentales y DDHH no son absolutos. Nos referimos a ello para dar visibilidad a lo que hemos de llamar: la teoría de los límites de los límites, en materia de restricciones a Derechos Humanos y fundamentales. Dado que las distintas constituciones políticas de los Estados contienen cláusulas de similar contenido a las de los instrumentos internacionales y regionales, se permite que dichos Estados puedan restringir o limitar derechos en pos de la consecución de sus fines legítimos; pero, dicha potestad, facultad o actividad no es ilimitada y está sujeta a ciertas reglas formales y de fondo que están sustentadas en el principio de proporcionalidad y razonabilidad. La ecuación lineal de la teoría de los límites de los límites en esta materia puede ser graficada del siguiente modo:

ILUSTRACIÓN 1

Ecuación de la teoría de los límites de los límites.

<p>Límites a los Derechos (Restricciones) —→ Límites al Poder de Restringir</p> <hr style="border: 0.5px solid black;"/> <p style="text-align: center;">Proporcionalidad - Razonabilidad</p> <p style="text-align: right;">= Limitación Legítima</p>
--

Nota: Limitación de los derechos.

Se aprecia, entonces, que la clave de bóveda en este juego de restricciones y limitaciones pasa por el tamiz del principio de proporcionalidad para alcanzar la razonabilidad de la medida que la esfera estatal considera necesaria adoptar, basada en la restricción de derechos; por lo que, el test de evaluación asentado en este principio no es materia sólo de los esferas tribunalicias en la órbita judicial sino, que debe ser observada también por los otros componentes de los esquemas republicanos de una sociedad democrática —como lo son: los poderes ejecutivos y legislativos, cuando de ellos emanan las decisiones o mandatos limitadores del ejercicio de los derechos; ya que, ello es una exigencia constitucional y convencional—.

Aquí, juega fuerte la ponderación de principios protectorios de derechos fundamentales —muy difundida en los tribunales del mundo anglosajón como en el continental— que los tribunales internacionales de Derechos Humanos han adaptado como metodología principal en sus test de convencionalidad; esta metodología parte de que los sistemas jurídicos no están compuestos solamente de normas —expresadas como reglas— sino, también de principios. Así, como se viene señalando, la simple subsunción se muestra insuficiente a la hora de determinar el cumplimiento de estándares obligatorios asumidos como Estados Parte de un instrumento internacional de protección de DDHH.

El principal precursor de dicho método ponderativo es el jurista alemán Robert Alex (2003), quien comentando decisiones del Tribunal Constitucional Alemán ha desarrollado su fórmula del peso, basada en composición de la triada de elementos del principio de proporcionalidad: a) idoneidad y adecuación; b) necesidad; y c) proporcionalidad en sentido estricto. Si bien este modelo alexiano no es el único método ponderativo que se emplea, al menos, es al que más apelan los tribunales internacionales, como: la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Retomando, la segunda regla establecida por el artículo 29 de la CADH alude a que no es posible interpretar la Convención en el sentido de restringir más allá de los límites autorizados el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. Aquí, la regla vincula a la sistematización y articulación de los distintos sistemas de protección de DDHH, posibilitando que se pueda acudir a disposiciones de otros instrumentos en la materia como fuente de interpretación, cuando su estándar es igual o mayor a la

propia Convención Americana; y, en especial, cuando el Estado —parte de la misma— también corresponde a esos otros tratados o, incluso, cuando sus disposiciones internas tienen estándares de protección de igual o mayor nivel que el que surge del Pacto de San José de Costa Rica; esto se explicita en la Opinión Consultiva Oc-1/82 del 24 de Setiembre de 1982 (Opinión Consultiva Oc-2/82, 1982, art. 64).

Entrando a la tercera regla del artículo comentado, se nos dice que tampoco las disposiciones de la CADH pueden ser interpretadas para excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; esto es así, aunque no esté expresamente contemplado en el texto convencional. Aquí, se alude a las llamadas garantías implícitas como todas aquellas no establecidas en el texto normativo, pero que derivan del concepto de la dignidad humana.

En cuarto lugar, la regla interpretativa contemplada por el artículo 29 en conexión con la regla anterior va dirigida a que no es permitido interpretar la CADH para excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza; esto en aras de facilitar la articulación y sistematización de un verdadero *codex iure* internacional de Derechos Humanos.

Hermenéuticas interpretativas en el SIDH

Según el diccionario español jurídico publicado por la Real Academia Española de la Lengua y el Concejo General del Poder Judicial Español, la hermenéutica jurídica se concibe como una ciencia de la interpretación jurídica que toma en cuenta tanto las particularidades de la ciencia del derecho como la manipulación de principios, reglas y definiciones jurídicas, en relación a la sistemática y dogmática del derecho (RAE, s.f., definición 2); en otras palabras, se refiere a los métodos apropiados para una eficaz interpretación judicial. Muchas veces, se confunde la hermenéutica jurídica con la interpretación jurídica; pero, en realidad, la primera se refiere a los métodos o procedimientos apropiados para lograr la interpretación más apropiada para desentrañar el sentido o alcance del elemento normativo y de los hechos que componen el caso judicial. Esta hermenéutica está constituida por las distintas herramientas interpretativas —como: la exegética, literal, subjetiva, objetiva, histórica, analógica, sistemática, conforme, evolutiva etc. —, basadas en la teoría desarrollada por Hans-Georg Gadamer (1998).

Como lo ha sostenido el reconocido constitucionalista argentino Segundo V. Linares Quintana (1998), cuando se interpreta la Constitución —lo que es extensible a tratados de Derechos Humanos— no se puede imponer al intérprete el empleo exclusivo y absoluto de un método determinado, a la manera de fórmulas matemáticas; por ello, el juez constitucional debe tener la plena libertad de escoger y utilizar en la interpretación de las normas de dicho rango los diversos procedimientos que la buena técnica constitucional prevé para desentrañar el correcto y verdadero sentido de la norma constitucional o convencional, extraídos de los distintos métodos y procedimientos de la hermenéutica jurídica. Esto debido a que las normas constitucionales y convencionales —por estar, básicamente, constituidas por expresión de principios y valores— no pueden ser objeto de subsunción mediante el silogismo formal del modo tal como fuera sostenido por los precursores del dogmatismo científico.

Dicho dogmatismo, sustentado en *el Espíritu de las leyes* de Montesquieu, considera al juez como la boca que pronuncia las palabras de la ley —como si fuere su única función—, asimilándolo a un autómatas mecánico. Por el contrario, el juez de un verdadero Estado de Derecho Constitucional —en su tarea de control de constitucionalidad y de control de convencionalidad en sede doméstica— debe realizar una tarea interpretativa con justificación argumentativa activa; puesto que, en muchos casos, la enunciación semántica o nominal del texto puede llevar a resultados disvaliosos, imponiéndose una tarea ponderativa, consistente en sopesar la importancia de los principios constitucionales o convencionales que debe desentrañar su sentido y alcance siendo un elemento vital a ponderar la realidad concreta y el contexto social en el que la decisión derivada de su actividad interpretativa producirá los efectos.

Los motivos que justifican la postura mencionada del intérprete radican en que la Constitución y los tratados internacionales de DDHH no sólo se componen de reglas formales y procedimentales sino, de los principios y valores que la informan; estos se conforman de fuertes contenidos éticos, morales y sociológicos. Por lo tanto, la decisión interpretativa al respecto más que legal debe ser legítima; es decir, dentro del marco de legalidad pero, con eficacia real y ética en relación al contexto específico en el que la misma se ejecutará.

A este respecto, cabe recordar lo enunciado por Karl Loewenstein (1964) sobre la justicia —considerado como el padre del constitucionalismo moderno—, señala que la experiencia histórica ha demostrado que las constituciones a las que se les da un sentido nominal y semántico son prácticamente nulas en eficacia real pues, aunque

el texto legal esté perfectamente arbitrado y regulado puede resultar no sólo políticamente sarcástico sino científicamente peligroso por la clara y sencilla razón de que la Constitución no es sino la expresión jurídica de un sistema de valores a los que se pretende dar un contenido histórico y político y, por ende, su interpretación de Justicia Constitucional debe realizarse y entenderse desde esta perspectiva.

En igual sentido, y con mayor profundidad, el reconocido maestro italiano del procedimiento constitucional Mauro Cappelletti (1973) considera que, cuando la interpretación de la Constitución —lejos de actualizar un sistema de valores— se convierte en mero instrumento de falsificación de la realidad política; entonces, deja sin justificación posible a la defensa dentro de ella y de ningún sistema de justicia constitucional. Defender la pura semántica constitucional, terminaría siendo, entonces, la más vituperable traición a los valores del constitucionalismo auténtico, a nivel político; y a nivel científico, la negación más rotunda de las funciones primordiales que en la jurisdicción constitucional está llamada a desempeñar. Por ello, si jurídicamente el control de constitucionalidad sólo se percibe desde la definición previa de la Constitución como ley suprema, política y científicamente sólo es lícito sostener la existencia de una Justicia constitucional cuando la Constitución se entiende como realidad normativa y no como una mera configuración nominal y semántica; proceder de otro modo supondría condenar a la teoría constitucional y a la labor de los constitucionalistas al más menesteroso y errante de los quehaceres.

En efecto, existe una evidente correspondencia y afinidad entre la interpretación constitucional y la convencional —estas últimas referidas a sistemas internacionales de protección de la dignidad humana—, ya que los derechos fundamentales contenidos en la parte dogmática de la constitución son Derechos Humanos contemplados expresamente como garantías reconocidas a los nacionales y no nacionales bajo la jurisdicción que esta rige; en tanto que, los Derechos Humanos son aquellos que comprenden a estos y los derechos implícitos que nacen de condición humana de los sujetos que se protegen, la dignidad humana, y los principios propios de sociedades democráticas y republicanas —especialmente, contemplados en instrumento del derecho internacional de los Derechos Humanos, la costumbre internacional y el derecho de gentes—.

Pero, ello no es más que una distinción conceptual pues ambos son de la misma esencia y se armonizan y complementan; por esto, las hermenéuticas interpretativas y argumentativas son similares y deben ser analizados como un conjunto armónico

dentro del cual cada una de las disposiciones han de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás, evitando que las unas entren en colisión con las otras —a modo de respetar la unidad sistémica de la del enunciado fundamental—; por lo que, recurrir a los principios de interpretación constitucional no puede significar de ningún modo apelar a criterios de superfluidad de la Constitución, a fin de que sean los principios la verdadera constitución y no sólo la mera norma textual establecida como derecho positivo.

Allí, desarrollan un papel fundamental las justificaciones vertidas a través de la motivación y de la fundamentación de la decisión, expresadas mediante los contenidos discursivos de la argumentación jurídica; sobre todo, en aquellos casos en los que se establecen restricciones a los derechos o en los que se consideran situaciones que involucran a colectivos y a grupos vulnerables. Se le denomina Proceso de compatibilización, proceso en el que la máxima de la proporcionalidad debe ser ponderada a fin de determinar los límites permitidos por las normas protectorias; de modo tal, que no se afecte el núcleo duro o esencial de ese derecho a fin de que la restricción sea legítima —en procedencia a la teoría de los límites de los límites—; si, por el contrario, con el fin de restringir se suprime o aniquila el derecho, entonces, dichas hermenéuticas de interpretación y argumentación en relación a la doctrina no superarán el test de proporcionalidad que establece la razonabilidad de lo decidido, dejando de ser legítima la convencionalidad por desproporcionada, adquiriendo el carácter de discriminatoria.

Así pues, la Convención Americana sobre Derechos Humanos al ser un tratado internacional está sujeta a las normas de interpretación de la CVDT de 1969. Los elementos que constituyen la regla general de interpretación, la buena fe, el texto, el contexto y el objeto y fin del tratado son los que se utilizan con mayor frecuencia en la interpretación de los tratados en la actualidad. (Steiner, Ch. y otros, 2014); allí apreciamos algunas de las putas hermenéuticas utilizadas por la Corte IDH.

El texto, el contexto, el objeto y el fin son elementos que corresponden a las metodologías textual, sistemática y teleológica de la interpretación de los tratados; metodologías que están bien establecidas y se siguen normalmente al interpretar disposiciones complejas de tratados multilaterales. Por razones pragmáticas, el uso normal para la interpretación parte del sentido corriente del texto “bruto” de las disposiciones pertinentes del tratado y consiste en el accionar posterior de la interpretación del texto en su contexto, a la vista del objeto y fin del tratado. Sin embargo, los elementos a los que se hace referencia en el artículo 31 de la CVDT —el texto, el

contexto, el objeto, el fin y la buena fe— han de considerarse como una sola norma holística de interpretación, en vez de como una sucesión de criterios distintos que han de aplicarse siguiendo un orden jerárquico; a su vez, una hermenéutica holística de los distintos métodos contemplados, aplicados al caso en concreto. Específicamente, la interpretación teleológica puede constituir el vehículo adecuado para una interpretación dinámica y progresiva del tratado. Toda la jurisprudencia internacional en materia de Derechos Humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos de los seres humanos.

Hermenéuticas y métodos de interpretación y argumentación ponderativa aplicados por la Corte IDH en casos concretos

En este punto, y a modo de verificación de las tesis vertidas precedentemente, analizaremos algunos casos de la Corte IDH en casos contenciosos resueltos en los que surgen con nitidez las herramientas hermenéuticas empleadas y la forma de su aplicación.

Comenzaremos esta tónica apoyándonos en un caso en el que el tribunal resaltó la importancia de la argumentación jurídica para el testeo de una restricción de derechos legítima. En efecto, en el Caso *Apitz Barbera y otros [Corte Primera de lo Contencioso Administrativo] vs. Venezuela* del año 2008 se señaló con meridiana presión que:

La motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. (Sentencia Caso *Apitz Barbera y otros [Corte Primera de lo Contencioso Administrativo] vs. Venezuela*, 2008, párr. 77)

El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos y que puedan afectar a los Derechos Humanos deben estar debidamente fundamentadas pues, de lo contrario serían decisiones arbitrarias; en este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que estas han sido oídas, y en aquellos casos en los que las decisiones son recurribles les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y

lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores; por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso (Cfr. Caso Apitz Barbera y otros [(“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”)] vs. Venezuela, 2008, párr. 78). Así, al apelar a la debida motivación y justificación la Corte IDH refiere a la argumentación jurídica en la ponderación de derechos.

El siguiente caso que consideramos ha abordado con más en profundidad en la temática tratada, es el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Cfr. Sentencia Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 2012), cuyo tema principal correspondía a la discusión sobre si la destrucción de los embriones utilizados para los programas de reproducción asistida que la legislación doméstica había ordenado afectaba el artículo 4, entre otros de la Convención Americana respecto a los embriones y a los derechos reproductivos de las mujeres. La decisión no fue unánime pues uno de los nueve jueces que participó en la decisión lo hizo fundando su voto razonado en disidencia o salvamento [Juez Eduardo Vio Grossi]. Para arribar a la decisión, tanto mayoría como minoría apelaron a las herramientas hermenéuticas consistentes en la utilización de diferentes métodos interpretativos, aptos para desentrañar el alcance de Derechos Humanos y su posible afectación, aunque desde visiones diferenciadas. Los métodos empleados consistieron en:

- Interpretación conforme al sentido corriente de los términos.
- Interpretación sistemática
- Interpretación histórica.
- Interpretación evolutiva.
- El principio de interpretación más favorable, el objeto y el fin del tratado.

A partir del párrafo 163 de esta sentencia, la mayoría del tribunal comenzó a desarrollar la interpretación del artículo 4.1 de la CADH en lo relevante para el caso concreto. En primer término, estableció el tema a decidir indicando que el objeto del caso se centraba en establecer si la sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica generó una restricción desproporcionada de los derechos de las presuntas víctimas (Cfr. Sentencia Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 2012, párr. 171). La primera acción interpretativa se centró en la “interpretación conforme al sentido corriente de los términos” (Sentencia Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 2012, párrs. 174 – 190), partiendo desde lo normado por los artículos 1.1, 1.2 y 4.1 del Pacto de San

José de Costa Rica y con ello, observando que el concepto de “persona” es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1 de la CADH, resaltó que dicha definición está anclada a las menciones que se hacen en el Tratado respecto a la “concepción” y al “ser humano”, términos cuyo alcance consideró que deben valorarse a partir de la literatura científica.

Al respecto contempló que, en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término concepción. Una corriente lo entiende como el momento de encuentro o, de fecundación del óvulo por el espermatozoide; de aquella fecundación se genera la creación de una nueva célula denominada: el cigoto. Por lo que, se considera a este como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión, con cita de fuentes⁶. Otra corriente entiende el término de concepción como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero⁷; lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y a otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión. También con el fin de extraer el sentido corriente del término compulsó al Diccionario actual de la Real Academia de la Lengua Española vigente en el 2012, observando que mantenía casi por completo las definiciones de las palabras anteriormente señaladas⁸.

-
- 6 Cfr. Inter alia, los siguientes artículos científicos allegados por el Estado: Tanya Lobo Prada, Inicio de la vida (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6653 a 6656); Maureen L. Condic, Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral Status of Early Embryos, en: *Is this cell a Human Being?*, Springer-Verlag Berlin, 2011 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6576 a 6594); Maureen L. Condic, When Does Human Life Begin? A Scientific Perspective, en: *The Westchester Institute For Ethics & the Human Person*, Vol 1, No.1, 2008 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6621 a 6648); Jerome Lejeune, El Origen de la Vida Humana, en: *Diario ABC*, Madrid, 1983 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folio 6652), y Natalia López Moratalla y María J. Iraburu Elizalde, Los primeros quince días de una vida humana, Ediciones Universidad de Navarra, 2004, (expediente de anexos a la contestación, tomo VI, folios 9415 a 9503).
 - 7 Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2846).
 - 8 Al respecto, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define “concepción” como acción y efecto de concebir. La palabra concebir es definida en su tercera acepción como “dicho de una hembra: Quedar preñada”. Y la palabra fecundar se define como “unir la célula reproductora masculina a la femenina para dar origen a un nuevo ser”.

A continuación, en el párrafo 191 comienza a desarrollar lo atinente a la interpretación sistemática e histórica. Respecto a la primera resalta que, según el argumento sistemático las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen. En este sentido, consideró que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (Cfr. Comisión de Comisión Convención de Viena sobre el Derecho internacional de las Naciones Unidas de los Tratados, 1969, art. 31; inc. 2) sino, también el sistema dentro del cual se inscribe (Cfr. Comisión Convención de Viena sobre el Derecho internacional de las Naciones Unidas los Tratados, 1969, art. 31; inc. 3); esto es el derecho internacional de los Derechos Humanos.

A partir de allí la Corte entra a analizar este alegato cimentándose en una valoración general de lo dispuesto por los sistemas de protección respecto a la protección del derecho a la vida; considerando así: a) el Sistema Interamericano; b) el Sistema Universal; c) el Sistema Europeo, y d) el Sistema Africano. Resalta, además, —siguiendo a la Convención de Viena en su artículo 32— los medios complementarios de interpretación —en especial, los trabajos preparatorios del tratado, a los que considera utilizables para confirmar el sentido resultante de aquella interpretación o para cuando esta deja ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable—.

Aclara, también, que dichos medios suelen ser utilizados sólo en forma subsidiaria, después de haber manejado los métodos de interpretación consagrados en el artículo 31 de la Convención de Viena con el objeto de confirmar el sentido que se encontró o para establecer si subsiste una ambigüedad en la interpretación o si la aplicación es absurda o irrazonable. Sin embargo, para el caso Artavia Murillo, la Corte consideró relevante para la determinación de la interpretación de los términos del artículo 4.1 de la Convención Americana lo dispuesto en el artículo 31.4 de la Convención de Viena, según el cual se dará a un término un sentido especial si consta que tal fuere la intención de las partes; por tanto, la interpretación del texto del artículo 4.1 de la CADH se relacionaba directamente con el significado que los Estados Parte de la Convención Americana pretendían asignarle.

Más adelante, a partir de párrafo 245 se avocó al método de la interpretación evolutiva para señalar que los tratados de Derechos Humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones

de vida actuales —recordar lo precedentemente desarrollado sobre las posturas de Loewenstein y Cappelletti—. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al efectuar una interpretación evolutiva la Corte le otorga especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos.

Se observa también que su par: la Corte Europea ha utilizado el derecho comparado como un mecanismo para identificar la práctica posterior de los Estados, es decir, para especificar el contexto de un determinado tratado. Además, se tiene en cuenta que el párrafo tercero del artículo 31 de la Convención de Viena autoriza la utilización para la interpretación de medios —tales como: los acuerdos o la práctica o reglas relevantes del derecho internacional— que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, lo que se relaciona con una visión evolutiva de la interpretación del tratado.

Por último, el voto mayoritario en el Caso Artavia Murillo refiere al principio de interpretación más favorable, al objeto y al fin del Tratado; Así, a partir del párrafo 257 se sostiene que, en una interpretación teleológica se analiza el propósito de las normas involucradas y para ello, es pertinente analizar el objeto y el fin del tratado mismo —y, de ser pertinente, analizar los propósitos del sistema regional de protección—. Siendo así, tanto la interpretación sistemática como la teleológica están directamente relacionadas. Considera la Corte que otras sentencias en el derecho constitucional comparado procuran efectuar un adecuado balance de posibles derechos en conflicto [ponderación de principios] y, por lo tanto, constituyen una relevante referencia para interpretar los alcances de la cláusula En general, desde la concepción, establecida en el artículo 4.1 de la Convención.

A continuación, la Corte formula una alusión a algunos ejemplos jurisprudenciales en los que se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero en los que se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida; esto para recalcar que todo intento por proteger ese interés por la vida debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente el de la madre.

Este fallo también aplicó el método ponderativo al considerar la proporcionalidad de la medida de prohibición establecida por Costa Rica. Teniendo presente la

premisa del párrafo 272 que infiere que, la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar; lo que, integra la forma en la que se construye dicha decisión como parte de la autonomía y de la identidad de una persona —tanto en su dimensión individual como de pareja—. Por lo anterior, se analizó la presunta justificación de la interferencia que ha efectuado el Estado en relación con el ejercicio de dichos derechos; en dicho cometido recordó que en su jurisprudencia un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias —recordar lo expresado precedentemente sobre la teoría de los límites de los límites que propugnamos—. Por esta causa, las injerencias deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad [principio de proporcionalidad].

La corte, finalmente, entendió que el “derecho absoluto a la vida del embrión” —como base para la restricción de los derechos involucrados— no tiene sustento en la Convención Americana, razón por la cual no es necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos, ni valorar las controversias respecto a la declaración de inconstitucionalidad en un sentido formal por la presunta violación del principio de la reserva de ley. Pero, sin perjuicio de lo anterior, el tribunal estimó pertinente exponer la forma en la que el sacrificio de los derechos involucrados en el caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión. Aplicando métodos similares a la fórmula del peso de Robert Alexy en el ejercicio ponderativo, también consideró que la restricción tendría que lograr una importante satisfacción de la protección de la vida prenatal sin hacer nugatorio los derechos a la vida privada y a fundar una familia; para efectuar dicha ponderación sostuvo que, se deben analizar: a) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; b) la importancia de la satisfacción del bien contrario; y c) si la satisfacción de este justifica la restricción del otro.

En su voto disidente, el Juez Vio Grossi —con una visión diferente— justificó su alejamiento del voto de la mayoría debido a que consideraba que este producía una inflexión jurisprudencial al restringir —según el criterio del juez disidente— lo que hasta ese momento en esta materia era doctrina constante y uniforme de la Corte; por lo que, resaltó que se omitió el carácter fundamental del derecho a la vida, incurriendo en contradicciones al prescindir de la afirmación, sobretudo en su final:

El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. (Corte IDH, 2008 (Sentencia, Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica, 2012, X, Voto disidente: part. I, num. C)

La primera contradicción, indicando que “hasta el momento la jurisprudencia de la Corte no se ha pronunciado sobre las controversias que suscita el presente caso” (Corte IDH, 2008 (Sentencia, Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica, 2012, X, Voto disidente: part. II, num. A); y la segunda, afirmando que “en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los Estados, la Corte ha señalado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás Derechos Humanos” (Corte IDH, 2008 (Sentencia, Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica, 2012, X, Voto disidente: part. II, num. A). Para Vio Grossi, con esas frases en la sentencia la mayoría estaría insinuando que lo sostenido hasta ese momento en la jurisprudencia de la Corte respecto al derecho a la vida no tendría aplicación sino, únicamente en lo atinente a las “ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los Estados” (Corte IDH, 2008 (Sentencia, Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica, 2012, X, Voto disidente: part. II, num. A); y, en consecuencia y en todo caso, no sería aplicable para la presente causa pues se versaría sobre algo distinto. Así pues, la ponencia mayoritaria estaría acotando muy severamente lo que, hasta allí, venía sosteniendo la jurisprudencia de la Corte en esta materia, según la visión del salvamento.

Conclusiones

El presente trabajo no tiene aspiraciones de ser una investigación profunda de la materia ni podría serlo en función de la temática y extensión necesaria para tal fin; sin embargo, su finalidad ha consistido en ser un complemento de la exposición oportunamente brindada y resaltar elementos esenciales a la hora de la interpretación y argumentación en Derechos Humanos —en especial, los que deban realizarse en sede doméstica, acercándose como una pequeña muestra de lo que acontece en sede internacional, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos—.

En vista de lo expresado, presentamos las siguientes consideraciones. Primero, que la complejidad y la naturaleza polémica del derecho —como el paradigma de sus operadores y aplicadores— no está ausente, incluso en el seno de los máximos tribunales internacionales de Derechos Humanos, como se desprende de los votos razonados disidentes o salvados; y, además, que la Corte IDH entiende que las normas de interpretación del artículo 29 —para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención— indican que es necesario acudir a tratados internacionales distintos al Pacto de San José para interpretar ciertas disposiciones de la misma.

Segundo, que —conforme a este artículo 29— para delimitar el alcance de las restricciones a las garantías establecidas en la Convención y evitar responsabilidades ulteriores, las normas de interpretación deben de ser no sólo “necesarias” sino, específicamente “necesarias en una sociedad democrática”. (Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, 1985, num. 44).

Tercero, que se deben utilizar criterios de o métodos de interpretación; tal como: el *principio de interpretación evolutiva* de los tratados de Derechos Humanos, el *principio pro persona* y la prohibición de privar a los derechos de su contenido esencial —esto como derivado del artículo 29—.

Referencias

- Alexy, R. (2003). Die Gewichtsformel. En P., Kreuzt y Joachim, J. (Eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein* (pp. 771 – 792). Berlín, Alemania: De Gruyter Ed. Doi: <https://www.degruyter.com/view/book/9783110907926/10.1515/9783110907926.771.xml>
- Aristóteles, M., & Calvo, T. Aristóteles. (1994). *Metafísica*. Traducción Tomás Calvo Martínez. Madrid, España: Gredos Editorial: Madrid.
- Cappelletti, M. (1973). *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Milán, Italia: Ed. A. Giuffrè.
- Cossio, C. (2002). *El derecho en el derecho judicial; las lagunas del derecho; la valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires, Argentina: El Foro.

- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969. Recuperado de https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf
- De Clément, Z. D. (2015). La complejidad del principio pro homine. *European Journal of International Law* 1(12), 98 - 111.
- Drnas de Clément, Z. (2015). *La complejidad del principio pro homine* Junio 1, 2020, de Biblioteca de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Recuperado de <https://www.CorteIDH.or.cr/tablas/r33496.pdf>
- Dworkin, R. (1998). *El imperio de la justicia*. Trad. por C. Ferrari. Barcelona, España: Gedisa.
- Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos*. Trad. por H. Ponds. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- Gadamer, H. (1998). *Verdad y método II. Traducción de Manuel Olasagasti*. Salamanca, España: Ediciones Sígueme.
- Guastini, R. (2018). *Interpretar y Argumentar. Traducción de César E. Moreno M.* Lima, Perú: Ediciones Legales - EIRL.
- Hart, H. (1961). *The concept of law*. Oxford: University of Oxford.
- Hart, H. L. A., (2012). *The concept of law*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press.
- Heidegger, M. (2014). *El ser y el tiempo, Traducción de J. Goes*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- Llugdar, E. J. (2016). La Doctrina de la Corte Interamericana de DDHH, y las Resoluciones de la Comisión Interamericanas de DDHH, como fuentes y formas de Protección de los Derechos Fundamentales. *Biblioteca de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (bol. 184), 1 - 29. Recuperado de <https://www.CorteIDH.or.cr/tablas/r35244.pdf>
- Loewenstein, K. (1964). *Teoría de la Constitución, traducción y estudios a la obra por A. Gallego Anabitarte*, Barcelona, España: Ed. Ariel.

Opinión Consultiva Oc-2/82, El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Corte IDH, 24 de Septiembre de 1982. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf

Opinión Consultiva OC-5/85. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, Corte IDH, Costa Rica, 13 de noviembre de 1985. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf.

Pacto de San José, Convención Americana sobre Derechos Humanos. Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos (B - 32), San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Quintana, S. V. L. (1998). Tratado de interpretación constitucional: principios, métodos y enfoques para la aplicación de las constituciones. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Real Academia Española. (s.f.). Interpretación. En Diccionario de la lengua española. Recuperado de <https://dle.rae.es/interpretaci%C3%B3n>

Real Academia Española. (s.f.). Hermenéutica. En Diccionario de la lengua española. Recuperado de <https://dpej.rae.es/lema/hermen%C3%A9utica>

Resolución 2200 A (XXI), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de las Naciones Unidas [ICCPR], Nueva York, Estados Unidos, 16 de diciembre de 1966. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Sentencia del Caso Almonacid Arellano et al. vs. Chile. Corte IDH, Chile, 26 de septiembre de 2006. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Sentencia Brown v. Allen, 344 U.S. 443. Corte Suprema de los Estados Unidos, Washington D.C., Estados Unidos, 09 de febrero de 1953. Recuperado de [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/344/443/#:~:text=Allen%2C%20344%20U.S.%20443%20\(1953\)&text=The%20habeas%20jurisdiction%20of%20federal,level%20are%20no%20longer%20available.&text=Brown%2C%20Daniels%2C%20and%20Speller%20were,to%20death%20in%20North%20Carolina.](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/344/443/#:~:text=Allen%2C%20344%20U.S.%20443%20(1953)&text=The%20habeas%20jurisdiction%20of%20federal,level%20are%20no%20longer%20available.&text=Brown%2C%20Daniels%2C%20and%20Speller%20were,to%20death%20in%20North%20Carolina.)

Sentencia, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Corte IDH, San José, Costa Rica, 5 de agosto de 2008. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf

Sentencia, Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica. Corte IDH, San José, Costa Rica, 28 de Noviembre de 2012. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Steiner, C., & Granados, P. U. (Eds.). (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*. Distrito Federal, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>

Vigo, R. L. (2010). Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional. *Revista Auctoritas Prudentium*, (4), 5-16.

Weston A. (2005). *Las Claves de la Argumentación. Traducción de Jorge Malem.*, Barcelona, España: 10ª Edición. Editorial Ariel. Recuperado de <https://fundacionmerced.org/biblioteca-digital/wp-content/uploads/2013/05/las-claves-de-la-argumentacion-corregido.pdf>, Barcelona

Capítulo II

El acceso a la justicia: Retos y desafíos

Juan Marcelino González Garcete¹

Introducción

La motivación de la presente entrega encuentra holgada acreditación, básicamente, en la capital importancia que viene cobrando la interpretación de los instrumentos internacionales declarativos y resolutivos sobre Derechos Humanos en el *derecho probatorio*; en especial, —partiendo de la interpretación de los instrumentos convencionales— exige de un esfuerzo de integración coherente con el Derecho interno, que denote fundamentalmente la voluntad política democrática y la buena fe de los Estados de integrar extensivamente las disposiciones del Derecho internacional y las obligaciones que de él emanan —al sistema jurídico vigente en materia de Derechos Humanos— con el fin de lograr una adecuada y justa aplicación del Derecho en cada caso concreto. Este proceso intelectual de interpretación de los preceptos legales de Derechos Humanos de diferente rango,

¹Post doctor en Derecho por la Facultad de Derecho, IMED (2017). Doctor en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNA (2008). Doctor en Ciencias Políticas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA (2017). Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Columbia. Magíster en Ciencias Forenses (2005). Profesor de Maestría y Doctorado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNA, en la Universidad Intercontinental, en la Universidad del Pacífico y en la Universidad Politécnica y Artística del Paraguay. Profesor de la Escuela Judicial del Paraguay. Miembro titular de la Red Internacional de Juristas para la Integración Americana.

fuente y naturaleza, debe traducirse en la aplicación de la norma o de la cláusula más favorable a la persona, es decir, de la satisfacción del *principio pro persona* que —sin dejar de lado la supremacía de la Constitución— asegure en toda circunstancia la protección real y efectiva de la persona humana y de sus derechos fundamentales.

En ese marco, desarrollaremos el principio de lo que constituye la prueba y su relación con el debido proceso dentro de la perspectiva del derecho procesal contemporáneo. Si bien es cierto, no lo desarrollaremos en forma profunda ni, quizás, concluyamos una tesis definitiva sobre el tema; no obstante, buscaremos enfocar los pilares conceptuales fundamentales de dichos conceptos jurídicos, puesto que *si no existe una garantía del debido proceso, no podría hablarse de acceso a la justicia*.

Planteamiento del problema

En su acepción común, la prueba es la acción y el efecto de probar; y es, también, el demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación; en todo caso a prueba es una experiencia, una operación, un ensayo, dirigido a hacer patente la exactitud o inexactitud de una proposición. En ciencia, probar es tanto la operación tendiente a hallar algo incierto como la destinada a demostrar la verdad de algo que se afirma como cierto.

En sentido jurídico, y específicamente en sentido jurídico procesal, la prueba es ambas cosas: un método de averiguación y un método de comprobación; normalmente, la prueba penal es averiguación, búsqueda, procura de algo. En común, la prueba civil es comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en juicio. Entonces, la prueba penal se asemeja a la prueba científica; la prueba civil se parece a la prueba matemática: una operación destinada a demostrar la verdad de otra operación.

Principios que regulan la prueba

Los principios universales que regulan la prueba son las siguientes:

- a) **Necesidad de la prueba.** Para que se llegue a expedir la decisión judicial, se requiere que sea demostrada las alegaciones de las partes por las pruebas aportadas por ellas o, de manera facultativa, por el juez.

- b) **Comunidad de la prueba.** También, se le conoce como principio de adquisición de las pruebas. Una vez admitido el medio probatorio ofrecido por las partes, esta pertenece al proceso —no siendo posible el desistimiento, ni la renuncia de la prueba actuada pues, los medios probatorios pasan a ser de la comunidad de las partes—.
- c) **Publicidad de la prueba.** Las partes deben tener conocimiento del ofrecimiento de las pruebas con el objeto de objetarlas, si fuere el caso. También, en otro sentido, se considera que este principio sustenta la motivación de la sentencia pues los justiciables requieren conocer cómo se han valorado los medios probatorios.
- d) **Prohibición del Juez de aplicar el conocimiento privado.** Está vedado que el Juez supla las pruebas con el conocimiento privado, personal o circunstancial que tenga los hechos.
- e) **Contradicción de la prueba.** Es la aplicación del principio procesal de la contradicción; cada parte tiene la oportunidad de conocer y discutir las pruebas ofrecidas por la contraparte.

Problemas de la prueba

Los problemas de la prueba consisten en saber:

- ¿Qué es la prueba? [Concepto]
- ¿Qué se prueba? [Objeto]
- ¿Quién prueba? [Carga de la prueba]
- ¿Cómo se prueba? [Procedimiento probatorio]
- ¿Qué valor tiene la prueba? [Valoración de la prueba]

Estos son los problemas generales de la prueba en el proceso Civil; por debajo de ellos se encuentran todos los relativos al estudio particular de cada uno de los medios de prueba: documentos, testigos, confesión, pericia, juramento, inspección judicial, etc.

El debido proceso entra a tallar en dos aspectos fundamentales del proceso de la producción y diligenciamiento de las pruebas; a saber: a) cómo se prueba; y b) qué valor tiene la prueba.

¿Qué es la prueba? [Concepto]

Ya los “maestros del derecho”, entre ellos Calonga (2008) y Alsina (1958) han desarrollado el concepto de la prueba, como la “Actividad libre y consciente desplegada por un sujeto, tendiente a disipar la duda que le producen las afirmaciones de una parte contradicha de modo eficaz, oportuna y congruente por otra, que permite al dicho sujeto a preferir una de las versiones y desechar la otra (para este último la ló-gica)” (Calonga, 2008).

Probar es demostrar la verdad de una proposición; pero, en su significación corriente expresa una operación mental de comparación. Es la verificación de las afirmaciones formuladas por las partes en el proceso. La prueba judicial es la confrontación de la versión de cada parte con los medios producidos para abonarla. Tomada en su sentido procesal la prueba es, en consecuencia, un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio; mientras que, la prueba en el fuero civil no es una averiguación. Quien leyere las disposiciones legales que la definen como tal, recibirá la sensación de que el juez civil es un “investigador de la verdad”; sin embargo, el juez civil no conoce, por regla general, otra prueba que la que le suministran los litigantes. En el sistema vigente no le está confiada normalmente una misión de averiguación ni de investigación jurídica. En esto estriba la diferencia que tiene con el juez de orden penal: éste sí, es un averiguador de la verdad de las circunstancias en que se produjeron determinados hechos.

A tal punto el juez civil no es un investigador, puesto que el reconocimiento del demandado detiene toda actividad de averiguación que pudiera cumplir el juez. La regla general es que si el demandado confiesa clara y positivamente los términos de la demanda, entonces, el juicio ha terminado; debiéndose dictar sentencia en su contra, así, sin necesidad de otra prueba ni tramite. La doctrina acepta aún, en términos generales y salvo excepciones justificadas, que el reconocimiento de la demanda vale tanto como una sentencia en su contra que se diera el demandado.

Mirada desde el punto de vista de las partes, la prueba es, además, una forma de crear la convicción del magistrado. El régimen vigente insta a las partes a agotar los

recursos dados por la ley para formar en el espíritu del juez un estado de convencimiento, de «certeza» acerca de la existencia e inexistencia de las circunstancias relevantes del juicio; así, por lo menos, lo ha reconocido con buenas razones la doctrina más reciente. A saber, entonces, los hechos son una consecuencia jurídica; por lo tanto, todo derecho nace o muere como consecuencia de un estos.

Al sentirse el hombre capaz por sí, cada cual se sintió con derecho a emitir su opinión; por consiguiente, debido a la diversidad de los hombres surgió la divergencia de opiniones. Uno afirma una cosa, otro le contradice; y la prueba no es sino el modo moderno de llegar a certidumbre o salir de la duda (Calonga, 2008).

El debido proceso, ¿Qué se prueba? [Objeto]

El objeto inmediato de la prueba es acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de todos los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones; en otras palabras, el objeto mediato de la prueba es el de llegar a la verdad de los hechos. El tema del objeto de la prueba busca una respuesta para la pregunta: *¿Qué se prueba?*, ¿Qué cosas deben ser probadas?

Al respecto, es necesario aclarar los siguientes términos: primero, un silogismo jurídico es una premisa mayor, es decir, la ley; segundo, una premisa menor es el hecho particular —la situación fáctica o hipótesis—. La relación entre estos términos es dada por la aplicación de la ley al caso particular. La coincidencia entre la premisa mayor con la premisa menor recibe el nombre técnico de subsunción. Para que la premisa menor pueda servir o utilizarse en el silogismo, es menester que sea cierta; esto es, que posea certidumbre o que sea probada su existencia o realización. En el derecho procesal, las hipótesis fácticas deben ser sometidas a pruebas o darle de algún otro modo certidumbre o darle por cierto para poder servir de premisa menor a la conclusión, que es la sentencia.

El Artículo 243 del Código Procesal Civil Paraguayo, dispone: “Apertura a Prueba. El juez recibirá la causa a prueba, aunque las partes no lo pidan, siempre que se hubiesen alegado hechos conducentes, acerca de los cuales, aquellas no estuviesen conformes”(Casco P., H., 2016). De esta manera, se establece esta norma, los tres tipos de hechos que requieren de prueba —aunque las partes no la pidan— en el proceso civil:

1. Hechos alegados por las partes en sus respectivos escritos de demanda, excepción, contestación, reconvencción y su responde.
2. Hechos conducentes a la dilucidación de la verdad en el proceso.
3. Hechos controvertidos sobre los cuales no existe acuerdo por las partes.

Por lo tanto, la importancia radica en probar la existencia o no de un hecho para vencer; tal como afirmaban los romanos de la Antigüedad: “Probar es vencer. El que prueba: gana el pleito”. Por lo anterior, la verdad presenta dos vértices: encontramos la verdad real que es aquella que guarda relación con lo realmente acontecido; y la verdad formal, que es consecuencia del material probatorio del expediente, el que puede ser insuficiente o no conforme corresponda a la realidad.

Los códigos procesales modernos han distinguido los juicios de hecho de los de puro derecho; los primeros dan lugar a prueba, los segundos, no. Agotada la etapa de sustanciación, directamente se cita para sentencia. Esta división elemental suministra una primera noción para el tema en estudio; regularmente, el derecho [nacional, no así el extranjero] no es objeto de prueba; sólo lo es el hecho o conjunto de hechos alegados por las partes en el juicio.

Existe un estrecho vínculo entre la *regla general* de que el derecho nacional no se prueba y el principio general que consagra la presunción de su conocimiento: *iura novit curiae*. Siendo esto así, no tendría sentido la prueba de derecho en un sistema en el cual este se supone conocido; puesto que, el conocimiento —se ha dicho— trae la obligatoriedad de la aplicación de la norma como la luz que proyecta la sombra del cuerpo. La regla era la inversa en el derecho griego primitivo, en el cual el juez sólo podría aplicar la ley invocada y probada por las partes; para Aristóteles —según Couture (1943)— las pruebas eran cinco: las leyes, los testigos, los contratos, la tortura de los esclavos y el juramento.

Sobre lo anterior, existen algunas excepciones al principio. La primera excepción es la alegación de la existencia o inexistencia de la ley; sin embargo, conviene aclarar que si las partes hubieran discutido la existencia del derecho sin producir prueba al respecto, ello no obstaría a que el juez decidiera igualmente el conflicto investigado por sus propios medios —aun fuera del juicio, la ley aplicable—. Se presume conocida, con arreglo al principio ya enunciado, tan sólo la ley nacional y con relación a todos

los habitantes del país; pero, ninguna regla presume conocido el Derecho extranjero. La existencia de ese derecho no tiene para el juez la accesibilidad y la comprobación perentoria del propio. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que la ley extranjera puede ser objeto de prueba cuando resulta controvertida.

Otra excepción es la Prueba sobre la costumbre, es la que surge de aquellos casos en los cuales la costumbre es la fuente de derecho conforme a las disposiciones especiales. Así ocurre, por ejemplo, en materia de medianería, de usos comerciales, de abordaje, de navegación marítima, de salarios, etc. La costumbre en nuestra legislación no crea derechos, sólo cuando la ley se refiera a ellos.²

La regla ya expuesta de que sólo los hechos son objeto de la prueba tiene también una serie de excepciones. La primera excepción consiste en que sólo los hechos controvertidos son objeto de prueba; esta conclusión se apoya a la norma que establece que las pruebas deben ceñirse al asunto sobre que se litiga, y las que no le pertenezcan serán irremisiblemente desechadas de oficio, al dictarse la sentencia. Y los asuntos sobre los que se litiga son, sin duda, aquellos que han sido objeto de proposiciones contradictorias en los escritos de las partes.

Puede afirmarse que, en esta sencilla norma queda comprendida la teoría del objeto de la prueba; entonces, mediante ella se procura fijar —con la máxima exactitud posible— el conjunto de proposiciones que quedan sometidas a verificación judicial. Si invirtiendo el texto del precepto se dijera que los hechos no impugnados no son objeto de prueba, quedarían expuestos los dos aspectos del principio.

¿Por qué no existe necesidad de probar los hechos notorios, los hechos evidentes, los admitidos? O ¿Por qué no se prueban los derechos?

A continuación, se enuncian los hechos que no necesitan probarse según nuestra legislación procesal paraguaya:

- Hechos reconocidos o admitidos, los confesados.
- Hechos no alegados, no conducentes o no controvertidos.
- Hechos notorios.

.....
2 Cfr. art. 7 del Código Civil Paraguayo.

- Hechos que se opongan a constancias de instrumentos públicos, no redargüidos de falsos.
- Hechos presumidos por la ley. La presunción puede ser: relativa — *presunción iuris tantum*—, la que admite prueba en contrario; o absoluta — *presunción iure et de jure*—, la que no admite prueba en contrario. La presunción legal hace invertir la carga de la prueba a quien niega dicha afirmación legal.

En Paraguay, nuestra legislación regula la presunción legal y judicial. En términos generales, la presunción es un razonamiento lógico deductivo que, a partir de uno o más hechos indicadores, lleva al juez a la certeza del hecho investigado. La presunción legal se subdivide en: absoluta [*iuris et de jure*]; y relativa [*iuris tantum*]. A saber, la presunción legal *iuris et de jure* no admite discusión o prueba en contrario; mientras que, la presunción legal *iuris tantum* admite prueba en contrario. V.gr., el poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario.

Por otro lado, la presunción judicial es un razonamiento lógico del juez que se genera basada en reglas de la experiencia o en los propios conocimientos y, a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso. V.gr., la presunción de la buena fe contractual (Cfr. Congreso Ley N° 1183, Código Civil de la Nación Paraguay, 1985, cap. VI; art. 715).

Sobre las determinaciones que se asumen respecto a los razonamientos generados, encontramos a la ficción legal que es la conclusión que la ley da por cierta; esta es opuesta a la naturaleza o realidad de los hechos y no permite prueba en contrario. Ejemplo, la clasificación de los bienes muebles o inmuebles.

Por lo tanto, una presunción legal es una proposición normativa acerca de la verdad de un hecho; siendo así: si se admite prueba en contrario se dice que es relativa, si no admite prueba en contrario se denomina absoluta. Como creemos haberlo demostrado en otra oportunidad, ni las presunciones legales ni las judiciales son medios de prueba. De este modo, por ejemplo, no es necesario probar que el demandado conocía cuales eran sus obligaciones jurídicas porque todo el sistema del derecho parte de la presunción del conocimiento de la ley; no hay tampoco necesidad de probar en el juicio que el hijo nacido durante la existencia del matrimonio es hijo de esos padres; y no hay necesidad de probar que el fundo es libre y que no soporta gravamen porque la ley lo presume así, etc.

La doctrina ha insistido siempre sobre las proyecciones de la presunción sobre la carga de la prueba; pero, parece indispensable aclarar que esos efectos sobre la carga de la prueba —que serán más adelante considerados— son, a penas, una etapa consecutiva de los efectos que este fenómeno proyecta sobre el objeto de la prueba. La presunción legal absoluta significa consagrar una excepción de prueba de los hechos presumidos; no sólo se declara inútil la prueba favorable cuando la ley presume que la cosa juzgada refleja la verdad, no sólo priva de eficacia a la prueba dirigida a demostrar la mentira de la sentencia sino, que también consagra la inutilidad de la prueba dirigida a demostrar la verdad de la sentencia.

La disposición legal que establece que, “toda presunción legal exime a la persona en cuyo favor existe, de probar el hecho presumido por la ley” (Congreso de la República, 1868, p. 293) consagra, ante todo, un precepto del objeto de la prueba; así, el hecho presumido no necesita prueba, no es objeto de ella y tampoco lo es el hecho objeto de una ficción legal. La presunción y la ficción, en este sentido, más que medios de prueba son subrogadas de prueba; o sea, son razones de política jurídica —algunas de ellas connaturales con la vigencia misma del derecho— que instan al legislador a consagrar determinadas soluciones de la índole de las expresadas. Por lo anterior, la eliminación del campo de la prueba no es sino la consecuencia de su eliminación del campo del debate. Empero, una presunción supone el concurso de tres circunstancias: un hecho conocido, un hecho desconocido y una relación de causalidad. Lo que, en realidad, queda fuera del campo del objeto de la prueba son los dos últimos de esos elementos: el hecho desconocido y la relación de causalidad.

No obstante, nada sustrae de la actividad probatoria a la demostración de un hecho en que la presunción debe apoyarse; por ende, para que funcione la presunción de verdad que emana de la cosa juzgada, debe probarse plenamente la existencia del fallo ejecutoriado y así, también, para que se presuma la filiación del hijo de familia es menester la prueba del matrimonio.

Bases del debido proceso

Seguidamente desarrollaremos el tema central: ¿Cuál es el debido proceso desde la óptica del derecho procesal contemporáneo? Y ¿Cuál es su relación con la producción de la prueba como elemento fundamental dentro de un proceso?

a. El derecho fundamental de la «libertad probatoria»

El derecho a la prueba se manifiesta, especialmente, en el derecho a proponer —utilizar— cualquier medio de prueba disponible que resulte útil para la determinación de los hechos que componen el objeto del proceso. En la doctrina del *common law* este principio se denomina *free proof*. Como enseña Taruffo, M. (2003):

Por *free proof* se entiende que, salvo en el caso de que exista normas específicas, la prueba es libre, en el sentido de que todo elemento relevante puede ser empleado sobre la base de los cánones del sentido común y de la racionalidad, para probar los hechos; esta libertad corresponde a las partes, que tienen que poder usar en el proceso cualquier elemento de prueba relevante. (p. 357).

En adición, dicha libertad corresponde también al juez, que tiene que poder determinar los hechos mediante una valoración racional — y, por tanto, no vinculada más que a los cánones de la racionalidad— de las pruebas adquiridas en juicio. Por cierto, que este derecho tiene ciertas limitaciones que derivan de la reglamentación jurídica de la prueba [*law of evidence*]. Lo mismo ocurre en el derecho del *civil law*, en el que, “existe un principio de libertad de la prueba en función del cual todo elemento de conocimiento útil para la determinación del hecho puede ser usado sobre la base de los criterios cognoscitivos propios de la racionalidad general” (Véscovi, E., 1997, p. 87); principio que —como todo principio— tiene sus límites, derivados de la regulación jurídica de las pruebas de esa libertad. De esto se deriva un primer punto de vista relevante conforme al cual la libertad refiere a que las partes tienen “la posibilidad de utilizar todos los medios de prueba relevantes de que dispongan” (Uruguay y otros, 1992).

Ergo, considero particularmente que la exigencia de la libertad de la prueba constituye uno de los que denomino *principios especiales del proceso*; en otras palabras, es una exigencia imprescindible a la idea del proceso, que se vincula específicamente con una de las subcategorías del proceso como tal: la función probatoria. En la misma línea que Echandía, H. D. (2002), se reconocen dos aplicaciones del principio: libertad de objeto y libertad de medios; en relación a la segunda, se indica que el principio tiene algunas limitaciones derivadas de la imposibilidad de utilizar determinados medios, de la existencia de un régimen regulado de proposición de pruebas, etc..

El Derecho Procesal —entre sus múltiples contenidos— establece una serie de procedimientos que refieren a lo que llamo *función o actividad probatoria* —o de

confirmación como, por ejemplo, la denomina Alvarado Velloso (2003) —. Esa función o actividad es la que aglutina a todos los actos procesales que persiguen como fin la prueba y, en definitiva, están dirigidos a permitir al órgano jurisdiccional resolver acerca de la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes. De esa función procesal nos interesa ahora la fase final, aquella en la que el órgano jurisdiccional debe decidir si los hechos alegados existen o no existen.

b. La verdad y su importancia en el derecho probatorio

La percepción —del ser humano y, en general, sobre la realidad; especialmente, sobre los hechos que para sí son tomados como verdaderos y conscientes— no es fácil de ser conocida y explicada. La duda sobre la verdad, sobre la existencia del hombre y de las situaciones fácticas vividas, se constituye en una de las más difíciles e importantes preguntas sobre la humanidad. Una de las principales reflexiones sobre la verdad y su existencia fue presentada por René Descartes en su libro *Discurso del Método*, en el que su duda sobre la existencia quedó concretizada en una cita muy difundida: “pienso, luego existo” (1981, p. 21). Descartes consideró que, con dicha reflexión puso en duda la propia existencia y la propia duda sobre los hechos de la realidad, resolviendo un conflicto existencial al incluir un elemento subjetivo: el pensamiento, que para él constituye la propia prueba de la existencia de la realidad. Esa constatación de que el pensamiento construye la realidad fue hecha de modo empírico, sin conocimiento sobre el psicoanálisis.

Es así cuando tomamos para nosotros como verdadera a determinada premisa, esa elección —muchas veces— puede haber sido hecha de modo irracional por una serie de influencias ambientales o de prejuicios de la persona, y eso hace con que nuestros enjuiciamientos —aunque en bases racionales— puedan sufrir influencia directa de elementos irracionales, a veces, resueltos por una cuestión de simpatía o antipatía, por ejemplo.

Por ello, no creo que estemos muy equivocados al decir que la verdad en el proceso sufre influencia directa de factores externos, extra autos que dicen mucho más sobre los sujetos procesales que sobre la propia verdad en sí. Factores argumentativos —políticos, sociales y económicos— bien empleados son capaces de sensibilizar a los sujetos procesales y pueden transformar hechos improbables en hechos verdaderos; estos factores externos pueden, verbigracia, interferir directamente en la prueba testimonial. Eso es fácilmente demostrable, cuando confrontamos la declaración de dos

testigos que hayan presenciado el mismo hecho; confrontadas las declaraciones de los dos, verificamos que los mismos hechos son narrados de formas diferentes, los detalles que llamaron la atención de un testigo no son los mismos que llamaron la atención del otro testigo —quienes por años estamos en la litigación adversarial percibimos que esta es una situación común en este tipo de pruebas—.

Otra cuestión muy densa para tratar son las llamadas pruebas periciales; y allí, concebimos que opera mucho la subjetividad. Se cree, sin embargo, que la prueba pericial es una prueba objetiva con pequeña probabilidad de error, una vez que dicha prueba se sirve de conocimientos científicos para elaborar sus dictámenes periciales —instrumento técnico que contiene las principales impresiones sobre el objeto de investigación—; no obstante, los factores externos siempre influyen el resultado de la pericia pues la subjetividad de los peritos no puede ser descartada cuando haya la elaboración del dictamen. Dicho en otros términos, esto significa decir que el perito —por razones inconscientes— acaba direccionando el resultado de su pericia sin darse cuenta, presentando resultados supuestamente racionales.

Es dable señalar que, la verdad y prueba están estrictamente ligadas a nuestro pensamiento, y muchas veces lo que percibimos del mundo y de la realidad son consecuencias de innumerables factores externos, subjetivos, que interfieren en la interpretación de la realidad; así, la verdad es explicada como una justificación que permita a todos los interesados la efectiva participación en el proceso de formación de la decisión jurisdiccional. Ahondando en el análisis, diremos que la verdad es fruto de la creación humana, y la prueba es la tentativa del hombre de convencer a todos de que la mejor interpretación de la realidad es aquella percibida por él, consciente o inconscientemente. Apenas el pensamiento y su debida deducción pueden permitir la construcción de la realidad, vivimos dentro de nuestros pensamientos.

La relación entre verdad y prueba es uno de los puntos más tormentosos del derecho procesal, tanto en Paraguay como en el resto del mundo. Verificamos que el juez muchas veces cree que la prueba es la representación de la realidad; tal error — creer que la prueba es una fiel representación de la realidad— induce a innumerables errores judiciales y comprensiones equivocadas a la aplicación del derecho. Buscaremos informar que la prueba es un elemento interpretativo que depende de la subjetividad humana. El análisis de la prueba es una actividad de dialógica, en medida del debate en contradictorio de las partes y de los fundamentos jurisdiccionales.

c. El debido proceso legal

Primero que nada se debe partir del concepto de proceso, el cual es entendido como una sucesión de hechos que conducen a la conclusión de un caso a través de los diversos procedimientos que se van realizando a lo largo del juicio. El proceso es el todo global, que comienza con la promoción de la demanda y termina con la sentencia —ya sea en primera o segunda instancia—, en la que se determina el derecho de las partes; de ahí que tiene importancia fundamental dentro de la misma el debido proceso legal.

Se ha dicho que el Debido Proceso está directamente relacionado con el Estado de Derecho pues este implica, por un lado, la vigencia de las leyes; es decir, la relación lógica o hipótesis jurídica que infiere la adecuación de un hecho a una norma —la cual de no existir, el hecho no puede ser considerado delictivo; o sea, no puede ser penado—. Entonces, el proceso está relacionado, también, con este concepto pues involucra a la aplicación de todo lo establecido en la Constitución y en las leyes, pues nadie podría venir a imponer algo sin que la ley establezca dicha posibilidad —o sea, el supuesto jurídico debe estar establecido de antemano—.

El proceso es un acto que se desarrolla entre las partes y que tiene por finalidad llegar a un objetivo, que es la solución del problema que se ventila en el mismo; la forma en la que ha de venir esa solución —ya sea pacífica o conflictivamente— se define a través de los diversos procedimientos que las normas establecen para que pueda llevarse a cabo el proceso. Por eso, una de las características principales del proceso es la bilateralidad (Monroy, 2004, p. 58)³, dos partes en igualdad de condiciones que exponen sus problemas ante un tercero imparcial e *imparcial*, que pueda darles una solución que satisfaga —sino a todas las partes; por lo menos, a una de ellas—.

i. Los principios del debido proceso legal

¿Cuál es la diferencia entre reglas y principios?, se pregunta Zagrebelsky. (1995). En primer lugar, solo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, “constitutivo” del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Consti-

.....
3 “[...] todo proceso supone la existencia de un procedimiento que se cumple mediante la concatenación de muchos actos realizados por las partes y por el juez. Pero la idea de proceso supone algo más que la simple concatenación de actos: supone la bilateralidad de todas las instancias de las partes.” (Alvarado, Versión Digital, p.p. 238 y 239)

tución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial; estas se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan. Aparte de esto, quizás, la diferencia más importante pueda venir sugerida por el distinto tratamiento que la ciencia del derecho otorga a reglas y principios; sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica que tienen por objeto el lenguaje del legislador, en las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo.

Por lo general, el significado lingüístico de los principios es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras. Las fórmulas de principio son a menudo expresiones un tanto banales, producto de una recepción jurídica de tercera o cuarta mano; pero, no por ello menos venerables pues remiten a tradiciones históricas, contextos de significado, etc.,. Más que interpretadas a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidas en su *ethos*. En pocas palabras, a las reglas se les obedece y por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a los principios, en cambio, “se presta adhesión”, por lo que es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión.

ii. Los principios para Alvarado Velloso

La doctrina generalizada acepta que se entiende por principios procesales a las grandes directrices que expresa o brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado (2015, p. 211).

De otro lado, expresa el autor,

[el] principio: se trata de un punto de partida. Pero así como nadie puede caminar hacia ninguna parte (siempre que lo haga tomará una dirección: hacia adelante, hacia atrás, etc.), ese punto de partida debe ser visto en función de lo que se pretende hallar o lograr al llegar (en el derecho privado esto se llama causa eficiente y causa fin). Si lo que se desea es regular un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad ante un tercero que hetero compondrá el litigio, formular los principios necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las líneas directivas fundamentales que deben ser

imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema.

d. Imparcialidad

La independencia del Magistrado es una necesidad para los ciudadanos que acuden a la justicia para sustanciar sus diferencias; por lo que, la decisión que tome no debe estar bajo ningún aspecto influenciada por circunstancias ajenas a su voluntad, —en palabras sencillas— debe hacer oídos sordos ante cualquier sugerencia o influencia de una de las partes que se presente. En términos de Alvarado (2010):

Principio de imparcialidad del juzgador: De la mayor importancia es éste, que indica que el tercero actúa en calidad de autoridad para procesar y sentencia el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (*imparcialidad*) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (*imparcialidad*) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (*independencia*). (pp. 215 - 216).

Por otro lado, el Principio de igualdad de las partes nos señala que, si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, igualar jurídicamente las diferencias naturales que irremediablemente separan a los hombres; entonces, es consustancial de la idea lógica de proceso el que el debate se efectúe en pie de perfecta igualdad. Tan importante es esto que todas las constituciones del mundo consagran de modo expreso el derecho a la igualdad ante la ley prohibiendo contemporáneamente algunas situaciones que implican clara desigualdad —prerrogativas de sangre y de nacimiento, títulos de nobleza, fueros personales, etc.— y admitiendo otras que permiten paliar la desigualdad —el libre acceso a los tribunales de quienes carecen de los medios económicos suficientes para ello, etc—.

En el mismo sentido, anota Mendonca, D. (2008):

La exigencia de igualdad, desde luego, no puede ser tomada en términos absolutos, en el sentido de imponer exactamente el mismo trato a todos, cualesquiera sean las circunstancias. Tal uniformidad absoluta no es lo que exige esta idea de justicia, pues la falta de reconocimiento de las diferencias relevantes significaría ubicar a todos en idéntica posición, cosa que nadie ha pretendido

dentro de esta tradición. Por el contrario, no puede considerarse injusto, desde esta perspectiva, que se hagan distinciones, de manera que los beneficios y las cargas, los derechos y los deberes, sean distribuidos teniendo en cuenta circunstancias condicionantes. La exigencia de igualdad encierra únicamente la pretensión de que nadie, en forma arbitraria, sea sometido a un trato que difiera del que se acuerda a otros. Esta exigencia debe ser comprendida, por tanto, en un sentido relativo, es decir, como una exigencia de que los iguales sean tratados de la misma manera. En otras palabras, la exigencia de igualdad contenida en esta idea de justicia no está dirigida en forma absoluta a todos y a cada uno, sino a todos los miembros de una clase, determinados por ciertos criterios de relevancia. La justicia, en este sentido señalado, como pura demanda de igualdad, recoge una exigencia de racionalidad, en tanto que el trato acordado a una persona debe ser predeterminable por ciertos criterios establecidos en reglas dadas. (pp. 302-303).

e. Economía procesal

Este principio engloba como primer punto a la economía de tiempo, como segundo a la economía de esfuerzos y por último, como tercero a la economía de gastos. Hace un buen tiempo los países intentan disminuir el tiempo de los procesos, dinamizar los trámites y facilitar el acceso a la justicia a los ciudadanos. Alvarado Velloso (2009) lo describe, así:

Doctrinalmente es difícil determinar el ámbito de aplicación de esta regla. Tal imprecisión viene de la simple circunstancia de que la economía no implica solamente la reducción del coste del proceso sino también la solución del antiguo problema del alargamiento del trámite, la suspensión de tareas inútiles y, en definitiva, la reducción de todo esfuerzo (cualquiera sea su índole) que no guarde adecuada correlación con la necesidad que pretende satisfacerse. (p. 221)

f. Celeridad

Mediante este principio se trata que los procesos sean tramitados en el menor tiempo que se pueda, para así llegar con más rapidez al estado de dictar sentencia. Nuestro Código Procesal Civil prevé remedios para cuando se busca dilatar el proceso; así como: el rechazo liminar contenido en el Art. 184 para los casos en que se promueva un incidente manifiestamente improcedente.

Esta regla indica que el proceso debe tramitar y lograr su objetivo en el menor tiempo posible, por una simple razón ya apuntada con exactitud por el maestro Couture: “En el proceso, el tiempo es algo más que oro: es justicia” (Couture, 1954, p. 37). Una simple lectura de los ordenamientos legales vigentes revela que el legislador americano no ha comprendido el problema recién señalado: en la actualidad se asiste a un fenómeno complejo que se presenta en todas las latitudes y que se denomina universalmente crisis de la justicia (Alvarado, 2009).

g. Publicidad

A través de este principio se trata que los procesos no sean confidenciales por encima de las partes inmersas en él; busca que el litigio sea público y con ello, otorgarle suficiente transparencia a las contiendas existentes.

Esta regla, propia del sistema dispositivo o acusatorio, indica que el desarrollo de la serie procedimental debe hacerse públicamente, en presencia de quien esté interesado en el seguimiento de su curso. Salvo en casos excepcionales que, por motivos superiores, aconsejan lo contrario (por ejemplo, litigios en los que se ventilan problemas íntimos familiares), la publicidad es un ideal propio de todo régimen republicano de gobierno. (Alvarado, 2009, p. 222).

h. Preclusión

Los procesos se van dividiendo en fases que, una vez cumplidas se cierran sin posibilidad de reiniciarse; lo que se traduce en, que los actos que se tuvieron que haber realizado en la etapa correspondiente ya no podrán realizarse tras su cierre. Toda regla presenta excepción: los de hechos nuevos o agregación de documentos recién conocidos o posteriores (Congreso de la Nación paraguaya Ley N° 1337, Código Procesal Civil, 1988, art. 103).

La idea lógica del proceso implica el necesario desarrollo de una serie cuyos componentes deben ser cumplidos en un cierto orden establecido por la ley o por la convención. La regla procesal que se adecua a esta idea se conoce en doctrina con la denominación de orden consecutivo y de ella se deriva que cada elemento de la serie debe preceder imprescindiblemente al que le sigue. Como todo el desarrollo de la serie procedimental tiene una duración temporal —no importa al efecto de cuán dilatada sea—, debe establecerse en la normativa que la rige un cierto plazo para efectuar cada uno de los pasos necesarios para llegar a su objeto. En la alternativa de las

respuestas jurídicas, el legislador puede optar por dos soluciones diferentes: permitir o no el retroceso de los pasos que exige el desarrollo de la serie; en otras palabras, posibilitar que las partes insten cuando lo deseen [regla del libre desenvolvimiento o de la unidad de vista] o que lo hagan sólo y exclusivamente dentro del plazo prefijado al efecto [regla de preclusión] (Alvarado, 2009).

i. Concentración

Existe un dispendio innecesario de la actividad del Juzgado y de las partes porque las etapas se fragmentan en una serie interminable de diligencias que, sobre todo, no se llevan a cabo con la presencia del Magistrado. Con este principio a las partes deben ofrecer toda la prueba en los escritos de constitución del proceso principal o incidental (Cfr. Congreso de la Nación paraguaya. Ley N° 1337, Código Procesal Civil, 1988, art. 183, 252, 319, 460 y 624).

Tiende el principio de concentración a acelerar el proceso, eliminando trámites que no sean indispensables; lo que, a la vez, obtiene una visión más concreta de la *litis*. Ello supone la concesión al juez de facultades amplias en la dirección del procedimiento que le permite negar aquellas diligencias que considere innecesarias y, además, disponer en cambio ciertas medidas destinadas a suplir omisiones de las partes o que estime convenientes para regularizar el procedimiento; empero, la concentración es también una característica del proceso oral. Nuestro procedimiento escrito es, a diferencia, una negación del principio pues se diluye en traslados e incidentes que complican y prolongan el proceso. Sólo encontramos una aplicación, por cierto bien reducida, en los juicios especiales, y, en especial, en los juicios de menor cuantía ante la justicia de paz donde, según la intención del legislador todo el proceso debería concentrarse en una sola audiencia (Cfr. Alsina, 1958, pp. 461 - 462).

j. Eventualidad

Su objetivo es agrupar todas las defensas o ataques que posean las partes para darle ese dinamismo necesario al proceso; también, trata de resguardar a los litigantes ante chicanas procesales que se pudieren presentar y evita nulidades insalvables.

El principio de eventualidad consiste en aportar de una sola vez todos los medios de ataque y defensa como medida de previsión *ad eventum* para el caso en el que el primeramente interpuesto sea desestimado; tiene por objeto favorecer la celeridad

de los trámites, impidiendo regresiones en el procedimiento y evitando la multiplicidad en juicios (Cfr. Alsina, 1958, p. 462).

k. Saneamiento

Nuestro Código de Procedimientos Civil con el Art. 113 permite al Magistrado anular las actuaciones que se dieron en el proceso que estuviesen viciados de oficio; por otra parte, según el 184, puede rechazar preliminarmente los incidentes que sean manifiestamente improcedentes. Asimismo, en el proceso penal en la llamada audiencia preliminar o inicial o de saneamiento, el Juzgado cuenta con la posibilidad de anular aquellas actuaciones que sean irregulares antes de partir a la siguiente etapa procesal.

Esta regla es compatible con la que indica que la dirección del proceso es ejercida por el juzgador y no por las partes (Congreso de la Nación paraguaya Ley N° 1337, Código Procesal Civil, 1988, art. 15). Cuando se la adopta en una legislación dada cabe otorgar al juez facultades suficientes para decidir a modo liminar acerca de cuestiones objetivamente improponibles; es decir, aquellas que carecen de todo respaldo legal (Cfr. Alvarado, 2009, p. 226).

Conclusiones

La principal tarea del Juez en su función de implementar, defender y proteger la figura del Debido Proceso en nuestro país es la de estudiar profundamente los principios de la misma, o sea, profundizar en la manera en la que esos principios están consignados en la Constitución y en las leyes cubanas; también, ahondar en la forma en que debe aplicarlos creativamente en la práctica diaria, en todo lo que la Ley establezca y en todo lo que su arbitrio legítimamente le permita.

De allí la importancia de que la producción de las pruebas sirva como un derecho de acceso a la justicia como presupuesto del debido proceso; en ese sentido el acceso a la justicia ha sido una de las asignaturas pendientes con mayor demanda por parte de la ciudadanía en el Estado paraguayo. Igualmente, en el plano internacional existe una fuerte exigencia para satisfacer este derecho fundamental en varias de sus sentencias; especialmente, las dictadas contra el Estado Mexicano. En este contexto, uno de los elementos y requisitos imprescindibles de este derecho fundamental es la accesibilidad y efectividad del mismo y no, de sus pilares; lo que constituye la producción de las pruebas —específicamente, en el sistema de valoración de los medios de prueba por parte de los órganos jurisdiccionales—.

El debido proceso marca un hito importante como principio protector y marca su incidencia en la apreciación judicial de la prueba; es por ello que, el Juez tiene como límite en su labor interpretativa a la luz del debido proceso a la obligatoriedad de pronunciarse sobre todas las pruebas —existentes, evidentes, entre otras— dentro del juicio, fundando en el razonamiento lógico al que ha llegado —partiendo de la yuxtaposición de las premisas menor y mayor—.

Adicionalmente, es un requisito indispensable de toda sentencia la motivación de la misma mediante una exposición en términos claros, precisos y lacónicos sobre los hechos controvertidos en el proceso, las pruebas evacuadas y el análisis sobre su valoración como sustento del dispositivo dictado al efecto. En este orden de ideas y como fundamento del debido proceso, surgen las reglas de la sana crítica como un complemento que el legislador facultó al juez para que —en caso de dudas sobre la apreciación de las pruebas y de los hechos— recurra a los principios del debido proceso legal descriptos precedentemente.

Así, el juez cuenta con suficientes medios —bien aportados por las partes o traídos al proceso en su facultad oficiosa—, además, del servicio del auxilio probatorio de los indicios y presunciones para extraer conclusiones lógicas y certeras de su razonamiento intelectual, a modo de evitar excesos y decisiones alejadas de la justicia y en detrimento del derecho a la defensa y al debido proceso como garantías constitucionales y convencionales.

Finalmente, esta tesis no supone verdad. Sea bienvenido el debate.

Referencias

Alsina, H. (1958). *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires, Argentina: Editorial EDIAR.

Alvarado, A. (2009). Lecciones de Derecho Procesal Civil. En Adolfo Velloso (Ed.) *Sistema Procesal: Garantía de la Libertad Adaptado a la Legislación Paraguaya* por Sebastian Irún Croskey. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Calonga A., A. (2008). *Meditaciones sobre la Prueba*. Asunción, Paraguay: Editora Intercontinental.

- Casco P., H. (2016). *Código Procesal Civil comentado y concordado, Tomo I y II*. Asunción, Paraguay: La Ley Paraguaya SA.
- Couture, E. (1943). Sobre el precepto 'Nemo tenetur edere contra se'. *Rev. de Derecho Procesal Argentino* (I) part. I, 53 - 71.
- Descartes, R. (1981). *Discurso del método*. México D.F., México: Editorial Porrúa.
- Echandía, H. D. (2002). *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá. Colombia: Editorial Temis.
- Ley N° 1183, Código Civil de Paraguay. Congreso de la Nación paraguaya, Paraguay, 23 de diciembre de 1985. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Paraguay.pdf
- Ley N° 1337, Código Procesal Civil. Congreso de la Nación paraguaya, Paraguay, 04 de noviembre de 1988. Recuperado de <http://www.correoparaguayo.gov.py/application/files/2814/7015/6328/Codigo-Procesal-Civil-1988.pdf>
- Mendonca, D. (2008). *Análisis Constitucional. Una Introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*. Asunción, Paraguay: Edit. Intercontinental
- Taruffo, M. (2003). *La prueba de los hechos. Trad. Jordi Ferrer Beltran*. Madrid, España: Ed. Trotta.
- Uruguay, Véscovi, E., & de Hegedus Sanz, M. (1992). *Código general del proceso: comentado, anotado y concordado*. Montevideo, Uruguay: Editorial Abaco.
- Véscovi, E. (1997). La carga de la prueba. En Instituto Uruguayo de Derecho Procesal (Ed.), *Las IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, pp. 263-274. Montevideo, Uruguay: Montevideo Ed. Univ.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 2. Madrid. Editorial Trotta.

Capítulo III

Control de Convencionalidad. Génesis, evolución, elementos sustanciales y procesales

Carlos E. Saraza Gómez¹

Introducción

El presente texto tiene como propósito principal el abordaje de cuatro elementos esenciales para el estudio y comprensión de una categoría jurídica que se considera aún emergente² en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos [SI-PDH]: El Control de Convencionalidad.

.....

² Esta aseveración se fundamenta no sólo en el hecho de que el término fue acuñado recientemente (año 2003); también, se sustenta en el debate que se suscita en la actualidad y, por ende, las diversas posturas resultantes al interior de los ordenamientos jurídicos de los Estados que integran el SIPDH en cuanto a su eficacia y a la obligatoriedad que implica o no el control para cada uno de ellos. Además, si se visiona desde una postura meramente historicista, resulta fácil comprender que una institución que tiene poco menos de diecisiete años de evolución es —si se me permite la metáfora— nada más que un cigoto jurídico al cual le hace falta un trasegar considerable para lograr su desarrollo y madurez.

¹Abogado colombiano. 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;
Orcid: 0000-0002-8395-7734.

Lejos de pretender agotarlos³, se busca esbozar, en su orden: i) el surgimiento jurisprudencial del concepto; ii) su desarrollo en la línea temporal de las decisiones y pronunciamientos emitidos en el seno de los órganos que conforman el SIPDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos); iii) los elementos sustanciales; y iv) los elementos procesales que le son propios. Esto permitirá arribar a conclusiones tangenciales respecto de su actual utilización y de las formalidades que le subyacen al momento de su aplicación en los ordenamientos jurídicos de los países que conforman la Organización de Estados Americanos [OEA], de su posible extensión o trasplante⁴ a otras latitudes y, de las consecuencias por la negativa de su observancia y de los retos que implica la aceptación de esta categoría en sistemas jurídicos convulsionados por las realidades sociales, políticas e incluso económicas en los que se forja.

Génesis

Aunque no son los únicos principios relevantes, los tres que resaltaremos resultan axiales para la existencia y el debido funcionamiento del derecho internacional; tal como se deriva del preámbulo de la Convención de Viena: Buena fe, *Pacta sunt servanda* y *Ex consensu advenit vinculum* (Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas, 1969). El primero implica la convicción de los Estados de actuar en todo momento conforme al derecho y a la justicia, con lealtad y oportunidad en pro de la reciprocidad que rige las relaciones entre los sujetos en el ámbito supranacional (Benfeld e, 2018); el segundo determina la obligatoriedad de cumplir fielmente con el

3 Pretensión irrealizable en razón de las características propias del texto en cuanto a su extensión, público, objetivo e intencionalidad meramente introductoria; también, mayormente por la amplitud de la temática en cuestión que ha sido objeto de profundos análisis en voluminosas y valiosísimas obras de la literatura jurídica —de las cuales algunas se referenciarán, cuyo contenido sería imposible equiparar y plantear en su totalidad—.

4 Este término se utiliza a la luz de los postulados de Diego Eduardo López Medina (2004) en su *Teoría Impura del Derecho*, en la que plantea que los “trasplantes” normativos consisten en el envío o remisión de normas jurídicas —lo que incluye sub reglas creadas por los sujetos revestidos de jurisdicción— de ordenamientos jurídicos dominantes hacia otros que las adoptan casi sin tener en cuenta sus propios contextos y a los cuales denomina “sitios de recepción”. Si bien el profesor López ejemplifica con mayor ahínco en su obra la importación de instituciones jurídicas europeas y norteamericanas; por parte de los países pertenecientes a América Latina, en la actualidad dichos trasplantes pueden darse en cualquier vía, gracias a la apertura jurídica y al denominado *diálogo jurisdiccional* propuesto por Sergio García Ramírez (2014) y acuñado por A.M. Slaughter (1994), que implica «una transjudicial communication que caracterizaría las relaciones entre tribunales diversos: horizontal y vertical» (Ramírez, 2014).

contenido de un tratado conforme a lo pactado; y el tercero determina la vinculatividad de los pactos de derecho internacional para las altas partes contratantes, en virtud del consentimiento manifestado con plena libertad y voluntad (Ibáñez, 2015).

La existencia de estos principios y su proclamación en el derecho internacional garantizan que los instrumentos que lo constituyen no son una serie de textos insulsos, pueriles o insustanciales; en cambio, los dotan de sentido material y permiten su exigibilidad a los Estados pactantes. Esto se traduce en la práctica en la posibilidad de proteger los derechos previstos en los ordenamientos supranacionales mediante la exigencia de su acatamiento y la justiciabilidad en caso de incumplimiento; esto es, mediante la materialización de su defensa y protección.

De allí y ante la necesidad de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales (Corte IDH, Sentencia del Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile, 2006) —específicamente, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵— es que surge en el marco del SIPDH, el concepto de control de convencionalidad⁶.

Esta categoría ve la luz por primera vez en el año 2003 en el voto concurrente razonado, emitido por Sergio García Ramírez en la decisión del caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Allí, en la consideración número 27, el Juez deja sentada la postura de que el Estado no puede ser escindido para efectos del cumplimiento de las obligaciones convencionalmente adquiridas y, en esa división, “sustraer a otros [órganos estatales] de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.” (Sentencia del Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, 2003). Esta misma postura la mantuvo el juez García en el voto razonado concurrente que emitió en un caso en contra del Estado ecuatoriano en el año 2004, en el que equiparó el control de convencionalidad que debe realizar la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH] con el control de constitucionalidad que realizan los tribunales constitucionales al interior de los estados (Sentencia del Caso Tibi vs. Ecuador, 2004).

5 Es necesario anotar que sólo en principio se propendió a la garantía del efecto útil del Pacto de San José; pero, como se verá posteriormente, este concepto evolucionó hasta abarcar todos los instrumentos que hacen parte del *corpus iuris* del SIDH.

6 Sobre los principios en los que se sustenta la categoría del Control de Convencionalidad existen algunas discrepancias teóricas; sin embargo, la mayoría de los autores coinciden en, al menos, dos de los principios citados: *pacta sunt servanda* y buena fe. Al respecto, puede consultarse: Santofimio, J. (2017); Quinche Ramírez, M. F. (2017); Brewer, A., & Santofimio, J. (2013).

Si bien estas fueron las primeras aproximaciones expresas a la conceptualización del control de convencionalidad como categoría jurídica autónoma, vale la pena destacar la postura de autores que consideran que la existencia de la institución se remonta al momento mismo del nacimiento de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos [CADH] en el año 1969⁷ y, algunos de ellos sobre esta idea cimientan una acérrima crítica al concepto, planteando su inexistencia e incluso, tildándolo de falso⁸.

Evolución

A pesar de las críticas y las oposiciones — sanas, evidentemente, para el enriquecimiento discursivo y teórico—, el control de convencionalidad [CCV] se abrió paso en las decisiones de la Corte IDH, que acogió en el año 2006 el criterio esbozado por el juez García. En la sentencia del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*⁹, la Corte dió las primeras pinceladas del concepto, expresando que si bien los jueces y los tribunales internos están sujetos al imperio de la ley de cada Estado, cuando este ha ratificado un tratado internacional, aquellos también quedan sujetos al mismo; por lo tanto, quedan obligados a velar por los efectos de dicho tratado y a verificar que las leyes internas no le sean contrarias a su objeto y fin, lo cual se materializa ejerciendo una especie de control de convencionalidad que deben realizar los miembros del Poder Judicial — llamados a 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— (Corte IDH, 2006) IDH Sentencia del Caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*, 2006).

De este primer acercamiento se deben rescatar dos elementos cruciales: i) la realización del control que se dirige únicamente a los integrantes del poder judicial —jueces propiamente dichos—; y ii) el control que se realiza teniendo como parámetros las normas contenidas en la CADH pero, también las interpretaciones que de ellos ha realizado la Corte IDH. Lo anterior indica que, desde su proclamación como categoría jurídica, el CCV incluyó como estándar interpretativo las sub reglas fijadas por la jurisprudencia del Tribunal Interamericano.

7 En este sentido, se puede consultar a Santofimio, J. (2017, p. 43) y a Castilla, K. (2011).

8 Sobre este particular, se puede consultar a: Castilla Juárez, K. (2014).

9 Se conoce este como el *lead case* en materia de CCV, pues fue el primer pronunciamiento de la Corte IDH como cuerpo colegiado en el que se abordó la categoría. Nótese que en las decisiones anteriores de 2003 y 2004 el CCV había sido producto de votos razonados concurrentes que no comprometen a la Corte como Corporación y que implican una opinión aislada de uno de sus jueces.

Unos meses después, la Corte IDH amplió el criterio del CCV en lo que atañe a los sujetos que deben realizarlo; en la decisión del caso Aguado Alfaro y otros contra el Estado peruano, dispuso que esta obligación de control no solamente les corresponde a los miembros del poder judicial que se hallan revestidos de jurisdicción y la extendió a todos los “órganos del Poder Judicial” (Corte IDH y Sentencia del Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, 2006). La implicación de esta variación resulta en que, tanto los jueces como los funcionarios administrativos adscritos a la rama jurisdiccional del poder público están en la obligación de ejercer el debido CCV.

Siguiendo la línea temporal, en el año 2007 la Corte IDH recabó en la sub regla que determina que, los Estados Parte de la CADH no pueden contraerse al análisis constitucional de las normas de su ordenamiento interno; y que, por ende, deben realizar un contraste de tipo convencional que garantice la sujeción de dichas normas al Pacto de San José, teniendo en cuenta las obligaciones derivadas de los artículos 1 y 2 de este (Corte IDH, Sentencia del Caso Boyce y otros vs. Barbados , 2007).

Para el año 2008 y con la firme intención de robustecer la doctrina, la Corte IDH introduce una interesante variación a la misma. El CCV ya no debe ser realizado por los operadores de justicia únicamente respecto de la expedición de normas jurídicas por parte de un Estado determinado; también, se debe extender dicho control a las prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los Derechos Humanos (Sentencia del Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá , 2008). Lo anterior redundó en que ahora las reglas y sub reglas convencionales se deben aplicar a situaciones fácticas, cuestión bastante “novedosa”¹⁰ y que propende a la garantía material de los Derechos Humanos [efecto útil]; es decir, traspasa el límite normativo para inmiscuirse en el análisis de situaciones que de facto puedan menguarlos.

.....

10 En Colombia existe, desde el año 1997, la figura jurídica denominada Estado de Cosas Inconstitucional (ECI), que puede equipararse a este avance en materia de CCV. El ECI no es otra cosa que el resultado de observar realidades (cuestiones factuales), que van en contravía de la Constitución Política de 1991 y que afectan derechos fundamentales. En Colombia “El surgimiento de la figura del ECI se presentó con la sentencia SU-559 del 6 de noviembre de 1997, en la cual la Corte declaró un estado de cosas contrario a la Constitución, por la omisión de dos municipios de Bolívar de afiliar a sus docentes al *Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, a pesar de que se estaban haciendo los correspondientes descuentos de los salarios devengados.*” (Lyons et al., 2011, p. 73).

En los dos años siguientes, la Corte IDH se ocupó, desde diversas decisiones, de consolidar la teoría esbozada hasta ese momento. En términos de Carbonell (2013): “Así sucedió en el caso *Rosendo Radilla Pacheco contra México* (2009; párr. 339), *Fernández Ortega y otros contra México* (2010; párr. 234), *Rosendo Cantú y otra contra México* (2010; párr. 219)” (pp. 74-75).

Pero, el ensanchamiento de la doctrina no llegó hasta allí. En 2010, la Corte IDH introdujo un nuevo elemento subjetivo al CCV; es decir, amplió el catálogo de sujetos obligados a ejercer el control; en esta ocasión, la sub regla generada impuso este imperativo, *ex officio* a todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (Corte IDH, Sentencia del Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 2009). Con esta nueva decisión se devela que cualquier entidad y funcionario estatal de cualquier nivel y cualquier rama del poder público, vinculado a la administración de justicia¹¹ e incluso, cualquier particular que se encuentre revestido de jurisdicción¹² debe ejercer de manera efectiva el control de convencionalidad.

En el año 2011, la intención de consolidación y ampliación de la doctrina del CCV fue también diáfana; cuatro decisiones de la Corte IDH de esa anualidad lo ratifican. Tal como lo expone el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH): “los estándares sobre el control de convencionalidad fueron citados en cuatro sentencias en los casos *Gelman Vs Uruguay*; *Chocrón Vs Venezuela*, *López Mendoza Vs Venezuela*, *Fontevicchia* y *D’amico Vs Argentina*” (Ibáñez, 2015, p. 53); por lo que fueron esos fallos los que contribuyeron al desarrollo. Sin embargo, de ellos vale la pena resaltar el caso *Gelman* pues, en este la Corte amplió nuevamente el plexo de sujetos obligados a ejercer el control.

En esa icónica sentencia, el Tribunal Interamericano dispuso que el CCV debe llevarse a cabo por todas las autoridades estatales, sin importar su filiación a cualquier rama del poder público y sin distinción alguna de las funciones que cumpla, es decir,

.....
11 Entendida no solo desde el punto de vista orgánico sino, también, desde el punto de vista funcional y, más que nada, como derecho fundamental.

12 En Colombia, el artículo 116 de la Constitución Política de 1991 permite que se invista excepcionalmente a autoridades administrativas (pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público), y transitoriamente a los particulares, de la función de administrar justicia. Es por ello que, entidades como las Superintendencias Financiera y de Industria y Comercio, y personas —como los Notarios Públicos y los árbitros— pueden ejercer funciones jurisdiccionales legalmente reguladas. Al respecto, ver como ejemplos: Ley 1564 de 2012, art. 24 y Ley 1563 de 2012, entre otras.

sin fijación en que administre justicia o no lo haga. Por la preeminencia de esta decisión, tal vez, sea prudente citar *in extenso* el apartado que se evoca:

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los Derechos Humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los Derechos Humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”(supra párr. 193) que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. (Corte IDHIDH Sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay, 2011, párr. 239).

Otro avance trascendente en la doctrina del CCV se produjo en el año 2012. El Tribunal Interamericano estableció que, además de la CADH, a otros instrumentos que hacen parte del *corpus iuris* interamericano también se extiende el análisis del control. Dicho de otra manera, que las normas y actuaciones de los Estados deben contrastarse con el contenido y la interpretación de la CADH; pero, también con el contenido normativo y hermenéutico de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, así como de los demás tratados sobre Derechos Humanos de los cuales sea parte el Estado (Corte IDH, 2012). IDH Sentencia Caso Gudiel Álvarez y otros Vs Guatemala, 2012).

Ya en el año 2014, la Corte IDH insistió en los estándares fijados, recordando que todas las autoridades y órganos estatales tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad, acorde con su ámbito competencial (Sentencia del Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs República Dominicana, 2014) y conforme a las regulaciones procesales correspondientes (Sentencia del caso Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador, 2014). Adicionalmente, en esta última decisión la

Corte introdujo un elemento crucial en materia de educación o pedagogía para los Derechos Humanos; en el apartado 244 de la sentencia, el tribunal impuso al Estado el imperativo de implementar, dentro de un plazo razonable, programas permanentes en materia de Derechos Humanos, SIPDH y control de convencionalidad a autoridades —tales como: militares, policías, jueces y fiscales—.

En otra decisión de la misma anualidad, la Corte fue transparente en señalar que el Pacto de San José no impone a los Estados un modelo específico para realizar el control de constitucionalidad y de convencionalidad (Corte IDH SUR, Sentencia del Caso Liakat Ali Alibux vs Suriname, 2014); determinación que ha llevado a la doctrina a plantear la posibilidad de que, hoy día no se hable de un control de convencionalidad sino de distintos o variados controles de convencionalidad —tanto desde la perspectiva de si son concentrados o difusos, como desde la óptica de su operacionalización por cada Estado, con respeto de su independencia y autonomía—.

También ese año, mediante la expedición de la opinión consultiva OC-21/14 sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, la Corte recogió los estándares hasta ahora desarrollados, agregando que el CCV se ejerce, además, respecto de las opiniones consultivas emanadas por ella en ejercicio de la competencia no contenciosa o consultiva que le atribuye la CADH (Corte IDH, Opinión Consultiva Oc-21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, 2014). Esta postura fue posteriormente ratificada en la opinión consultiva OC-24/17, en la cual la Corte fue enfática (Corte IDH, 20172017Opinión Consultiva Oc-24/17, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, párr. 26) al determinar que este tipo de pronunciamientos [OC] deben ser objeto de CCV en razón por la que comparte la misma esencia y propósito del SIPDH, la cual es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.

Entre el 2017 y la actualidad, la Corte IDH ha emitido algunos pronunciamientos y opiniones que ratifican o aplican el surco decisorio señalado, pero no ha introducido ningún cambio o novedad en este; así, el recorrido realizado por la línea del tiempo evolutiva del CCV puede llevar a plantear unos rasgos característicos de la teoría, una especie de radiografía que permite distinguir los estándares que actualmente la rigen:

- a) El CCV es un imperativo para los Estados que hacen parte del SIPDH, el cual se deriva del cumplimiento de los artículos 1.1 y 2 de la CADH.

- b) Este debe ser ejercido *ex officio*; por lo tanto, no se requiere una orden específica o norma jurídica que lo establezca y tampoco es necesaria una solicitud de parte.
- c) Los sujetos obligados son todas las autoridades estatales sin observancia de su rango, nivel, jerarquía o de la rama del poder a la que pertenezcan.
- d) Las normas respecto a las cuales se extiende su aplicación son todas aquellas que hacen parte del llamado *corpus iuris* interamericano¹³; además, incluye las sub reglas creadas por la Corte IDH en ejercicio de sus funciones contenciosa [sentencias o decisiones] y consultiva [opiniones consultivas].
- e) El CCV se debe ejercer también sobre acciones, actos o prácticas estatales [elementos factuales] que atenten o contravengan los Derechos Humanos.
- f) El Control debe ejercerse atendiendo al marco de las competencias específicas de cada autoridad estatal y con atención a las regulaciones procesales establecidas por el ordenamiento jurídico interno.
- g) No existe un modelo específico de control de convencionalidad creado por la Corte IDH; por lo que, su operacionalización y aplicación están mediadas por la autonomía y la soberanía de cada Estado parte.

La identificación de tales rasgos resulta de vital importancia para el abordaje de la categoría; puesto que, a pesar de las discusiones teóricas y la evolución de las decisiones que la nutren, no se ha llegado a un consenso en cuanto a la concreción conceptual de aquella. Por ejemplo, en un conato de definición, la Corte IDH dijo que el CCV es “una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia” del propio Tribunal Interamericano (Corte IDH CR, Resolución del Caso Gelman vs. Uruguay 2013); sin embargo, otros autores han propuesto definiciones más o menos similares¹⁴, pero que, en todo caso, abarcan como mínimo los elementos antes relacionados.

.....
13 Siempre que se encuentren ratificadas por el Estado en cuestión.

14 Como ejemplo de ello, podemos citar a Castilla Juárez quien propone que el CCV “es el término que la Corte Interamericana de Derechos Humanos introdujo en su jurisprudencia para identificar la actividad que deben desarrollar todas las autoridades, órganos y poderes de un Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados interamericanos, consistente en aplicar *ex officio* el Derecho Internacional, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de dicho tribunal interamericano, en el marco de las respectivas competencias de cada autoridad, órgano o poder y de las regulaciones procesales correspondientes.” (Juárez, 2016, p. 102).

Elementos del CCV

Ahora bien, teniendo como base el desarrollo jurisprudencial y el acercamiento a los conceptos antes citados, se procederá a hacer un intento de desentrañar los elementos sustanciales y procesales que subyacen al CCV, de la mano de las formulaciones que al respecto ha planteado el profesor Manuel Fernando Quinche.

Elementos sustanciales

Un primer elemento de orden sustantivo que debe resaltarse respecto del CCV es: su procedencia, teniendo como base las fuentes del derecho. Es sabido que, el artículo 38 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia de la Haya es la norma positiva en la que se ha sustentado el sistema de fuentes del derecho internacional, norma creada con el propósito de orientar a los jueces en sus pronunciamientos; esta tiene —según la doctrina— un carácter meramente enumerativo y enunciativo, mas no taxativo y jerárquico (Schnöhr, 2017). Este listado de fuentes tiene la siguiente configuración:

Para orientar a los jueces en sus pronunciamientos, el Estatuto de la CIJ enuncia las fuentes a que se debe recurrir para resolver el caso. En su artículo 38 dice lo siguiente: 1. La Corte, cuya función es la de decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. Los principios de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir el litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren. (Zimmermann et al., 2019).

Del apartado transcrito se deduce que las fuentes propuestas son: i) de naturaleza normativa en estricto sentido —tratados, convenios, pactos, etcétera—; ii) de naturaleza consuetudinaria; c) de naturaleza principalística; d) de naturaleza jurisprudencial o jurisdiccional y; e) de naturaleza doctrinal. En este orden de ideas, resulta claro que el CCV procede de una fuente de naturaleza jurisprudencial; puesto que, si bien se ha derivado de dos normas de la CADH, este no se encuentra allí previsto

de manera positiva y ha tenido que ser construido como categoría jurídica desde las decisiones del órgano jurisdiccional interamericano. Expresado de una manera más simple, el CCV no tiene consagración normativa sustancial expresa en la CADH u otro tratado y su existencia se debe, por tanto, a sub reglas de derecho creadas por la Corte IDH.

En segundo lugar, es importante recordar que el objeto de la formulación del CCV es la protección material de los Derechos Humanos o, lo que es lo mismo, velar por el efecto útil de los tratados que los contemplan. De tal suerte que, a las autoridades internas de un Estado les está prescrita la salvaguarda de los derechos fundamentales que este ha reconocido en su ordenamiento jurídico; pero, a la vez, también les está decretada la protección de los derechos que el Estado ha reconocido a nivel internacional. La idea anterior la expuso con toda claridad el Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado del caso Cabrera García el cual, citado por Quinche, sugiere la siguiente formulación:

[...] de tal modo que el juez nacional no solo salvaguarda los derechos fundamentales reconocidos por el Estado al que pertenece, <<sino también el conjunto de valores, principios y Derechos Humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. (Quinche Ramírez, 2017, p. 41).

Así se puede argüir, entonces, que desde el punto de vista sustancial el CCV se dirige a la protección de aquellos elementos axiológicos, principialísticos y normativos de los Derechos Humanos que obligan a los Estados por el sólo hecho de la firma y ratificación de los instrumentos constitutivos del *corpus iuris* interamericano. Esto quiere decir que, a las autoridades nacionales en el ejercicio de sus competencias no les queda otra alternativa que estudiar los casos concretos para determinar si en ellos se están observando y aplicando debidamente los mandatos convencionales; pero, en otra dimensión, también significa que la Corte IDH debe realizar la misma tarea. Es por ello que sustancialmente, el CCV se ejerce tanto por los miembros del Estado parte [control difuso] como por el Tribunal Interamericano [control concentrado].

Es dable, ante este escenario, plantear que en la praxis se activa a nivel sustancial una tríada inescindible constituida por el control de legalidad, el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad para concretar la máxima garantía de los Derechos Humanos; ya que, le está vedado a las autoridades prescindir de alguno de

aquellos, salvo en los casos en que contraríe el efecto útil de las normas que los constituyen o en los que se mengüe la efectividad de tales derechos.

Para ilustrar lo anterior, piénsese en que una autoridad jurisdiccional del Estado X debe resolver un caso en el que se vislumbra la posible conculcación del derecho a la libertad personal. Lo primero que debe hacer el o la juez es examinar las normas de nivel constitucional que regulan la materia en su ordenamiento jurídico; paso seguido, debe atender a las normas legales [infra-constitucionales] internas y, luego, contrastar lo anterior con las normas del nivel convencional. Hecho esta especie de test comparativo, la autoridad podrá arribar a diversas conclusiones que pueden ir desde una absoluta consonancia en la protección del derecho en los tres niveles hasta la aplicación o inaplicación de alguna(s) norma(s) específicas que tienen menos alcance para la garantía de la libertad personal. Nótese en este ejercicio hipotético la importancia de la tríada planteada y, más que nada, la importancia del objeto del control de convencionalidad; puesto que, puede llegarse a concluir, incluso, que una norma legal garantiza de manera más efectiva o más amplia el derecho humano que una norma convencional o que una constitucional y viceversa. Lo anterior se traduce en que, en el nivel sustancial, el sujeto que ejerce el CCV debe tener siempre como norte orientador su objeto, esto es, debe garantizar siempre la mayor protección para el derecho analizado.

Un tercer elemento sustantivo consiste en la determinación de las normas aplicables al momento del ejercicio del CCV. A lo largo del texto se ha vislumbrado que en los inicios de la teoría, el contraste entre el ordenamiento jurídico interno y el derecho internacional de los Derechos Humanos se hacía con base en la CADH; sin embargo, se ha dejado sentado también que este criterio se ha extendido ostensiblemente. De tal suerte que, en la actualidad, las normas de derecho sustancial internacional que se tienen en cuenta para realizar el control son todas aquellas que hagan parte del denominado *corpus iuris* interamericano, las cuales incluyen pero no se limitan a la CADH y a su protocolo adicional, a otras convenciones que regulan materias específicas —tortura, pena de muerte, discapacidad, entre otras—, a opiniones consultivas, a subreglas creadas por la CIDH en su jurisprudencia, y a instrumentos de *soft law*¹⁵, etcétera.

.....
15 El *soft law* es un segmento del ordenamiento jurídico cuya finalidad es la creación de normas cuyo cumplimiento se exige en grado y no de forma taxativa; por tanto, el *soft law* es un mandato de optimización, cuyo incumplimiento no entraña una respuesta jurídica concreta. —El *soft law* debe adoptarse por los poderes públicos competentes, tanto en términos territoriales como materiales; pero, ello no significa que a través

En cuarto lugar, es preciso ubicar la dupla obligatoriedad-exigibilidad. Esta es como una autopista de doble vía, en la cual por uno de sus carriles transita raudo y veloz el imperativo que las autoridades estatales tienen de realizar el control de CCV [obligación *ex officio*] y por el otro avanza —con menos prisa, pero con igual destino— el derecho que tienen los sujetos del derecho internacional de los Derechos Humanos para estimular, espolear e incluso, demandar su realización.

Por último en este apartado, pero no por ello menos importante, está la dimensión sustantiva democrática del CCV. Tal como se ha planteado en el Caso Gelman vs. Uruguay: “la sola existencia de un régimen democrático no garantiza *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (Sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay, 2011); por lo que, se torna trascendente la relación que se entreteje entre “el trabajo de los jueces, la realización de la democracia y el ejercicio del control de convencionalidad” (Quinche Ramírez, 2017, p. 41), puesto que la:

[...] legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los Derechos Humanos [...] constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas en las cuales también debe primar un control de convencionalidad. (Sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay, art. 239).

Lo anterior se traduce en el verdadero poder de los Derechos Humanos como conceptos universales, es decir, poner freno al abuso del poder estatal sin importar si el régimen en el que se pueda producir se dice democrático; pero, también se pone límite a las decisiones mayoritarias que —insufladas por ánimos nacionalistas, racistas, de odio o de cualquier otra índole— atenten en contra de tales derechos.

de estas normas no se modulen o compartan espacios competenciales que, en principio, le están vedados a los poderes públicos—. El *soft law* no está sujeto a procedimientos para su aprobación —salvo excepciones contempladas en disposiciones especiales—; pero, sí deberá cumplir una fase del procedimiento si desea desplegar efectos *ad extra*: su publicación. El *soft law* va a contar con distintos niveles de efectos; su manifestación más intensa la encontraremos en las reglas de *soft law*, mientras que los principios de *soft law* son escalones inferiores en intensidad. (Sarmiento, 2006, p. 106).

Elementos procesales

Desde los fundamentos básicos de la teoría general del proceso se ha planteado que de nada vale tener derechos sustancialmente reconocidos si no se tienen a mano los vehículos, medios o instrumentos adecuados y efectivos para procurar su justiciabilidad; esta idea implica pensar que para cada institución de carácter sustantivo debe existir una respuesta en el plano procedimental. Pues bien, en materia de CCV, no está la excepción. La concreción de los elementos sustanciales del control será posible si y sólo si se determinan con claridad las instituciones de tipo instrumental para su materialización. En este orden de ideas, la competencia para ejercer el control, los sujetos que intervienen en su realización, lo tipos de controles que se pueden realizar son —entre otros— aspectos de orden procedimental, importantes para el análisis; y, en últimas, para garantizar la concreción y efectividad de los Derechos Humanos.

En cuanto a la competencia para ejercer el CCV, podemos decir que es un elemento procesal que emana, por un lado, del derecho humano a contar con un juez natural que tenga asignadas funciones de administrar justicia [jurisdicción]; y, por otro lado, que tenga la capacidad de conocer, tramitar y decidir un problema jurídico determinado [límite competencial]. Este último se puede determinar por factores o fueros que previamente define la normativa procedimental, como son: el territorio, la funcionalidad, el objeto o materia y los sujetos intervinientes.

Desde el punto de vista subjetivo, la competencia para el control puede recaer, en primer lugar, sobre la Corte IDH en el ejercicio de sus competencias contenciosa y consultiva; para que ello ocurra, se requiere que suceda una de dos cosas: i) que alguno de los sujetos intervinientes en un caso contencioso [Comisión IDH o Estado¹⁶] sometan el caso a conocimiento de la Corte y esta, en el ejercicio de función jurisdiccional, realice el control; o ii) que se haya elevado la solicitud de opinión consultiva por cualquiera de los sujetos previstos en el artículo 64 de la CADH¹⁷. En segundo

.....

16 Según lo dispuesto en el artículo 61.1 de la CADH, “solo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”. (Steiner & Uribe, 2014, p.905).

17 Artículo 64. 1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla en lo que les compete los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

lugar, puede tener competencia para el CCV cualquier autoridad jurisdiccional del Estado Parte en el ejercicio de sus funciones; así, a manera de ejemplo, en Colombia los tribunales constitucionales tendrán competencia al hacer control de constitucionalidad concentrado por vía de acción, también lo tendrán otros jueces o tribunales al realizar el control difuso por vía de excepción¹⁸. En tercer lugar, la competencia para realizar CCV puede posarse en cualquier autoridad estatal diferente a los jueces, sin importar su ubicación en el organigrama jerárquico y sin observancia a la rama del poder a la que pertenezca.

Derivado de lo anterior, en el ámbito territorial o espacial, la competencia puede ser internacional o interna. Esta última, a su vez, se puede subclasificar en: nacional, federal, estatal o local, según el modelo de Estado [Federal o República]; será internacional cuando el CCV sea ejercido por la Corte IDH en cumplimiento de sus competencias; será interna cuando el mismo se realice por una autoridad perteneciente al Estado Parte y, del alcance jerárquico o funcional de esa autoridad dependerá si en el ámbito interno a la vez el control pertenece a una de las sub clasificaciones antes propuestas.

Ahora bien, la competencia en cuanto a la materia u objeto está determinada por el *corpus iuris* interamericano y los elementos que lo integran. Así, será competente cualquier autoridad estatal o la Corte IDH para ejercer el control de normas del ordenamiento interno en contraste con la CADH, siempre que el Estado en cuestión sea parte de la misma y haya reconocido la competencia contenciosa de esta en los términos del artículo 62 de la Convención¹⁹. No obstante, puede suceder que el

.....

18 En Colombia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado tienen competencia para conocer acciones de inconstitucionalidad que buscan expulsar del ordenamiento jurídico, normas que son contrarias a la constitución; así mismo, todos los demás jueces tienen la potestad de inaplicar por vía de excepción y con efectos, sólo para el caso concreto, normas que tengan esa misma característica vulneratoria.

19 1. Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención—o en cualquier momento posterior— declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. 2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte. 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Estado no haya ratificado determinado instrumento internacional²⁰ o que, habiéndolo ratificado, la Corte IDH no tenga competencia jurisdiccional sobre ciertas normas del mismo²¹; en estos dos casos, carecerá de competencia por el factor objetivo. De lo anterior se puede extraer, también, la consideración respecto de la competencia en razón de la persona o denominada *ratione personae*, y en razón del tiempo o *ratione tempore*²². La competencia personal se debe diferenciar de la que antes denominamos subjetiva, en cuanto a que esta última examina al sujeto que realizará el control; mientras que, la primera se centra en los sujetos intervinientes como partes. Así, para la competencia *ratione personae*, la Corte IDH podrá ejercer CCV en aquellos asuntos en los que el sujeto esté autorizado a intervenir en el caso contencioso conforme al Reglamento de la Corte; en este caso, los Estados Partes del tratado específico que hayan reconocido —como ya se anticipó— la competencia contenciosa de la Corte IDH. Ahora, en razón del tiempo, lo que se analiza es que el tratado estuviere vigente en el Estado Parte al momento de haberse cometido la infracción juzgada o de adelantarse el proceso respectivo, según el caso.

Nótese que, en el criterio competencial objetivo se analiza el asunto desde el punto de vista de la norma —si se ha ratificado y puede exigirse—; mientras que, en el personal lo que se tiene en cuenta es si el Estado hace parte del tratado y ha consentido ser juzgado por la Corte, es decir, se centra en la persona y el temporal se ocupa de estudiar si la norma jurídica aplicable tenía vigencia cronológica y la aceptación de la competencia contenciosa —también puede suceder que el tratado se firme en una fecha, sea ratificado en otra y el reconocimiento de competencia se dé con posterioridad—²³.

.....
20 Como ejemplo se puede citar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994, que no ha sido ratificada por El Salvador, Haití, Jamaica, entre otros Estados.

21 En este sentido, valga la pena resaltar el caso de la Convención *Belém do Pará*, de la cual, a pesar de constar de 25 artículos, la Corte IDH sólo tiene competencia jurisdiccional para conocer violaciones en contra de uno solo, el artículo 7. Así lo ha expresado el tribunal interamericano: “58. En conclusión, una interpretación sistemática de las normas relevantes para resolver esta controversia permite respaldar aún más la competencia contenciosa de la Corte respecto al artículo 7 de la Convención Belém do Pará.” (*Caso González y otras (“Campo algodón”) vs. México*, 2009). Por lo anterior, aunque Argentina, Colombia y otros Estados, han ratificado esta Convención, la Corte IDH no podrá juzgar vulneraciones a normas distintas que el artículo 7 y, por lo tanto, no tendrá la posibilidad, en tal escenario (jurisdiccional), de aplicar el CCV respecto de las demás normas, aunque queda, claro está, la posibilidad en lo consultivo.

22 Sobre la ampliación de estos conceptos se puede consultar a (Cantor & Anaya, 2008) y a (Quinche Ramírez, 2017).

23 Tal es el caso de Colombia, por ejemplo, que firmó la CADH en 1969; la ratificó en 1973 y reconoció la competencia jurisdiccional de la Corte IDH en 1985.

Por último, en cuanto al tipo de controles que se pueden realizar, es viable proponer una taxonomía de cuatro posibilidades que se agrupan en dos categorías: i) desde el punto de vista del sujeto que lo ejerce — controles de convencionalidad concentrado y difuso—; y ii) desde la óptica de lo que es objeto del control — controles en abstracto y en concreto—. Valga decir que, esta taxonomía no es caprichosa y tampoco inédita, es derivada precisamente de la línea evolutiva del concepto de control de convencionalidad desarrollado por la Corte IDH y ha sido abordada por algunos autores desde perspectivas similares a la aquí plasmada²⁴.

El primero de ellos es el que realiza directamente la Corte IDH en uso de las facultades y competencias que le otorga la CADH, en calidad de órgano jurisdiccional del SIDH; este control se da en el marco de un caso contencioso o del trámite de una opinión consultiva que le haya sido solicitada. Conforme a las características que líneas atrás se atribuyeron al CCV, este puede llevarse a cabo respecto de normas o de prácticas que vayan en contravía de los Derechos Humanos; en tal sentido, la Corte IDH puede examinar el ordenamiento jurídico interno del Estado en cuestión con la posibilidad de solicitar a los Estados que expulsen normas atentatorias contra los Derechos Humanos²⁵, también puede controlar convencionalmente situaciones fácticas que allí se presenten ordenando que tales prácticas cesen. Puede aseverarse que este es el control originario pues es en virtud de su ejercicio y a partir del mismo que el Tribunal Interamericano ha construido toda la doctrina del CCV.

El segundo [control difuso] es un control que está llamado a ser ejercido por parte de toda autoridad estatal²⁶ al interior de los países, sin importar su rango ni la rama del poder a la que pertenezca; este sigue presuponiendo las características de imperatividad y oficiosidad, lo cual expresado en términos más amplios significa que:

El control difuso de convencionalidad debe ser ejercido por todos los órganos del Estado, especialmente por quienes realizan materialmente funciones

.....
24 Al respecto se puede consultar a Quinche Ramírez, M. F. (2017). *El control de convencionalidad*. Bogotá, Colombia: Temis.

25 La Corte tiene la posibilidad de cuestionar el orden normativo a cualquier escala, llegando incluso a solicitar la modificación de normas de rango constitucional. Como ejemplo de ello se puede consultar, entre otras, la sentencia emitida: Sentencia del Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Corte IDH, Chile, 5 de febrero de 2001.

26 Debe recordarse para estos efectos que el Estado, en cuanto a las obligaciones derivadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se considera inescindible; es decir, se avizora como un todo.

jurisdiccionales, y por las instituciones de carácter convencional creadas por los propios Estados para supervisar el cumplimiento del conjunto de derechos y libertades pactados, esta exigencia procesal la deben ejercer de oficio al resolver los conflictos jurídicos. (Martínez Lazcano, 2019, p. 1)

El tercer tipo de control [en abstracto] impone que tanto la Corte IDH como los tribunales constitucionales de los Estados, en ejercicio de sus respectivas competencias, analicen las normas jurídicas internas por el solo hecho de su existencia, para contrastar si las mismas son contrarias al contenido material de los tratados internacionales y a los demás instrumentos que conforman el cuerpo normativo interamericano. Este criterio obedeció también a un cambio en la postura de la Corte IDH quien, en sus primeras decisiones aseveraba que su competencia se circunscribía al análisis de legislación interna que violase en concreto la CADH; sin embargo, con posterioridad replanteó su postura y extendió el análisis de convencionalidad a normas que existieren y estuvieren vigentes en los ordenamientos internos, así no se hubiesen aplicado a un caso concreto²⁷.

Finalmente, el control de convencionalidad en concreto es —como puede superarse— la antítesis del anterior; esto significa que los tribunales, jueces y demás autoridades en el ejercicio puntual de sus funciones y teniendo en cuenta los procedimientos trazados deben revisar la utilización de legislación interna en casos concretos para determinar su aplicación o inaplicación conforme a las normas convencionales, y servirse de estas para dirimir el conflicto jurídico concretamente planteado. Ello implica que la Corte IDH, como Tribunal Interamericano por antonomasia, deba realizar

.....
27 Al respecto, plantea Hitters (2015): En una primera etapa en efecto, el 27 de enero de 1995 en el caso Genie Lacayo había expresado que “...La competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención...”; concluyendo que no tiene aptitud para activar ex officio “en abstracto” el contralor de convencionalidad, criterio que mantuvo a rajatabla en el mismo asunto el 29 de enero de 1997 en la sentencia sobre el fondo. Tal pauta fue criticada en estas últimas actuaciones por el entonces Juez Cançado Trindade en su Voto Disidente, quien abriendo una brecha en la sólida jurisprudencia precedente, dejó en claro que la infracción convencional se produce por el sólo hecho de que la norma doméstica esté vigente (aunque no haya sido aplicada); añadiendo luego, en el caso “El Amparo” que para que exista maltrato a la CADH “...no me parece necesario esperar la ocurrencia de un daño...”. En una segunda etapa se muestra un cambio en la jurisprudencia aludida, al sostener la Corte IDH en el caso “Suárez Rosero” y posteriormente en “Castillo Petruzzi” entre otros, que puede haber infracción al Pacto de San José aun cuando el dispositivo normativo doméstico no haya sido aplicado en un asunto concreto. (pp. 143 - 144).

este tipo de control; además, entraña que los jueces a nivel interno se conviertan en una especie de jueces interamericanos por extensión, quienes deben “internalizar en su actividad jurisdiccional que también son jueces interamericanos en el plano nacional, debiendo garantizar la CADH y sus pactos complementarios” (Nogueira Alcalá, H. 2012, p. 1170). A lo que se suma el imperativo que presupone actualmente el hecho de que este control concreto ya no sólo está dirigido a autoridades que cumplen con funciones jurisdiccionales y, por lo tanto, se expande —como se ha dejado sentado— a todas las autoridades estatales.

Conclusiones

El abordaje teórico hasta aquí realizado posibilita el arribo sobre algunas conclusiones parciales, provisionales o accidentales respecto de un tema tan álgido como lo es el CCV. En primer lugar, queda develada la complejidad que supone el control de convencionalidad a nivel conceptual, teniendo en cuenta las diversas posturas que se entretajan frente al mismo; igualmente —y tal vez más relevante—, resulta clara la dificultad de poner en práctica esta herramienta jurídica en los ordenamientos internos de los Estados Partes del SIPDH. Esto último, no sólo por las diferencias conceptuales referidas sino, por las divergencias normativas, orgánicas y funcionales que existen al interior de los ordenamientos jurídicos e incluso, por el propio diseño constitucional de cada uno de los Estados.

Asimismo, es dable concluir que el solo hecho de que la propia Corte IDH haya declarado que no existe un procedimiento estándar para realizar el control y que no existe una forma determinada del mismo abre un enorme portal hermenéutico, que posibilita a los operadores y administradores de justicia a realizar interpretaciones a la medida de sus necesidades; lo que tornará compleja la consolidación de la doctrina en los estados pertenecientes a la OEA. Esto, a criterio del autor, hará casi imposible la tarea de apuntalar y solidificar la idea del *ius commune interamericano* (Sagües, N. P., 2010), por la que abogan algunos doctrinantes y que ha empezado a tener eco en la jurisprudencia de la Corte IDH (Ramírez, S. G., y Sánchez, J. M., 2016).

Por otro lado, queda claro que, a pesar de los problemas teóricos y de las complejidades que pueda presentar en la praxis, la doctrina del CCV es susceptible de extenderse a otras latitudes y nutrirse de ellas o, en términos de López Medina, es absolutamente posible su trasplante a otros ordenamientos jurídicos nacionales y supranacionales. De hecho, hay autores que postulan que la creación y consolidación

de esta categoría jurídica no es propia del SIPDH y que, por tanto, no se agota en este ámbito espacial “ni ha sido una construcción originaria o surgida solo en la jurisprudencia de la Corte [IDH], sino que es el producto de una larga maduración de ideas jurídicas y políticas en relación con el ámbito de acción del derecho surgido de las relaciones internacionales, del derecho consuetudinario, de los desarrollos doctrinales y en las prácticas nacionales” (Santofimio Gamboa, 2017).

Así mismo, es preciso resaltar que no solo los ordenamientos jurídicos internos y su configuración (normativa en conjunto), afectan y seguirán afectando la forma en que los Estados reciben y aplican la doctrina del CCV. También se debe tener en cuenta factores políticos, económicos y sociales de los Estados que impactan de manera directa la forma en que cada país visiona el Control Convencional. Ello, por la potísima razón de que el empleo de aquel en determinadas decisiones puede conllevar impactos presupuestales que afecten la economía de los Estados por lo que la voluntad política para su aplicación se verá menguada o, que su aplicación genere cambios a nivel social que una nación en su conjunto no esté dispuesta a aceptar (piénsese en cambios a nivel de creencias religiosas o morales, por ejemplo).

El solo hecho de que el ejercicio del CCV conlleve una labor más intrincada y compleja de sus actividades para las autoridades del Estado presupone desestimular su realización en los ordenamientos internos; y si a eso se le suman las diferencias conceptuales que puedan surgir en cuanto a los elementos sustanciales y procesales que le subyacen, la brecha de aplicación seguramente se hará mayor.

Pero, en últimas, no importa cuál sea la visión sustantiva y procedimental que se tenga respecto del CCV, parece que no resultara muy relevante la diferenciación teórica respecto de los elementos que lo constituyen, la agrupación o disgregación de los mismos o la coincidencia exacta de los planteamientos respecto de unos y otros; en cambio, lo que sí se muestra como indispensable es el ejercicio permanente del control, la pedagogía frente al mismo, la ampliación de la circulación del concepto en todos los niveles de los Estados y su realización en todas las acciones estatales cotidianas, porque de ello dependerá la concreción del efecto útil de los tratados internacionales y —como faro teleológico— la materialización y efectividad de los Derechos Humanos.

Referencias

- Benfeld, E., Johann, S., Müller, G., y Karl, A. (2018). ¿Qué significa en el ámbito del derecho internacional público estar obligado a negociar de buena fe? Precisiones conceptuales y posición de la Corte Internacional de Justicia en esta materia, a propósito del rechazo a la objeción preliminar presentada por Chile ante dicha Corte con ocasión de la demanda boliviana de 2013. *Ius et Praxis*, 24(1), 69—100. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-00122018000100069&lng=es&nrm=iso
- Brewer, A., y Santofimio, J. (2013). Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado. Bogotá, Colombia: Universidad Externado.
- Cantor, E. R., & Anaya, Á. M. R. (2008). *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Carbonell, M. (2013). *Introducción general al control de convencionalidad*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa.
- Castilla Juárez, K. (2011). El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 11, 593 - 624.
- Castilla Juárez, K. (2014). Control De Convencionalidad Interamericano: Una Mera Aplicación Del Derecho Internacional. *Revista Derecho Del Estado*, (33), 149-172. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3960>
- Castilla Juárez, K. (2016). Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. *Revista lidh*, (64), 86—125. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36249.pdf>
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969. Recuperado de https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf
- Hitters, J. C. (2015). Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos). *Estudios Constitucionales*, 13(1), 123—162. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000100005

- Ibáñez, J. (2015). *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- López Medina, D. (2004): Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. *Revista chilena de derecho*, 36(1), 193-197. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372009000100011
- Lyons, J. Q., Monterroza, A. M. N., & Meza, M. I. (2011). La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista Mario Alario D'Filippo*, 3(1), 69-80.
- Martinez Lazcano, A. J. (2019). Transformación Del Control De Convencionalidad Concentrado Al Difuso En El Sistema Interamericano De Derechos Humanos (Transformation of Control Conventional Conventionality to the Diffusion in the System Inter-American Law). *Revista Primera Instancia*, 7 (13), 11—52. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3440803
- Nogueira Alcalá, H. (2012). Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 45(135), 1167—1220. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332012000300008
- Opinión Consultiva Oc-21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Corte IDH, 19 de agosto de 2014. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_esp.pdf
- Opinión Consultiva Oc-24/17, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Corte IDH, 24 de noviembre de 2017. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf
- Quinche, M. F. (2017). *El control de convencionalidad*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Ramírez, S. G. (2014). Relación entre la Jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales): Algunas cuestiones relevantes. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (18), 231—273. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4900203>

- Ramírez, S. G., y Sánchez, J. M. (2016). Hacia el *ius commune* interamericano: la jurisprudencia de la Corte IDH en 2013-2016. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (20), 433—463. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5772794>
- Resolución del Caso Gelman vs. Uruguay. Corte IDH, San José, Costa Rica, 20 de marzo de 2013. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf
- Sagües, N. P. (2010). El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano. En Bogdandy, V.; Ferrer E. & Morales, M. (Eds.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización: Hacia Un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, pp. 449-468. México D. F., México: UNAM
- Santofimio, J. (2017). *El concepto de convencionalidad*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado.
- Sarmiento, D. (2006). La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law. *Cuadernos de Derecho Público*, (28), 221—266. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2490146>
- Schnöhr, R. C. (2017). Una nueva aproximación al art. 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia. *Revista de La Facultad de Derecho*, 8 (1), 31 - 44. Recuperado de <https://revistas.psi.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/24462>
- Sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay. Corte IDH, Uruguay, 24 de febrero de 2011. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf
- Sentencia del Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile. Corte IDH, Chile, 26 de septiembre de 2006. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf
- Sentencia del Caso Boyce y otros vs. Barbados. Corte IDH, México, 20 de noviembre de 2007. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf
- Sentencia del Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Corte IDH, Chile, 5 de febrero de 2001. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf
- Sentencia del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Corte IDH, México, 24 de junio de 2009. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=343

Sentencia del caso Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Corte IDH, El Salvador, 14 de octubre de 2014. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_285_esp.pdf

Sentencia del Caso González y otras (“Campo algodonoero”) vs. México. Corte IDH, México, 16 de noviembre de 2009. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

Sentencia del Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Corte IDH, Guatemala, 20 de noviembre de 2012. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_253_esp1.pdf

Sentencia del Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Corte IDH, Panamá, 12 de agosto de 2008. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf

Sentencia del Caso Liakat Ali Alibux vs Suriname. Corte IDH, Suriname, 30 de enero de 2014. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_276_esp.pdf

Sentencia del Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Corte IDH, Guatemala, 25 de noviembre de 2003. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf

Sentencia del Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs República Dominicana. Corte IDH, República Dominicana, 28 de agosto de 2014. Recuperado de https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf

Sentencia del Caso Tibi vs. Ecuador. Corte IDH, Ecuador, 7 de septiembre de 2004. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

Sentencia del Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Corte IDH y Perú, Perú, 24 de noviembre de 2006. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

Steiner, C., & Granados, P. U. (Eds.). (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*. Distrito Federal, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>

Zimmermann, A., Tams, C. J., Oellers-Frahm, K., & Tomuschat, C. (2019). *The Statute of the International Court of justice: A commentary*. Inglaterra: Oxford University Pres.

Capítulo IV

El control de convencionalidad y sus distintas dimensiones: Algunas reflexiones recalçadas

Federico A. Vaschetto¹

Introducción

La historia de los Derechos Humanos en el mundo ha sido el resultado de un cambio de paradigma universal, los padecimientos humanos sufridos en la segunda guerra mundial y la generación de consciencia en ese mundo de posguerra; se trató de “*una reorganización más amplia del orden normativo de las relaciones internacionales en la posguerra, diseñada para construir un cortafuegos frente a la barbarie*” (Ignatieff, M., M. 2001, p. 31), puede ser también el resultado de una fundamentación filosófica construida desde la teoría del iusnaturalismo y tamizada por las constituciones locales, o desde el relativismo meta ético (Wong, D., 1995).

Esta historia vio cómo se consolidaron sus características —principalmente la universalidad—, y cómo proliferaron los instrumentos internacionales de protección en todos los rincones del mundo; quizás, aquí podamos sostener — como lo hace Wong, D. (1995) — que las creencias éticas

¹Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Especialista en Derecho Penal y Especialista en Administración de Justicia. Docente regular de la Universidad de Buenos Aires y Universidad del Museo Social Argentino y Docente invitado del Instituto Colombiano de Derechos Humanos. Fue Asesor Jurídico en Litigio Internacional de la Defensoría de Derechos Humanos de Querétaro en México, pasante en la sección de Admisibilidad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Visitante Profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Actualmente cursa estudios de Doctorado en Derecho Constitucional en la UBA.
Correo electrónico: fvaschetto@derecho.uba.ar

consuetudinarias de cualquier sociedad son funcionalmente necesarias para esa sociedad, con la aclaración de que esa “sociedad” es en este caso la comunidad internacional. Si esto es cierto, entonces la justificabilidad de aquellas creencias depende de la aceptabilidad moral de las instituciones y prácticas.

Del otro lado de la mesa se sientan quienes critican la manera de ver el escenario mundial en el cual los Derechos Humanos se presentan, principalmente por creer que el funcionamiento de este esquema —y la articulación de los actores en juego— no es para nada sencillo y, además, se encuentra desarticulado en lo que a la toma de decisiones conjuntas se refiere (Rodríguez, 2013); de ahí que, la universalidad se encuentra en tela de juicio.

A todo esto se le puede sumar la realidad en la que en los comienzos de los Derechos Humanos no se acordó consenso de las prioridades ni de los métodos o medios, ni un plan de acción; a saber, lo único claro por aquel entonces fue la dirección en la cual los Estados querían orientar sus esfuerzos de proteger dichos derechos, y cómo esa intención pública fue legitimando el proceso entero (Lauren, P. G., 2011). En la actualidad, los Derechos Humanos constituyen un núcleo de prerrogativas que corresponden a los individuos por el solo hecho de ser persona; de esta manera, este cuerpo normativo se erige como un conjunto de restricciones específicas a las acciones del Estado producto del compromiso asumido voluntariamente por este en el marco de tratados y acuerdos internacionales (Waldron, J., 2019). Lo interesante de este conjunto de normas es su uniformidad, es decir, su carácter común.

Este conjunto dispar de Estados fundados y constituidos de maneras distintas ha adoptado una doctrina legal común sobre lo que no es apropiado que haga un Estado. Este pacto representa un compromiso, pero es un compromiso conjunto y no, solamente individual pues el régimen del pacto une a los distintos Estados en un solo sistema que aboga por la no violación y la promoción de los Derechos Humanos. La idea es que las normas de los distintos países se parezcan entre sí; de manera que la aplicación de las diversas leyes en sus países respectivos dé por resultado la armonización de la práctica alrededor del mundo, o al menos este continente.

Por todo esto, si bien en un comienzo sostuve que puede tratarse de un enunciado moral, estas ideas —medianamente compartidas por la comunidad internacional, a su manera y con sus muchos desafíos— no siempre fueron interpretadas de la misma forma. Sin perjuicio de ello, eso no obsta a que los Derechos Humanos comen-

zaran de una forma y se convirtieran en lo que hoy en día son, en mucho más que enunciados morales; es decir, en obligaciones morales ampliamente compatibles capaces de ser interpretadas, entendidas y apreciadas por personas de épocas distintas y culturas diferentes (Pogge, T., 1995).

Aplicación del derecho internacional en el derecho interno

Hemos visto cómo a lo largo de la historia —puntualmente, luego del surgimiento de las Naciones Unidas—, la persecución de la justicia y la no impunidad se han consolidado como objetivos del derecho y del sistema internacional de protección de Derechos Humanos; no se trata únicamente de objetivos sino, de una preocupación real, un fin, una misión. Este camino no fue siempre el mismo, Tokio y Nuremberg fueron ensayos de cómo llevar adelante esos objetivos y representaron esfuerzos concretos de tribunales *ad-hoc* creados para analizar la responsabilidad penal internacional individual; en otras palabras, refirieron los primeros tribunales de sus características, y no fueron los únicos.

Por otro lado, ya lejos de la responsabilidad individual empezó a gestarse un sistema de responsabilidad estatal con características diferentes y repercusiones muy interesantes; este fue el Sistema Interamericano de Derechos Humanos —en adelante SIDH—, compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, CIDH— y operando desde 1948 al amparo de: la Carta de la Organización de los Estados Americanos², la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, Corte IDH, creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH] en 1969 y cuya jurisdicción contenciosa fue ratificada en 1979—. Una de sus principales características es la subsidiariedad y pese a ello, sorprende que esta no se encuentre explicitada en el articulado de la CADH; de hecho, esta particularidad sólo puede apreciarse en su preámbulo y la necesidad de agotar los recursos internos del Estado (Gabriel Maino, 2019).

Una rápida mirada a los pronunciamientos del SIDH nos permitirá advertir que “no es función de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos actuar como

.....
2 El artículo 106 del mencionado instrumento dispuso que: Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia. (Carta de la Organización de los Estados Americanos, 1948, art. 106).

una cuarta instancia cuasi-judicial y revisar los fallos de los tribunales nacionales de los Estados miembros de la OEA” (Res. 29/88, 1988, párr. 5) —de esta manera lo ha dicho la CIDH en su Informe Anual 1987-1988—; esto es sumamente interesante y se trata de una referencia que constantemente traigo a colación por lo simbólico del mensaje: muy temprano en la historia, la CIDH ya se aseguraba de dejar en claro cuál sería su función y desde antes que la Corte IDH pronunciara su primera sentencia, el SIDH como un todo ya se ocupaba de delimitar qué lugar ocuparía en aquel esquema, por entonces novedoso, de responsabilidad internacional de los Estados.

Actualizando un poco la preocupación de la CIDH de entonces, advertimos que la eficacia del Sistema Interamericano se encuentra ligada a su actuar como instancia complementaria de protección para personas que enfrentan obstáculos para acceder a la justicia a nivel nacional; este organismo internacional de protección ha identificado de forma consistente al acceso a la justicia como uno de los desafíos principales para el respeto de los Derechos Humanos en las Américas (Cfr. CIDH, 2014, párr. 34). Siendo esto así, empezamos ahora profundizar en la razón de este artículo, en la última opción para las víctimas de violaciones a Derechos Humanos del continente americano: el sistema de peticiones y casos del SIDH. Hasta aquí se observa la intención de exponer algunas de las razones que explican la existencia de este sistema regional de protección de Derechos Humanos; a partir de ahora nos centraremos en la imposibilidad de atender todos los casos que llegan y la necesidad de hacer uso, cada vez más, de la doctrina del control de convencionalidad.

En caso de que fuere la primera ocasión en la que presenta ante ustedes el concepto del control de convencionalidad, me permitiré definirlo a modo general; el control de convencionalidad es una herramienta teórica pensada para maximizar la aplicación de los estándares internacionales³, se trata de un ejercicio constante de actualización por parte de todas las autoridades públicas sobre el cómo promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos de todas las personas sujetas a su jurisdicción. Al respecto, la primera mención de este término se puede ubicar en el párrafo 27 del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Myrna Mack Chang contra Guatemala del año 2003 (Hitters, 2009); en aquella ocasión, el mencionado magistra-

.....
3 Podría decir “interamericanos” pero, a la luz de la labor llevada adelante por la Corte IDH en su jurisprudencia, el uso frecuente de instrumentos internacionales como parte del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos permite su aplicación sin ningún problema.

do sostuvo que “no es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, [...] y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” (Sentencia del Caso Myrna Mack Chang con Guatemala, 2003, par. 27).

Actualmente no existen dudas de que este control de convencionalidad es una obligación estatal; así lo tiene dicho la Corte IDH desde el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero 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 del Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile. Corte IDH, Chile, 26 de septiembre de 2006, 2006, párr. 124)

El segundo de los casos importantes en la materia es el de Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú (Sentencia del Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, 2006); respectivamente, Tribunal Interamericano Corte IDH sostuvo que:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas com-

petencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. (Porto, 2015, p. 8)

Una de las últimas piezas de este interesante rompecabezas es el pronunciamiento alcanzado en el 2011 correspondiente al Caso Gelman Vs. Uruguay; en aquella oportunidad la Corte IDH señaló que el control de convencionalidad “[...] es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” (Sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay, 2011, párr. 236). Entonces, ¿Qué significa realizar un control de convencionalidad? Significa buscar la compatibilidad entre las normas locales y las supranacionales, no sólo la CADH sino a otros tratados internacionales ratificados por el Estado, al *ius cogens* y a la jurisprudencia de la Corte IDH (Hitters, 2014); también, tener a la vista las 25 opiniones consultivas, las más de 300 sentencias del Tribunal Interamericano, los informes temáticos de la CIDH, y lo trabajado por otros organismos internacionales sobre la base de pactos y tratados firmados y ratificados por el Estado en cuestión.

Dicho esto, podemos apreciar que se trata de una difícil y pesada tarea; además, de representar una indelegable obligación del Estado; así, esta afirmación adquiere una vigencia renovada cuando tenemos a la vista los datos estadísticos de capacidad de procesamiento de los órganos del SIDH. En ese sentido, tomando en consideración los últimos 5 años y sobre la base de las estadísticas disponibles⁴, podemos hacernos una idea una idea de la capacidad de procesamiento del SIDH:

T A B L A 1
Casos en los últimos cinco años.

Año	Casos nuevos	Casos remitidos a la Corte IDH:
2015	2164	14
2016	2567	16
2017	2494	18
2018	2957	18
2019	3034	32

Nota: Consulta realizada en la página web de la OEA.

.....
4 Esta información se encuentra a disposición y consulta en la sección de estadísticas proporcionadas por la CIDH, en la página de la OEA: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/estadisticas.html>

Sin embargo, a pesar de aquella capacidad del SIDH, resta todavía entender cuánto produce la Corte IDH por año⁵; adicionalmente, es oportuno aclarar que los casos remitidos a la Corte IDH no necesariamente se corresponden a los tramitados por la CIDH cada año, debido a la demora procesal natural en estos procedimientos —que acaece con regularidad— los casos remitidos al Tribunal Interamericano corresponden a ejercicios anteriores.

La salvedad obligada en este apartado señala que, el máximo Tribunal Interamericano resuelve los casos sometidos a su jurisdicción a través del dictado de una sentencia, en la que nuclea todo lo relacionado a las excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; no obstante, la CADH en su artículo 67 contempla la posibilidad de que en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte IDH podrá emitir un pronunciamiento aclaratorio a pedido de cualquiera de las partes en el litigio. Aquel artículo no representa una nueva sentencia, ya que sus pronunciamientos son definitivos e inapelables.

Ahora bien, a esta altura me parece importante resaltar que desde el inicio de la doctrina del control de convencionalidad —que data desde el 2006— y hasta el año 2019, el promedio de peticiones nuevas ante la CIDH fue de 1.771 por año; mientras que, el número de casos remitidos a la Corte IDH fue tan sólo de 16 por año, igualando el promedio de los últimos cinco años de sentencias emitidas por el tribunal. Tal como se puede apreciar en la siguiente tabla:

T A B L A 2
Sentencias en los últimos cinco años.

Año	Sentencias "nuevas"	Sentencias de interpretación
2015	16	2
2016	14	7
2017	10	4
2018	21	7
2019	21	4

Nota: Consulta realizada en la página web de la OEA.

5 Se pueden consultar los gráficos realizados sobre la base de los informes anuales presentados por la Corte IDH en su sitio oficial: www.CorteIDH.org.cr.

Por otro lado, es claro cómo en los últimos cinco años la cantidad de decisiones de la CIDH de “no abrir a trámite” ha ido incrementando marcadamente; esta decisión es concluyente, ya que por reglamento determina la suerte de esa petición, permitiendo la reconsideración de esta sólo en casos específicos. A continuación la tabla respectiva:

T A B L A 3
Decisiones de “no abrir trámite” en los últimos cinco años.

Año	Decisiones de “No abrir a trámite”
2015	896
2016	968
2017	1708
2018	1989
2019	2460

Nota: Consulta realizada en la página web de la OEA.

¿Acaso, esto significa que decayó la calidad del trabajo de quienes litigan ante el SIDH? No es definitivo y por razones operativas, el análisis de este interrogante quedará pendiente para otra ocasión; sin perjuicio sobre ello, me permito adelantar que, personalmente, siento que esto obedece a otras razones distintas a la propuesta como hipótesis.

Una foto del SIDH al día de hoy marcaría, de acuerdo con las estadísticas disponibles, que hay en la CIDH 3.696 peticiones en etapa de admisibilidad y un total de 1.061 casos en etapa de fondo; todo esto, sin contar las 3.212 peticiones pendientes de estudio inicial. De esta manera, el total unificado asciende a un universo de aproximadamente 7.969 peticiones en la CIDH, en distintas etapas.

Ahora bien, para adquirir una perspectiva de cuánto demoraría la Corte IDH en resolver los casos sometidos a su jurisdicción propongo el siguiente ejercicio teórico: si sólo consideráramos esos 1.061 casos mencionados anteriormente [en etapa de fondo de la CIDH] y si todos fueran remitidos a la Corte IDH; entonces, ese órgano tardaría unos 66 años en dictar sentencia para todos. Lo anterior, considerando sólo los promedios de pronunciamientos por año y sin contar la duración promedio de cada caso en la Corte.

Luego de la presentación de estos números, tal vez resulte sensato traer a colación los efectos que genera el control de convencionalidad en el ordenamiento interno de un Estado cualquiera. Podemos hablar de efectos destructivos, cuando la norma doméstica opuesta a la CADH o a la jurisprudencia de la Corte IDH es inconvencional, se descarta o resulta inválida; por otra parte, se puede destacar el efecto constructivo de este tipo de control en la medida en la que “los jueces deben aplicar y hacer funcionar el derecho local de acuerdo con las reglas de la CADH”, justificando una relectura de tipo armonizante (Sagüés, 2013).

Lo cierto es que, sea cual fuera el caso, la consecuencia inevitable corresponderá a las expectativas depositadas en el Estado; es decir, que éste honre los compromisos asumidos en la CADH, particularmente el artículo segundo que lo obliga 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” (CADH, 1969, art. 2). Esas disposiciones “de otro carácter” le conceden a los Estados la flexibilidad necesaria para analizar qué medida resulta más idónea para reestructurar su ordenamiento interno a fin de compatibilizarlo con el SIDH.

Pese a ello, uno de los problemas que ha surgido recientemente es la creación de tribunales constitucionales como derivado de reformas constitucionales; en algunos casos, estos tribunales reclaman para sí el ejercicio exclusivo del control de convencionalidad, contraviniendo a su manera lo dispuesto por la Corte IDH en sus fallos. Esta situación plantea un escenario no del todo sencillo de abordar; en principio, es importante comprender que las constituciones son —desde la perspectiva del derecho— un claro ejemplo de cómo se desapoderó a las monarquías de las potestades absolutas con las que contaron por mucho tiempo. Entonces, las constituciones representan en sí mismas una herramienta al servicio de la República puesto que plasman los mecanismos de separación y distribución de los poderes de gobierno, enumeran los derechos y libertades de las personas y las responsabilidades del Estado, entre muchas otras cosas; sin embargo, la referencia que habitualmente se oye de este instrumento: “la ley fundamental de un país” no alcanza.

Hace años que se señalaba que las constituciones debían recoger los factores reales de poder que rigen en una sociedad determinada; ahondando en esta idea, aclaraba que “estos factores reales de poder son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que

no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son” (Lassalle, 2016, p. 36). Esto quiere decir que, para que una Constitución —escrita fuese duradera, debía corresponder con la Constitución real; también, es el autor quien nos recuerda que:

Allí donde la Constitución escrita no corresponde a la real, estalla inevitablemente un conflicto que no hay manera de eludir y en el que a la larga, tarde o temprano, la Constitución escrita, la hoja de papel, tiene necesariamente que sucumbir ante el empuje de la Constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país.

Las reformas frecuentemente fracasan como consecuencia necesaria, inevitable, del error de haber dejado intactos dentro del país todos los factores reales de poder⁶. Desafortunadamente, existe —en nuestra realidad cotidiana— “una general antipatía hacia todo aquello que tenga que ver con la política, la presencia de una extendida desconfianza hacia las instituciones públicas, y formas parecidas de descontento o apatía, respecto de cuestiones de interés colectivo. (Gargarella, 2014, p. 36)

Señalaba Lasalle (2016), y vuelvo sobre él por la claridad de sus ideas, que,

Cuando el gobierno [...] sabe rodearse de una apariencia inocua de formas constitucionales [...] está en situación ventajosísima, pues la clase predominante en la sociedad se adormece y queda tranquila, arrullada por la aparente adecuación que cree felizmente conseguida entre la forma de gobierno y la voluntad del país. Lo que se trataba de conseguir, aquello por lo que había que luchar se cree ya conseguido, y este espejismo aplaca los ánimos, paraliza y embota las armas y lleva la satisfacción o la indiferencia a las masas del pueblo. A partir de este momento la conciencia de la sociedad se aleja de la campaña de oposición al Gobierno, y esta labor queda encomendada única y exclusivamente a esas fuerzas inconscientes, sordas, que laten y actúan en el seno de todas las sociedades. (p. 37)

.....

6 Advierte Lasalle, (2016) —acertadamente a mi parecer— que, de nada sirve lo que se escriba en una hoja de papel si no se ajusta a la realidad, a los factores reales y efectivos de poder; esto implica que los problemas constitucionales no son problemas de derecho sino de poder.

Las preocupaciones de Arango (2016, p) y de Holmes y Sunstein (2011) sobre el gasto público y el costo de los derechos no hacen más que reforzar la sensación de que la popularidad de las políticas públicas estatales —reformistas o no— a menudo dependen del ánimo de la mayoría de personas, y en ello lo problemático es que no están para nada involucradas en el proceso de toma de decisiones; por esto es que, el poder judicial y quienes operan la administración pública en general tienen el importante rol de ejercer un poder contra-mayoritario y por lo mismo, el control de convencionalidad deviene indispensable.

Finalmente, antes de concluir estas sencillas reflexiones, creo que es importante traer a colación el rol que juega la sociedad civil en todo este proceso de aplicación de estándares internacionales. Hasta aquí hemos concentrado nuestra atención en las obligaciones a cargo del Estado, en sus deberes de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; mencionamos, además, la obligación que descansa sobre este de adoptar disposiciones de derecho interno que garanticen la vigencia de los derechos contemplados en la CADH y, también, repasamos algunos de los precedentes de la Corte IDH que imponen en los servidores públicos esta obligación de controlar —incluso de oficio— la convencionalidad de las decisiones que adoptan en el marco de sus competencias.

Ahora bien, corresponde mencionar que el ciudadano de a pie —el operador del sistema “desde el otro lado del mostrador” —, los y las abogadas tienen una responsabilidad accesoria en todo este proceso; son ellos y ellas los encargados de profesionalizar el litigio en materia de derecho internacional de los Derechos Humanos y los primeros responsables en desempeñar su oficio al amparo de los estándares internacionales de protección de estos derechos. Esto significa que, de cara al principio dispositivo que rige los procesos internos y que encarga a las partes el impulso de estos, son ellos quienes deben proponer sus demandas y reclamos a la luz de las sentencias de la Corte IDH, sus opiniones consultivas y los demás instrumentos que mencionamos antes; así, tienen a su cargo la profesionalización del litigio y la posibilidad de pasar de ser demandantes ocasionales a demandantes frecuentes y con eso propender hacia la maximización de los estándares internacionales.

Conclusiones

El SIDH surge como respuesta a una manera de reaccionar por parte de los Estados ante las violaciones a los Derechos Humanos que dejaba mucho espacio para el reproche; por ende, los hechos ocurridos durante la Segunda guerra mundial consiguieron generar las condiciones para cambiar el paradigma imperante y dotar a la persona humana de la titularidad de derechos y la atención de la comunidad internacional.

El desarrollo de los sistemas internacionales de protección ha intentado a través de distintos medios y procesos eliminar las condiciones de impunidad y alcanzar, en la medida de la posible, la justicia, previniendo las posibles violaciones a Derechos Humanos y obligando a investigar, sancionar y reparar en caso de que hayan efectivamente ocurrido; empero, la conciencia de la incapacidad por parte de los órganos del SIDH de procesar todos los casos que potencialmente reclamarían su atención y su característica de subsidiariedad han hecho que la responsabilidad de aplicar los estándares propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sea compartida entre la CIDH y la Corte IDH, los Estados —a través de sus estructuras jurisdiccionales, administrativas y de otra índole— y los particulares. Esta responsabilidad reclama constantemente comprobar la correspondencia de lo decidido con los estándares del SIDH, promoviendo la interpretación y aplicación más favorable a la persona, y anulando y modificando aquella legislación o práctica que contravenga los mencionados estándares.

Por lo tanto, no podemos esperar indiferentes que la tarea sea llevada a cabo exclusivamente por las autoridades estatales. Si queremos ser parte del proceso de cambio en nuestros respectivos Estados, es hora de involucrarnos más en el proceso; para hacerlo podemos y debemos proponer ideas, conocer los instrumentos de protección, acompañar el proceso de consolidación de los órganos internacionales, seguir de cerca la internalización y adecuación normativa de los estándares internacionales a la realidad doméstica, monitorear a través de la función ciudadana el diseño de la política pública y apegarnos a los procedimientos de rendiciones de cuentas nacionales e internacionales. Si a todo ello le sumamos una actualización periódica de todo lo mencionado; entonces, podremos progresivamente acercarnos al país en el que a todos les gustaría vivir.

Referencias

- Arango, Rodolfo. (2016). *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en américa latina*. México: Instituto de estudios constitucionales del Estado de Querétaro. Querétaro.
- Carta de la Organización de los Estados Americanos. OEA, 30 de abril de 1948, Bogotá, Colombia. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_manual_formacion_lideres_anexos.pdf
- CIDH. (2014). *Universalización del Sistema Interamericano de derechos humanos. Consideraciones sobre la ratificación universal de la Convención Americana y otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos*. Washington D. C., Estados Unidos: Organización de los Estados Americanos. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Universalizacion-sistema-interamericano.pdf>
- Gabriel Maino, C., A. (2019). El carácter subsidiario del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. *Revista Universidad y Sociedad*, 11(1), 350-358. Recuperado de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2218-36202019000100350
- Gargarella, R. (2014). *Crisis de la representación política*. México D. F., México: Fontamara.
- Hitters, J. C. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios constitucionales*, 7(2), 109-128. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-52002009000200005&script=sci_arttext
- Hitters, J. C. (2014). Legitimación democrática del Poder Judicial y control de convencionalidad. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alejandro Saiz Arnaiz (Cords.), *Control de Convencionalidad, interpretación conforme y dialogo jurisprudencial*. Ciudad de México, México: Ed. Porrúa.
- Holmes, S., y Sunstein, C. R. (2011). *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.
- Ignatieff, M., Beltran, A. F., y Gutmann, A. (2001). *Los derechos humanos como política e idolatría*. Barcelona, España: Paidós.

Informe Anual 1987-1988. CIDH. 16 de septiembre de 1988. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/87.88sp/indice.htm>

Lasalle, F. (2016). ¿Qué es una constitución? México D. F., México: Colofón S.A.

Lauren, P. G. (2011). *The evolution of international human rights: Visions seen*. Philadelphia, United States: University of Pennsylvania Press.

Pacto de San José, Convención Americana sobre Derechos Humanos. Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos (B - 32), San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Pogge, T. (1995). How Should Human Rights be Conceived? *Jahrbuch Für Recht Und Ethik. Annual Review of Law and Ethics*, (3), 103-120.

Porto, H. A. S. (2015). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 7: control de convencionalidad*. San José, Costa Rica: Corte IDH.

Resolución 29/88 Caso N° 9260, Informe Anual de la CIDH 1987-1988. CIDH, Argentina, 16 septiembre 1988. Recuperado de <http://hrlibrary.umn.edu/cases/S86-03.html>

Rodríguez, C. (2013). *Contra visiones reduccionistas de los Derechos Humanos*. OpenGlobalRights. Recuperado de <https://www.openglobalrights.org/against-reductionist-views-of-human-rights/?lang=Spanish>

Sagüés, N. P. (2013). El “control de convencionalidad” en el Sistema Interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales: concordancias y diferencias con el sistema europeo. En *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, pp. 993-1030. España: Tirant Lo Blanch.

Sentencia del Caso Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile. Corte IDH, Chile, 26 de septiembre de 2006. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay. Corte IDH, Uruguay, 24 de febrero de 2011. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

Sentencia del Caso Myrna Mack Chang con Guatemala. Corte IDH, Guatemala, 25 de noviembre de 2003. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf

Sentencia del Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Corte IDH, Perú, 24 de noviembre de 2006. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf.

Waldron, J. (2019). *Contra el gobierno de los jueces: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los Tribunales*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Wong, D. (1995). El relativismo. En Peter Singer (Ed), *Compendio de Ética*, pp. 593-604. Madrid, España: Alianza Editorial S. A.

Capítulo V

Estados de excepción en Colombia: límites a los derechos civiles y políticos

María Alejandra Salazar Rojas¹

Introducción

¹Candidata a Doctora en Derecho, Universidad Externado de Colombia. Especialista en Alta Dirección del Estado. Especialista en Democracia y Régimen Electoral. Correo electrónico: alejandrasderecho@gmail.com

Pareciera que en época de estados de excepción se debilita la democracia, a tal apreciación se llega después de notar que toda la atención y energía se concentra en atender los resultados de la calamidad pública, así, durante este proceso la democracia se entiende como un compromiso que debe esperar; en el escenario actual que ha sido producto de la sorpresiva pandemia de la —COVID-19 se detecta que los gobiernos de las naciones han optado por garantizar: la alimentación, la vivienda, el trabajo y el acceso a los servicios de primera necesidad cómo: agua, energía, gas, etc. No obstante, han sido limitados los esfuerzos por garantizar el funcionamiento de la democracia y la protección de los derechos civiles y políticos que se constituyen como los garantes para la materialización de medidas que atiendan y den solución a necesidades sociales. De modo

que, el objetivo de este escrito es analizar si en la pandemia provocada por la COVID-19 el ejercicio de la democracia y la aplicación de los derechos civiles y políticos se ha limitado o restringido en Colombia.

Así pues, el presente artículo se dividirá en 4 secciones: i) Análisis de los estados de excepción en Colombia: énfasis en los estados de emergencia; ii) De la potestad estatal para limitar derechos civiles y políticos, a partir de las restricciones decretadas en un estado de excepción; iii) Examen sobre la limitación a los Derechos civiles y políticos en Colombia durante época de pandemia de la COVID-19; iv) Conclusiones.

Análisis de los estados de excepción en Colombia: Énfasis en el estado de emergencia

En Colombia los actuales estados de excepción tienen su origen en la Constitución Política de 1821², allí se precisa que son el fruto de: la conceptualización y regulación de estados de sitio, de la introducción de los estados de emergencia económica, social y calamidad pública que imperaban con anterioridad a la Constitución Política de 1991.

De este modo, los estados de excepción adquieren vigencia con la Carta Política de 1991³, desde el análisis de la *norma de normas* los estados de excepción son considerados como discursos jurídico-políticos que pretenden responder a una situación de anormalidad; en otras palabras, son medidas que se adoptan porque existe urgencia de atender una condición inusual en la tradición de un país, tal acontecimiento inusitado incide en el ordenamiento jurídico y social de la soberanía de una Nación. Por tanto, dicho evento anormal e inusual con sus respectivos decretos excepcionales responde a ciertas coyunturas que son muy complejas de enfrentar y solucionar; todo ello, tiene lugar sin que se altere el aparato ordinario legislativo y administrativo del país.

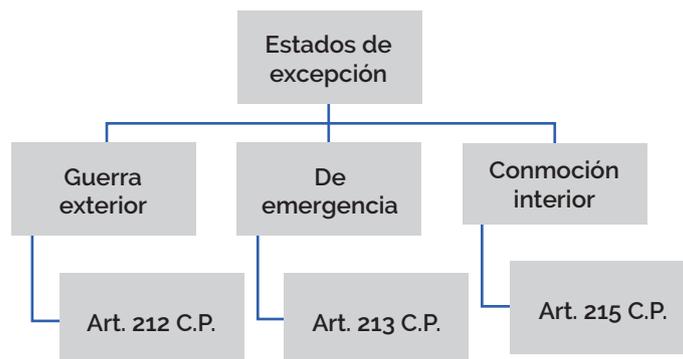
Para el caso de Colombia los estados de excepción hasta la actualidad se han subdividido en tres, estos se presentan en el siguiente esquema:

.....

2 En el desarrollo histórico se puede señalar que tales estados de excepción estuvieron regulados en las Constituciones de: 1821 en su artículo 128; 1832 en los artículos 108 y 109; 1886 en los artículos 118 numeral 8 y 121; en los artículos artículo 33 y 34 del Acto Legislativo 3 de 1910; en el artículo 121 del Acto Legislativo 1 de 1960; en el artículo 42 del Acto legislativo 1 de 1968.

3 La cuál tuvo su origen en un estado de emergencia, según lo prevén los Decretos 1838 de 1984 y 1926 de 1990.

ESQUEMA 1 Estados de excepción.



4

- 4 La Constitución Política de Colombia en su Artículo 212 señala que en los estados de guerra exterior: El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Guerra Exterior. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad. La declaración del Estado de Guerra Exterior sólo procederá una vez el Senado haya autorizado la declaratoria de guerra, salvo que a juicio del Presidente fuere necesario repeler la agresión. Mientras subsista el Estado de Guerra, el Congreso se reunirá con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales, y el Gobierno le informará motivada y periódicamente sobre los decretos que haya dictado y la evolución de los acontecimientos. Los decretos legislativos que dicte el Gobierno suspenden las leyes incompatibles con el Estado de Guerra, rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. El Congreso podrá, en cualquier época, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara.

Sobre esta temática se pueden consultar el precedente de la Corte Constitucional, en especial las Sentencias: C-004-92; C-447-92; C-448-92; C-478-92; C-574-92; C-007-93; C-179-94; C-048-2001; C-739-2001; C-008-03; C-327-03. Por su parte, en el artículo 213 de la Constitución Política se precisa sobre los estados de conmoción interior: En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Conmoción Interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos. Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más. Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del Estado de Conmoción, el Congreso se reunirá por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales. El Presidente le pasará inmediatamente un informe motivado sobre las razones que determinaron la declaración. En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar.

Sobre esta temática se pueden consultar el precedente de la Corte Constitucional, en especial las Sentencias: C-004-92; C-447-92; C-448-92; C-478-92; C-541-92; C-556-92; C-557-92; C-574-92; C-579-92; C-179-94; C-739-2001; C-740-2001; C-1214-2001; C-802-02; C-008-03; C-063-03; C-122-03; C-148-03; C-149-03; C-327-03; C-070-09.

Ahora, para el objeto de esta publicación sólo se trabajará en la declaratoria de los estados de emergencia que han sido analizados, sistematizados y reglamentados en el artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, de este modo:

Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente. El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término. El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas. El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo. El Congreso, si no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo. El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia. El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante

los decretos contemplados en este artículo. PARAGRAFO. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliere con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.⁵ (Constitución Política, 1991, art. 215)

Por lo que, de lo reglamentado en el artículo 215 se estipuló que para la declaración de un estado de emergencia existen razones de orden económico, social, ecológico o calamidad pública por las que se deberá aprobar y certificar:

1. El grado de perturbación
2. El cumplimiento de requisitos formales que aluden a:
 - a. Que el decreto esté firmado por el Presidente de la República y todos sus Ministros.
 - b. Que su decreto no supere periodos de hasta 30 días. Los cuales sumados no podrán superar los 90 días durante un año calendario.
 - c. Convocar al Congreso para el análisis de las medidas tomadas.
 - d. Remitir el decreto ante la Corte Constitucional para que ejerza el control automático.
 - e. Ordenar la publicación, la comunicación y el cumplimiento.

En tal orden, la Corte constitucional mediante la Sentencia C-216 de 2011 indicó que para una declaratoria de este tipo se debe dar cumplimiento a unos presupuestos formales y otros materiales cómo: i) que se trate de una calamidad pública sea por causas naturales o por causas técnicas; ii) que dicha eventualidad no sólo sea grave sino que debe tener una ocurrencia imprevista o sobreviniente; iii) que la calamidad no sea generada por efectos de

.....
5 Sobre esta temática se puede consultar el precedente de la Corte Constitucional, en especial las Sentencias: C-004-92; C-005-92; C-221-92; C-447-92; C-448-92; C-478-92; C-479-92; C-510-92; C-711-2001; C-992-2001; C-1047-2001; C-1064-2001; C-939-02; C-102-03; C-327-03; C-450-03; C-902-03; C-146-08; C-135-09; C-136-09; C-224-09; C-225-09; C-226-09; C-254-09; C-252-10; C-843-10; C-156-11; C-216-11; C-217-11; C-670-15; C-722-15; C-753-15.

la guerra exterior o por el estado de conmoción; iv) que las facultades ordinarias del Ejecutivo resulten insuficientes para adoptar medidas de carácter económico, social y ecológico destinadas a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos y desborde la capacidad de atención ordinaria del sistema nacional para prevención y atención de desastres; v) que la ocurrencia de la calamidad pública y la eventual constitucionalidad de la declaratoria no elimine la posibilidad de responsabilidad del Estado o de sus funcionarios en el desarrollo de tales hechos; vi) que el decreto de declaratoria este motivado y establezca término de vigencia y ámbito territorial de aplicación; y vii) que en el decreto de declaratoria estén enunciados pormenorizadamente los hechos, la gravedad y el impacto en el orden económico, social y ecológico, así como la insuficiencia de las facultades gubernamentales ordinarias y la necesidad de las medidas extraordinarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. (Cfr. Sentencia C-216 2011).

Dado lo anterior y teniendo en cuenta los presupuestos materiales y formales de la Corte Constitucional para establecer un estado de emergencia, estos deben regirse por 4 principios: Principio de taxatividad, Principio de formalidad, Principio de proporcionalidad y Principio democrático, que en su orden aluden al fortalecimiento de la democracia y en especial a salvaguardar los Derechos Humanos de la comunidad que por un inusual evento se encuentra en un estado de calamidad. Así pues, estos cuatro principios consisten en:

a) Principio de taxatividad

El principio de taxatividad hace alusión a: i) Determinar cuál es el estado adecuado que se deberá decretar, en otras palabras, decidir si la situación por la que atraviesa el Estado alude a la declaratoria de un estado de guerra exterior o un estado de conmoción interna o un estado de emergencia; ii) Salvaguardar en la declaratoria de emergencia las normas expedidas, atendiendo la jerarquía normativa a la que esté vinculado el Estado y en especial promoviendo que se garantice el cumplimiento de los Derechos Humanos.

Precisamente, para la declaratoria de un estado de excepción es imperioso tener claridad sobre los siguientes puntos: i) En un estado de guerra exterior se deberá probar que el Estado se encuentra expuesto a un conflicto bélico de nivel internacional; ii) Un estado de conmoción interna requiere que se pruebe que hay alteración del

orden público y que este acontecimiento [...]“[...] atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad ciudadana, y que no pueda ser conjurado mediante el uso de atribuciones ordinarias de las autoridades de policía” (Cifuentes. Pág. 117, 2002); iii)C Cuando se pretenda decretar un estado de emergencia es necesario verificar que este aluda a “perturbaciones graves e inminentes, del orden económico, social y ecológico del país, o hechos que constituyan grave calamidad pública” (Cifuentes, 2002, p. 117).

b) Principio de formalidad

De acuerdo a los planteamientos del profesor Eduardo Cifuentes, el principio de formalidad es un mandato de optimización que consiste en el ingreso a la anormalidad y la superación de esta situación, tal superación se adelanta en virtud de una declaración contenida en el decreto suscrito por el Presidente y los Ministros; dicha declaración establece este proceso: (1) notificar a la población el ingreso a la anormalidad; (2) expresar la verificación de un hecho habilitante de un estado de excepción, en cuya virtud el Presidente podrá expedir Decretos legislativos y restringir los derechos; (3) poner en acción los controles políticos (Congreso) y jurídicos (Corte Constitucional) sobre la actuación del Gobierno. (Cfr. Cifuentes, 2002, p. 117)

Cabe señalar que, el principio de formalidad depende de dos razones: I: la primera [de carácter nacional], que obliga al Estado a diseñar publicidad, emitir comunicación y evidenciar el cumplimiento respecto al decreto de emergencia —precisamente para que: i) se pueda convocar al Congreso según las funciones del artículo 138 de la Constitución Política; y ii) el Presidente de la República remita el decreto de emergencia ante la Corte Constitucional para que se lleve a cabo el control automático del decreto—; la segunda [de carácter internacional]que]—, que permite a la comunidad internacional tener conocimiento de las medidas y procedimientos que el Estado ponga en marcha para responder a condiciones extraordinarias. Conviene subrayar que la Corte Constitucional en la Sentencia C-136 de 2009 indicó que el objetivo sustancial de esta formalidad, es el de hacer efectiva la obligación que tiene todo Estado Parte de una convención de comunicar a los otros Estados Partes la imposibilidad de cumplir transitoriamente ciertas obligaciones estipuladas en la misma.

c) Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad implica que al momento de decretar un estado cómo el de emergencia se deban atender criterios cómo: i) los derechos laborales que han

adquirido un piso protector no pueden ser desmejorados; ii) los Derechos Humanos no pueden limitarse; iii) las medidas que se adopten requieren proporcionalidad en torno a la situación fáctica; iv) la duración de la medida de emergencia no puede superar 30 días calendarios, que no pueden ser prorrogados por más de 90 días en el año; v) el objetivo del decreto de emergencia debe establecer medidas para enfrentar la situación de anormalidad o de calamidad; vi) se prohíbe la interrupción del funcionamiento de las ramas del poder público (Cfr. Cifuentes, 2002).

En relación al principio de proporcionalidad, la Corte Constitucional ha indicado que este apunta a la necesaria adecuación que debe existir entre las medidas adoptadas y la gravedad de la crisis. Enunciado de manera similar tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Europea y la Convención Americana, implica que las restricciones o suspensiones impuestas lo sean en la medida estrictamente limitada a la exigencia de la situación. Este principio, al igual que su fundamento -la legítima defensa- supone la existencia de un peligro inminente y exige una relación de adecuación entre éste y los medios utilizados para repelerlo. A su vez, éstos para ser legítimos, deberán ser proporcionales a la gravedad del peligro. De manera tal, que todo exceso en el empleo de los medios convierte en ilegítima la defensa, la que se transforma así en agresión. (Cfr. Sentencia C-136,2009).

d) Principio democrático

El principio democrático en relación al estado que se llegue a decretar por motivo de una situación extraordinaria indica que: i) No puede conducir a que se suprima de las funciones al Congreso de la República; ii) Exige que la medida decretada conduzca a la adopción de procedimientos que afronten la situación de urgencia o calamidad pública.

De lo anterior se afirma que, este principio proviene de lo dispuesto en la Constitución Política de 1991 y en la Ley 137 de 1994,, allí se establece la normatividad por la que el estado de excepción se instituye como un recurso del Estado de Derecho que precisamente, requiere de límites para salvaguardar y garantizar el cumplimiento de los Derechos Humanos.

De modo que, todo decreto emitido durante un estado de excepción exige del cumplimiento jerárquico de normas, es decir, debe someterse a reglas previstas al interior del Estado así como a las indicaciones establecidas en el sistema de fuentes universal y el Sistema Interamericano precisamente para que no se desvíe el fin

primigenio de preservar el orden constitucional, los pisos alcanzados en relación con los Derechos Humanos, la institucionalidad y la democracia.

e) Principio de amenaza excepcional

Si bien en este artículo no se hará alusión más extensa a otros principios establecidos por la Corte Constitucional de Colombia que regulan los estados de excepción, si se observó la necesidad de extender lo planteado acerca del Principio de amenaza excepcional. En este sentido, la Corte constitucional determinó que “este principio define la naturaleza del peligro y se refiere a los presupuestos de hecho (conmoción interior, ataque exterior, peligro público, catástrofes naturales o generadas por el hombre, etcétera) que conforman el concepto de circunstancias excepcionales”. (Sentencia C-136,2009, Título IV par. 10); además, al revisar la jurisprudencia del orden internacional indicó que:

Los precedentes europeos son sumamente claros. Tanto en el caso *Lawless* como en el de Grecia, se estimó que el peligro debía ser actual o al menos inminente, lo que invalida toda restricción adoptada con fines meramente oportunistas, especulativas o abstractas. Esto último fue también señalado por el Comité de Derechos Humanos al examinar el informe de Chile, oportunidad en la que sostuvo con marcada insistencia que argumentos tales como los de “seguridad nacional” o “subversión latente” no justificaban suspensión alguna de las obligaciones previstas en el Pacto. Esto es lo preventivo, que implicó abusos, pues la garantía es que sea actual e inminente. (Sentencia C—136, 2009, Título IV parágrafo 10)

También, en la misma Sentencia C-136 de 2009 la Corte Constitucional se pronunció en relación con tres casos de gran relevancia: Caso *Lawless*, Caso Grecia, Caso Chipre, en los que este Principio de amenaza excepcional fue citado.

Respecto al primero [Caso *Lawless*], la Corte Constitucional procedió a determinar que la situación de amenaza excepcional, en cuanto a sus efectos de peligro, debe afectar a toda la población, a la totalidad del territorio o a una parte del mismo.

En cuanto al segundo [Caso Grecia], la Corte Constitucional indicó que según la Comisión Europea, para que una situación de emergencia pública se constituya cómo una amenaza a la nación debe reunir estos cuatro requisitos: ser actual o inminente;

sus efectos deben involucrar a toda la nación; debe ser de tal gravedad que pongan en peligro la continuidad de la vida organizada de la comunidad; la crisis o el peligro debe ser excepcional en el sentido en que “[...] las medidas o restricciones ordinarias permitidas por la Convención para el mantenimiento de la seguridad pública, la salud o el orden público, resulten manifiestamente insuficientes”. (Sentencia C-136, 2009, Título IV par. 10). Aquí se contemplan las llamadas cláusulas de restricción, que son aquellas que autorizan la restricción de algunos derechos en situaciones ordinarias, en la medida en que, ello resulte imprescindible para garantizar la seguridad pública, la salud o el orden público.

En lo que se refiere al tercero [Caso Chipre], la Corte indicó que la Comisión europea se había declarado competente para pronunciarse en cuanto a la existencia de un peligro público, en el Caso Lawless la Corte precisó los elementos de este concepto y en el Caso de Grecia se ilustró cómo la Comisión siguió el mismo criterio y estimó que la carga de la prueba recaía en el gobierno replicante.

Extendiendo la idea expresada en el párrafo anterior, sobre el fondo de esta la cuestión la Corte Constitucional concluyó que el análisis objetivo de las informaciones vertidas por el gobierno de Grecia y demás elementos que obraban en poder de la Comisión en cuanto a los sucesos del 27 de abril de 1967 mundialmente conocidos como Golpe de Estado de los coroneles, no constituían en ese momento un peligro público conforme a los términos del artículo 15 de la Convención Europea, por lo que, se estimó que invocando ese fundamento de peligro público las restricciones impuestas eran contrarias a la Convención.

Por último, aun cuando una emergencia localizada en una parte del territorio de un país puede significar una amenaza para el conjunto de la población, el estado de excepción debe aplicarse en forma limitada al ámbito territorial en el que exista la perturbación del orden y las medidas deben tener alcance y validez solamente en dicho ámbito. Tan fue el criterio establecido por el relator especial en el intercambio de notas verbales con el gobierno de Paraguay durante el régimen de Stroessner frente a la notoria ilegalidad de las detenciones ordenadas por el poder ejecutivo en el interior de Paraguay, cuando en realidad el estado de sitio sólo estaba en vigor en la ciudad de Asunción: la práctica era entonces el inmediato traslado de los detenidos a la capital, en la que permanecían arrestados por periodos sumamente prolongados. (Sentencia C-136, 2009, Título IV parágrafo 10)

Finalmente, respecto a la cita anterior es destacable aclarar que una emergencia que se manifieste solamente en un sector del territorio nacional hará que las excepciones se apliquen únicamente a dicha porción limitada sin afectar al resto del país.

f) Principio de no discriminación

El principio de no discriminación es exigible si se pensara en un *check list* con anterioridad a la declaratoria del estado de excepción precisamente, porque así lo establecen: el artículo 27 de la Convención Americana, el artículo 4 del PIDCP y el artículo 14 de la Convención Europea. En esta medida, un decreto de excepción que no integre dicho principio está llamado a que por medio de la vía jurisdiccional sea suspendido del ordenamiento jurídico.

g) Principio de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del derecho internacional

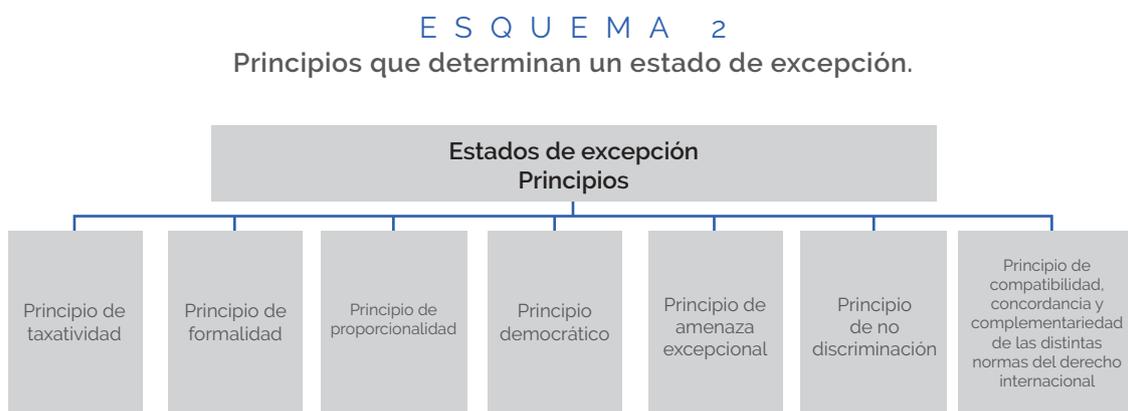
En cuanto a los principios que han sido expuestos más arriba, estos aluden a que las obligaciones que indican la Convención Americana y los Pactos ratificados por el Estado no pueden ser suspendidos, de manera que, lo que promueven estos pactos hace referencia a la necesidad de armonizar los tratados ratificados por el Estado y el ordenamiento jurídico interno del país.

Básicamente, el principio de compatibilidad con normas de derecho internacional tiene como función hacer que en los estados de excepción se suspendan acciones y procedimientos que afecten el principio democrático y la estructura de gobierno del país; lo anterior, torna vigencia precisamente porque los estados de excepción se decretan para que al final de su ejecución la vida democrática retorne a la estabilidad que gozaba la nación. Al respecto la Corte Constitucional Colombiana indicó:

En una palabra, de conformidad con los criterios establecidos por la Corte Interamericana, los estados de excepción o de emergencia tienen como única justificación válida la defensa del sistema democrático, entendiendo por tal aquel que establece límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona humana. De esta manera, el Estado de derecho es el marco jurídico de regulación de los estados de excepción. La única justificación es la defensa del orden democrático, el que a su vez está definido no como un sistema político sino como un conjunto de valores que se apoya en el conjunto de los Derechos Humanos. Estado de derecho, demo-

cracia y Derechos Humanos conforman así una unidad que la emergencia no puede romper ni en forma excepcional ni transitoria. (Sentencia C—136, 2009, Título IV par. 13)

En suma, la Corte Constitucional ha establecido que para implementar la declaratoria de un estado de excepción se deben tener presente los principios ordenados en el siguiente esquema:



Finalmente, solo la previsibilidad y la buena aplicabilidad de los principios descritos a lo largo de este documento permitirán la regulación del estado de excepción que el gobierno nacional pretenda decretar.

*De la potestad estatal para limitar derechos civiles y políticos:
Diferencias en la restricción decretada en un estado de excepción*

La regla de la teoría neo constitucional sobre el concepto y las características de los Derechos Humanos se circunscribe en que éstos derechos no son absolutos, razón por la que, pueden ser limitados por la autoridad de los Estados; ahora bien, tales restricciones o limitaciones requieren tener unos parámetros mínimos que en el sistema de fuentes del derecho internacional aluden a la garantía de las reglas plasmadas en: la Convención Americana de Derechos Humanos, en la Carta de la OEA y para el caso específico de los derechos civiles y políticos al PIDCP —se excluyen aquí sistemas distintos al Sistema Interamericano y al Sistema Universal— Sistema Universal.

En cuanto a la limitación o restricción de derechos civiles y políticos, se requerirá que los Estados acudan a la interpretación que sobre la Convención realice la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corporación que ha enfatizado en que la

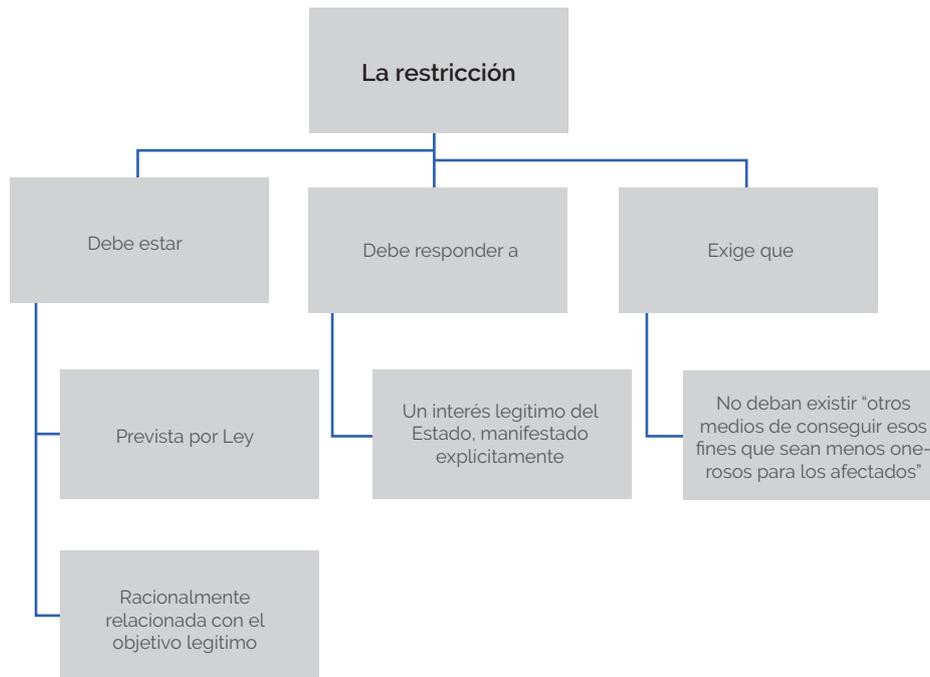
importancia de los derechos civiles y políticos al interior de una sociedad radica en que conducen al mantenimiento de los Derechos Humanos. En tal medida, los derechos civiles y políticos son concebidos como oportunidades para el mantenimiento de los estándares democráticos.

Así pues, en general los tratados modernos sobre Derechos Humanos y en particular la Convención Americana no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para beneficio mutuo de los Estados contratantes pues, su objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos sin importar su nacionalidad —frente a su propio Estado y frente a los otros Estados contratantes— Al aprobar estos tratados que protegen los Derechos Humanos los Estados se someten a un ordenamiento legal que tiene su fundamento en el bien común, por lo que asumen diversas obligaciones no en relación con otros Estados sino, hacia los individuos que se encuentran bajo su jurisdicción⁶.

Por tanto, cuando se habla de limitación a los derechos fundamentales la CIDH ha indicado que algunos de estos pueden restringirse en caso de que se cumplan los siguientes requisitos: “a) la restricción debe estar prevista por ley; b) la restricción debe responder a un interés legítimo del Estado, manifestado explícitamente; c) la restricción debe estar racionalmente relacionada con el objetivo legítimo; y d) no deben existir otros medios de conseguir esos fines que sean menos onerosos para los afectados”. (Opinión consultiva Oc-18/03, 2003, párr. 47)

.....
6 Al respecto, se puede evidenciar lo dicho por Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca del, efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75), Opinión Consultiva Oc2/82, del 24 de septiembre de 1982, párrafo 29.

ESQUEMA 3
Requisitos para la restricción de derechos.



En lo que se refiere a la potestad restrictiva que recae en la autonomía de un gobierno para decretar un estado de excepción, se prevé que más allá de los criterios de limitación a los Derechos Humanos en una época de estabilidad institucional estas restricciones se amplían, de hecho tal ampliación deviene de la necesidad de afrontar una crisis o un peligro que hace de la situación una circunstancia excepcional. En este sentido, las medidas que posibilitan la restricción de derechos civiles y políticos están previstas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específicamente en sus artículos: 12.3; 18.3; 19.3; 21; 22.2; 22.3 y en los artículos: 12.3; 15 y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ahora, cuando se establece la potestad restrictiva de éstos, el PIDCP alude a que tales límites no pueden ser previstos para el logro de la destrucción de cualquiera de los derechos reconocidos en el Pacto.

Una vez hechas las precisiones necesarias acerca de las limitaciones a las que pueden estar sometidos los derechos [civiles y políticos] y más precisamente al derecho

al sufragio pasivo⁷, se entiende que las restricciones admisibles⁸ son las que conllevan a la materialización de los principios de la Convención Americana⁹. En palabras del Juez Diego García Sayán:

En la región existen diversos sistemas sobre imposición de inhabilitaciones a funcionarios públicos que se traducen en restricción al sufragio pasivo: i) sistema político, que consiste en un juicio político a cargo del órgano legislativo, generalmente contra funcionarios de alto rango sindicados de haber cometido faltas o delitos; ii) sistema judicial a través de un proceso penal, y iii) sistema administrativo, disciplinario o encomendado a la autoridad judicial electoral. De ese examen suele concluirse que el uso de un sistema no es excluyente de otro sistema. [...] El mecanismo de restricción de derechos, pues, tiene que ofrecer suficientes garantías para cumplir con la finalidad de proteger los derechos y libertades de las personas, los sistemas democráticos y a la oposición política. Debe entenderse, pues, que el juicio debe ser el más estricto posible, sea cual sea la vía utilizada para efectuar una restricción. (Sentencia del caso López Mendoza vs Venezuela, 2011, Voto concurrente razonado del Juez Diego García Sayán par. 13 y 14)

En lo que se refiere a la posibilidad de un juicio más estricto, la CIDH fijó como regla de conformidad con el artículo 25¹⁰ que “ninguna norma de la Convención puede

7 El Estado debe garantizar a todos los ciudadanos el goce de los derechos previstos en el art. 23.1 de la Convención Americana. La CIDH señaló que estos amparos aluden a: i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos; ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores, y iii) a acceder a las funciones públicas de su país. (Sentencia Caso Venezuela Vs López Mendoza vs Venezuela, 2011, art. 23.1).

8 El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, art. 25).”

9 Se itera que las restricciones a las que se alude son las previstas en el art. 23.2 de la Convención Americana.

10 El profesor García señaló que “el art. 29 de la Convención, [...] (...) prohíbe a los Estados interpretar cualquiera de sus disposiciones en el sentido de permitir suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella” (pp. 87-88)

ser interpretada en sentido de limitar los derechos en mayor medida que la prevista en ella”¹¹; de modo que, tales restricciones deben comprender que la Convención alude a limitaciones especiales previstas en el art. 23.2¹² —como a las inhabilitantes o a las generales dispuestas en los art. 29 y 30 de dicha Convención —que son propias para cualquier tipo de derecho fundamental.

Justamente, la importancia de referimos a las restricciones previstas en los arts. 29 letra d) y 30 de la Convención se sustentan en que éstas prevén que ninguna de sus disposiciones se puede interpretar en el sentido de: i) “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos de la misma naturaleza”; ii) abrogar al interés particular sobre el general (Pacto de San José, 1969). Más aún, la CIDH en el caso *Castañeda Gutman Vs México* y bajo su función de máxima intérprete de la Convención indicó que al momento de regular o de restringir los derechos y las libertades consagrados en el referido instrumento¹³ deben cumplirse unos criterios que aluden a: i) legalidad de la medida restrictiva; ii) finalidad de la medida restrictiva; iii) necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad de la medida restrictiva (Sentencia del caso *Castañeda Gutman Vs México*, 2008).

Asimismo, en el caso *Gutman* se indicó que el criterio de necesidad debe ser valorado atendiendo a razonamientos que permitan determinar si: a) satisface una necesidad social imperiosa, es decir, está orientada a satisfacer un interés público imperativo; b) es la que restringe en menor grado el derecho protegido; c) se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo. (Sentencia del caso *Castañeda Gutman Vs México*, 2008).

De igual forma, la CIDH al analizar las reglas fijadas en el caso *Castañeda Gutman vs México* indicó que la limitación que conduzca a una inhabilitación — como limitante al derecho al sufragio pasivo— debe respetar que:

.....
11 Sentencia del caso *Castañeda Gutman Vs. México*, Corte IDH, México, 2 de septiembre de 2008. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=en&nId_Ficha=298

12 “2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”. (Pacto de San José, 1969, art. 23.2)

13 Al respecto, se puede profundizar más en: los artículos(arts. 13 y 29 de Convención Americana sobre Derechos Humanos; en la). Opinión Consultiva Oc-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 39; y en la Sentencia del caso *Kimel vs Argentina*, 2008, supra nota 4, párr. 52.

- i) La norma que establece la restricción “debe ser una ley en el sentido formal y material” (Sentencia del caso Castañeda Gutman Vs México, 2008, párr. 176) — entendido como legalidad de la medida restrictiva—.
- ii) La causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por la Convención Americana previstas en las normas que establecen finalidades generales legítimas como “los derechos y libertades de las demás personas”, o “las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática” (Sentencia del caso Castañeda Gutman Vs México, 2008, párr. 180).

Por lo tanto, los anteriores criterios deben considerarse como orientaciones generales que requieren la atención y el cumplimiento de reglas y obligaciones plasmadas en el artículo 23.¹⁴ de la Convención Americana, aluden a: i) establecer una finalidad cuando se pretenda decretar la medida; ii) que la medida sea necesaria para una sociedad democrática. De este modo, se podrá definir si con tal medida se: “a) satisface una necesidad social imperiosa, esto es, está orientada a satisfacer un interés público imperativo; b) es la que restringe en menor grado el derecho protegido; c) se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo” (Sentencia del caso Castañeda Gutman Vs México, 2008, párr. 186).

Al respecto, la CIDH en su Opinión Consultiva OC 8/87, precisó que las medidas de juridicidad que adopte un Estado para afrontar el estado de excepción “dependerá del carácter, de la intensidad, de la profundidad y del particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las disposiciones respecto de ella” (Opinión consultiva Oc-8/87, 1987,22). En consecuencia la postura de la CIDH fue sintetizada por la Corte Constitucional colombiana de esta forma:

De otro lado, también los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, proferidos en el marco de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, acogen el principio de necesidad en los estados de excepción al señalar, haciendo referencia a las cláusulas de limita-

.....
14 “Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país” (Pacto de San José, 1969, art. 23.1).

ción del Pacto Internacional, que “siempre que, conforme a las disposiciones del Pacto, se exija que una limitación sea “necesaria, este término implicará que la limitación: a. Se basa en uno de los motivos que justifican las limitaciones reconocidas por el artículo pertinente del Pacto; b) responde a una necesidad pública o social apremiante, c) Responde a un objetivo legítimo, y; d) Guarda proporción con este objetivo. (Sentencia C-136, 2009, par. 11).

Ahora bien, en la legislación interna la Ley 137 de 1994 prevé reglas para la limitación de los derechos intangibles y la prohibición de esas medidas en relación con los no intangibles, tal disposición establece lo siguiente:

Artículo 4°. Derechos intangibles. De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles; el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, la prisión perpetua y confiscación, la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño, a la protección por parte de su familia; de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al Hábeas Corpus y el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados. Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

De conformidad con el literal b) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de estos Estados.

Parágrafo 1. Garantía de la libre y pacífica actividad política. Los derechos a constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas, a formar parte de ellas, a

participar en sus actividades legítimas y a hacer oposición, podrán ser ejercidos libremente dentro del respeto de la Constitución Política y sin recurrir a ninguna forma de violencia. Parágrafo

2. Para asegurar la efectividad del derecho a la paz, en ejercicio de las facultades derivadas del estado de Conmoción Interior, se podrá expedir medidas excepcionales encaminadas a facilitar la reincorporación de delincuentes políticos a la vida civil y para remover obstáculos de índole administrativa, presupuestal o jurídica. En desarrollo de estas facultades el Gobierno podrá conceder, por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos por delitos políticos y conexos.

Artículo 5. Prohibición de suspender derechos. Las limitaciones a los derechos no podrán ser tan gravosas que impliquen la negación de la dignidad humana, de la intimidad, de la libertad de asociación, del derecho al trabajo, del derecho a la educación, de la libertad de expresión y de los demás Derechos Humanos y libertades fundamentales que no pueden ser suspendidos en ningún estado de excepción. Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. De todas formas, se garantizarán los derechos consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política.

Artículo 6. Ausencia de regulación. En caso que sea necesario limitar el ejercicio de algún derecho no intangible, no tratado en la ley, no se podrá afectar su núcleo esencial y se deberán establecer garantías y controles para su ejercicio. (Ley 137 de 1994 Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia, art. 4-6)

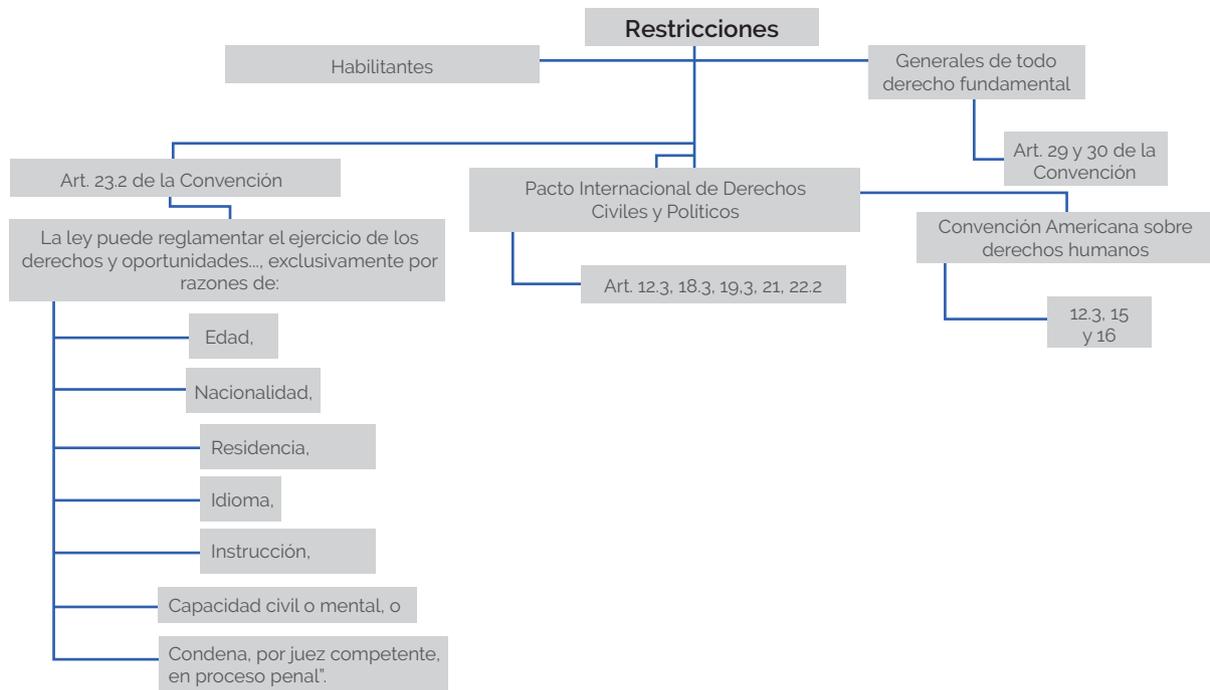
Dadas las limitaciones a los derechos establecidas en la ley 137 de 1994, la Corte Constitucional procedió a estudiarlas y estableció que entre las reglas que delimitan la restricción de libertades pueden señalarse:

(1) la limitación debe ser necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente; (2) cuando sea necesario limitar el ejercicio de un derecho no intangible no se podrá afectar su núcleo esencial y se deberán establecer garantías y controles para su ejercicio; (3) debe justificarse expresamente la limitación de los derechos por lo tanto los decretos de excepción deberán señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de tal manera que permitan demostrar la relación de conexidad con las causas de la perturbación y los motivos por los cuales se

hacen necesarias; (4) la limitación en el ejercicio de los derechos y libertades sólo será admisible en el grado estrictamente necesario, para buscar el retorno a la normalidad. (Sentencia C-070, 2009, par. 4) <Fin de cita>

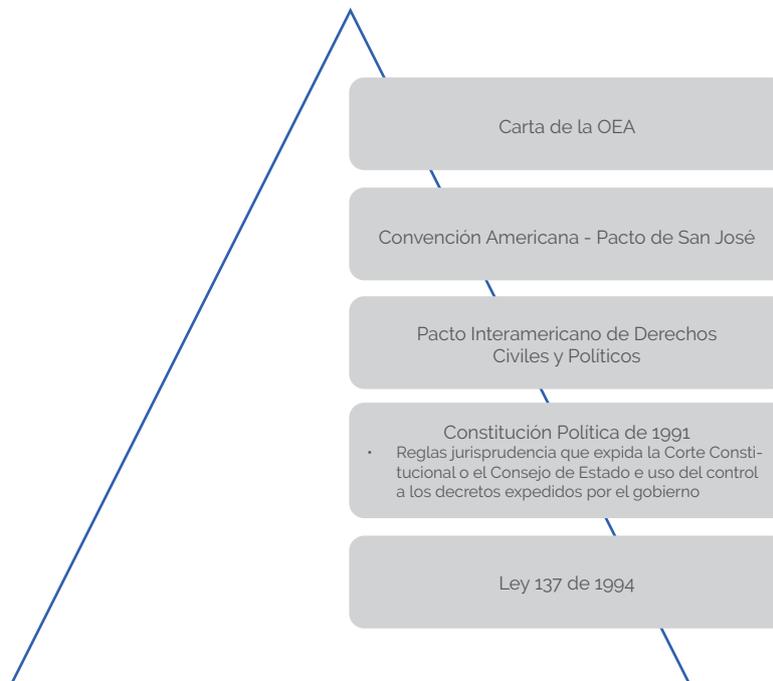
Estas restricciones y limitaciones se sintetizan a nivel de fuentes del derecho internacional en el siguiente esquema:

ESQUEMA 4
Restricciones a los derechos.



Por tanto, los derechos civiles y políticos pueden ser restringidos por el Estado colombiano aunque tal restricción debe atender la jerarquía de respeto expresada en el siguiente esquema:

ESQUEMA 5 Jerarquía de respeto.



Conviene subrayar que, de acuerdo al esquema anterior las limitaciones y restricciones a los derechos civiles y políticos sólo podrá establecerse mediante decretos legislativos; por lo que, cualquier tipo de restricción que se declare en un estado de excepción por medio de decretos ordinarios carecería de validez.

De la limitación a los derechos civiles y políticos en Colombia en época de la pandemia -COVID 19-

Para comenzar, en el análisis que hace el profesor Jairo Vladimir Llano Franco del al analizar el libro *Pandemia! El COVID-19 sacude al mundo* del sociólogo, psicoanalista y filósofo esloveno Slavoj Žižek, consideró que nos enfrentamos a nuevas realidades en las que nuestra cotidianidad será sometida a la virtualización; asimismo, [el profesor Llano] en su escrito *Covid-19: Desaparición del neoliberalismo más no del capitalismo ni de la globalización* retomó un planteamiento bastante interesante del filósofo esloveno que afirma lo siguiente: “Lo único que está claro es que el virus romperá los cimientos de nuestras vidas, causando no solo una inmensa cantidad de sufrimiento sino también estragos económicos posiblemente peores que la Gran Recesión. No

hay vuelta a la normalidad [...]” (Žižek, 2020, p. 8), en este sentido, es necesario reflexionar si la coyuntura actual y las repercusiones socioeconómicas que esta ha implicado afectarán el tradicional sistema de garantías de los derechos civiles y políticos. Por consiguiente, es relevante examinar si en lo que lleva de corrido el decreto de estado de excepción de emergencia proferido mediante el Decreto 417 de 2020 por la rama del poder ejecutivo de Colombia, se han limitado los derechos o si a partir de las normas que se funden en el decreto de excepción el poder ejecutivo u otras ramas del poder público han restringido las libertades civiles.

Por otra parte, según lo propuesto por Llano (2020) la virtualización de la cotidianidad será un elemento que seguirá presente en los años venideros y supondrá una ampliación de las formas de materialización del capitalismo; respecto a la crisis pandémica y a la nueva cotidianidad, Colombia y los Estados del mundo no estaban preparados para afrontar los retos del escenario actual que dificultan el cumplimiento de los derechos civiles y políticos, las medidas —que deben atender a los criterios de la Convención Americana— como la cuarentena y el aislamientos han afectado las libertades de los ciudadanos.

Por ende, se hace necesario revisar la naturaleza de las restricciones que puede hacer el Estado colombiano a los derechos intangibles, esto es especificado en la sentencia C-802:

[...]por el solo hecho de haberse declarado un estado de excepción no es posible restringir per se los derechos no consagrados como intangibles en los artículos 4 del Pacto y 27 de la Convención. Ello es así por cuanto, dicha restricción se justifica únicamente cuando se han cumplido los requisitos que los instrumentos internacionales exigen para la declaratoria del estado de excepción. (Sentencia C-802, 2002)

En estos términos, los derechos civiles que se han mencionado a lo largo de este trabajo hacen referencia a:

[...] aquellos que garantizan al individuo un status libertatis, un ámbito de privacidad, libertad y seguridad frente a terceros y, fundamentalmente, frente al Estado; afectando directamente a la persona en dos ámbitos, por un lado, a su identidad psicológica e intelectual y, por otro, a su desenvolvimiento físico. (Camisón, 2012, p. 177)

A su vez, los derechos políticos que se han señalado más arriba se “caracterizan por su naturaleza como mecanismos que posibilitan la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos y, también, por estar directamente vinculados con la realización del principio democrático, el pluralismo político, y la soberanía popular [...]”. (Camisón, 2012, p. 218)

De manera que, en los derechos civiles se observa afectación luego de proferirse el estado de excepción mediante el Decreto 417 de 2020, específicamente se ha limitado el derecho a: la asociación y reunión; la privacidad, la intimidad, la honra, el honor, la propia imagen y la dignidad; la libertad de pensamiento; la libertad de espiritualidad, religión y culto; la libertad de expresión y libertad de información; expresar y difundir libremente pensamientos u opiniones; a acceder a la información, interpretarla, analizarla y comunicarla libremente; la libertad de residencia, permanencia y circulación; la libertad y seguridad personal; las garantías respecto a las medidas de privación de la libertad; a un debido proceso; a casarse y a decidir el número de hijos que desean; a la vida, a la libertad y a la seguridad jurídica; a no estar sometido a esclavitud o servidumbre; a no ser sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a daño físico, psíquico y moral.

Además, tal afectación a los derechos se sustenta en los decretos que se proferieron en virtud de la declaratoria de estado de excepción y que se precisan en: el Decreto 457 de 2020 y el Decreto 564 de 2020 por el cual se adoptan medidas para la garantía de los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica; en las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura; y mediante la Resolución No. 3527 de 2020 por la cual se prorroga la suspensión de términos dispuesta en la Resolución No. 03130 del 24 de marzo de 2020 y se dictan otras disposiciones —esta resolución es expedida por la Superintendencia de Notariado y Registro—.

Con base en los decretos mencionados en el párrafo anterior es posible determinar que los derechos políticos que se han visto afectados en la coyuntura actual son: el derecho al sufragio activo y pasivo; el derecho a participar en la formación de la voluntad política del Estado; el derecho a ejercer el poder político; el derecho a controlar el ejercicio que del mismo realicen los poderes del Estado; el derecho de los extranjeros a gozar de la participación política y ejercer el derecho al sufragio; el derecho al asilo o refugio y a la no devolución o entrega; el derecho a la reunificación familiar para asilados o refugiados.

También, vemos que en la coyuntura actual los derechos políticos se afectan por aquellos actos administrativos que suspendan o aplacen el calendario electoral, que no prevén tiempos claros en torno al efectivo ejercicio del derecho al sufragio de los electores y, a su vez, los de los candidatos. Por tanto, la afectación se materializa en relación con el proferimiento de: el Decreto N°. 564 de 2020 y el Decreto 568 de 2020 Por el cual se crea el impuesto solidario por el COVID 19, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica dispuesto en el Decreto Legislativo 417 de 2020. Igualmente, se amplía el margen de afectación con las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura, en tanto que, no se pueden absolver aquellas demandas de nulidad electoral, de pérdida de investidura e incluso la revisión de acciones de tutela que comprendan su *Litis* en esta clasificación de derechos. Medidas que aluden a las adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura mediante los acuerdos: PCSJA20-11517; PCSJA20-11518; PCSJA20-11519; PCSJA20-11521; PCSJA20-11526; PCSJA20-11527; PCSJA20-11528 y PCSJA20-11529 de marzo de 2020, prorrogadas por el Acuerdo PCSJA20-11532 del 11 de abril del mismo año e indican que la mayoría de despachos judiciales del país no se encuentran prestando el servicio al público de manera presencial y que se suspendieron los términos en casi todos los procesos, salvo las siguientes excepciones:

1. Acciones de tutela y habeas corpus. Se dará prelación en el reparto a las acciones de tutela que versen sobre derechos fundamentales a la vida, la salud y la libertad. Su recepción se hará mediante correo electrónico dispuesto para el efecto y para su trámite y comunicaciones se hará uso de las cuentas de correo electrónico y herramientas tecnológicas de apoyo.
 - a. Los despachos judiciales no remitirán los expedientes de acciones de tutela a la Corte Constitucional hasta tanto se levante la suspensión de términos de la revisión eventual.
2. Las actuaciones que adelante la Corte Constitucional con ocasión de la expedición de decretos por el Presidente de la República en ejercicio de las funciones del artículo 215 de la Constitución Política.
3. Las actuaciones que adelanten el Consejo de Estado y los tribunales administrativos con ocasión del control inmediato de legalidad que deben adelantar de conformidad con las competencias establecidas en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y en los artículos 111, numeral 8, 136 y 151, numeral 14, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4. Con relación a la función de control de garantías se atenderán los siguientes asuntos:
 - a. Audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación y solicitudes de medidas de aseguramiento de detención.
 - b. Prórroga, sustitución y revocatoria de medida de aseguramiento cuya solicitud sea con persona privada de la libertad, siempre que las audiencias se puedan adelantar mediante trabajo en casa de manera virtual.
 - c. Libertad por vencimiento de términos, siempre que las audiencias se puedan adelantar mediante trabajo en casa de manera virtual.(Acuerdo PCSJA20-11532, 2020, art. 2)

De tales afectaciones que hasta la fecha no se observan como catastróficas porque el Consejo de Estado como máximo órgano de lo contencioso administrativo y la Corte Constitucional como garante de los derechos fundamentales han considerado ejercer el control automático de los decretos legislativos expedidos por el ejecutivo, así como los decretos ordinarios expedidos en virtud de la declaratoria de estado de excepción de emergencia según sus competencias, sí se evidencia que el retraso y la suspensión de términos conllevarán a una afectación en las distintas maneras de conformar el poder político del país y en especial en las que se refieren a la posibilidad de realizar un control público.

Teniendo en cuenta las limitaciones y restricciones a los derechos civiles y políticos de las que se ha hablado en esta sección del texto, es posible afirmar que nuestra concepción y organización democrática ha sufrido una serie de modificaciones que, incluso, para aquellos certámenes electorales ya convocados y con calendarios electorales publicados ha repercutido en la necesidad de posponer tales elecciones; si bien, en un principio parecería normal posponerlas lo cierto es que en elecciones que conduzcan a la necesidad de conformar una corporación pública o la elección de un cargo uninominal se afectaría sobre medida el equilibrio de poderes y con ello la credibilidad de la institucionalidad generando un suceso en el que puede:

1. Aumentar los riesgos de deslegitimación de la legislación.
2. Contribuir en la postergación en el poder de mandatarios que ya se les había vencido su periodo, por lo que se habla de desigualdad en relación con el derecho a elegir y ser elegido¹⁵.

.....
15 En el mundo este suceso ya se evidenció en Australia.

3. Generar inestabilidad jurídica, puesto que, algunos cargos han quedado acéfalos sin que se pueda establecer cómo suplir las vacancias absolutas, un ejemplo de ello es la imposibilidad de obtener una decisión de fondo en los medios de control de nulidad electoral cómo lo es el caso de la Junta Administradora Local del corregimiento La Paz del municipio de Santiago de Cali.¹⁶
4. Debilitar la democracia.
5. Evidenciar que hay un límite muy delgado entre las medidas decretadas por un estado de emergencia y el totalitarismo.¹⁷

De esta manera, postergar los procesos electorales no es —quizás— el mejor modo de contribuir al desarrollo pleno de los derechos civiles y políticos, por el contrario, tales medidas podrían incidir directamente en el desconocimiento del núcleo esencial de éstos. Entonces, países como Colombia están llamados a adoptar acciones y procedimientos que promuevan la participación política y el efectivo goce del derecho a elegir y ser elegido, aspecto que requerirá comprender las etapas: preelectoral, electoral y post electoral, en las que se deberán adoptar medidas indistintas para que cada una de éstas se ejecute con la plena garantía y el debido proceso. Por ejemplo, en la etapa preelectoral se requerirá que la Organización Electoral esté en la disposición de:

1. Implementar o aplicar medidas de salubridad pública para el día de la elección, cuando no sea posible realizar el procedimiento del voto anticipado o del voto por procuración de quienes estén enfermos o que por algún motivo de fuerza mayor no puedan ellos mismos directamente ejercer el derecho al sufragio.
2. Promover el derecho al sufragio implementando el acceso a nuevas tecnologías que posibiliten el voto remoto y eviten el contacto de personas para no producir peligrosas aglomeraciones. Cabe anotar que, una alternativa

.....
¹⁶ A nivel internacional se destaca el caso de Sri Lanka donde el parlamento estaba disuelto antes del estado de emergencia y luego de su decreto se suspendieron las elecciones sin que hasta el momento exista parlamento. Otro ejemplo bastante claro es el caso Bolivia que tenía elecciones presidenciales convocadas y tras el efecto pandemia éstas fueron postergadas.

¹⁷ Ejemplos de estos se encuentran en un país cómo como Hungría, donde se han ampliado los poderes de los gobernantes.

interesante frente a este panorama podría ser que —incluso— quienes estaban aislados debido las prevenciones por el Covid-19 se les permita votar vía telefónica por medio de un sistema de comprobación de identidad similar al que usan los bancos, pero con filtros de seguridad más complejos.

3. Establecer un nuevo modelo cartográfico que incida en una nueva conformación de la DIVIPOL.
4. Promover canales tecnológicos de fácil acceso al tarjetón virtual.
5. Vincular el procedimiento electoral con las nuevas tecnologías G-5.

Por otra parte, en la etapa electoral se requerirá por parte de la Organización Electoral que:

5. Ante la imposibilidad de utilizar el voto remoto o el voto anticipado Promueva la utilización de puestos de control de temperatura al ingreso de los pabellones o de los lugares de concentración electoral.
6. Desinfecte los puestos de votación.
7. Disponga de puestos de votación para personas con Covid-19 o para quienes tengan temperaturas superiores a los 37.5 grados de temperatura.
8. Invite a los ciudadanos a que lleven su propio bolígrafo para ejercer su derecho al sufragio.
9. Modifique la manera en que se custodia el material electoral y el modo en que se maneja el arca triclave.
10. Replantee las medidas de suspensión de control impidiendo con éstas que se suspenda la posibilidad de reclamar las presuntas inconsistencias del escrutinio por parte de las comisiones escrutadoras.

Finalmente, en la etapa poselectoral se requerirá que la Rama Judicial reconsidere las medidas de suspensión para el ejercicio de los medios de control de nulidad electoral, de pérdida de investidura y de acciones de tutela que pretendan la tutela judicial efectiva de los derechos civiles y políticos.

Conclusiones

En suma, de todo lo expresado en este trabajo nos es lícito afirmar que el mundo —en términos generales— no estaba preparado para enfrentar una realidad pandémica ni para atender la crisis en torno a derechos o la vulneración de éstos más allá de un escenario local, esta circunstancia puede significar la reestructuración de los tradicionales órdenes políticos ya conocidos. Además, en la sociedad se reflejan nuevas necesidades, nuevos reclamos por medios para materializar los derechos civiles y políticos, esto, a su vez, exige la implementación de nuevas tecnologías y de nuevos mecanismos para avocar el derecho al sufragio de maneras distintas a las presentes; pero —sobre todo— los miembros de cuerpo social exigen un cumplimiento justo de sus derechos que no deben ser restringidos de manera radical a causa de la problemática global actual, asimismo, tal exigencia de la población es por competencias transnacionales que atiendan a un bien común más allá de los conceptos tradicionales de soberanía y de ciudadano.

Referencias

- Camisón Yagüe, J., Ángel, (2012). Los derechos civiles y políticos en la Constitución boliviana. *Revista Derecho del Estado*, 28, pp. 171-231. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-98932012000100008
- Cifuentes Muñoz, Eduardo. (2002). Los estados de excepción constitucional en Colombia. *Ius et Praxis*, 8(1), 117-146. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122002000100009&script=sci_arttext&tlng=en República de Colombia,
- Ley 137 de 1994. Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia. 02 de junio de 1994. 41.379. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=13966>
- Llano Franco, J. V. Covid-19: Desaparición del Neoliberalismo más no del capitalismo ni de la globalización. *Revista Reflexiones Marginales*, 8. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/341157781_Covid-19_Desaparicion_del_neoliberalismo_mas_no_del_capitalismo_ni_de_la_globalizacion_-_Reflexiones_Marginales

- Opinión Consultiva Oc-18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Corte IDH, 17 de septiembre de 2003. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>
- Opinión Consultiva, Oc-8/87, Garantías judiciales en los estados de emergencia, Corte IDH, 30 de enero de 1987. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_o8_esp.pdf
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- Salcedo, J., y Antonio, J. (2003). *El Convenio europeo de derechos humanos*. Sentencia C-070. Corte constitucional, Colombia, 12 de febrero de 2009. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-070-09.htm>
- Sentencia C-136. Corte constitucional, Colombia, 25 de febrero de 2009. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-136-09.htm>
- Sentencia C-216. Corte Constitucional, Colombia, 19 de marzo de 2011. Recuperado de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_a62453ca24230006e0430a0101510006+
- Sentencia C-802. Corte constitucional, Colombia, 2 de octubre de 2002. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-802-02.htm>
- Sentencia del Caso López Mendoza vs Venezuela. Corte IDH, Venezuela, 01 de septiembre de 2011. Recuperado de https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.
- Sentencia del caso Castañeda Gutman Vs. México, Corte IDH, México, 2 de septiembre de 2008. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=en&nId_Ficha=298
- Žižek, S. *Pandemic!: COVID-19 Shakes the World*. New York; London: OR Books. Recuperado de <https://www.jstor.org/stable/j.ctv16t6n4>

Capítulo VI

Paz y Derechos Humanos. Un enfoque desde los derechos territoriales y la consulta previa a pueblos indígenas en Colombia

Gloria Amparo Rodríguez¹

Introducción

Colombia sufrió graves afectaciones por el conflicto armado interno, no sólo por los efectos derivados de las confrontaciones armadas de los diferentes actores sino, también por la coacción a poblaciones y comunidades; esta situación afectó la vida y el tejido social, vulnerando los Derechos Humanos de las personas y comunidades —en su mayoría rurales y grupos étnicos; es decir, pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, especialmente—. En este contexto, la firma del Acuerdo de Paz entre el Estado colombiano y el grupo Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo —en adelante FARC- EP— que tuvo lugar en el 2016 para la terminación definitiva del conflicto armado interno que duró más de 60 años y dejó más de 8 millones de víctimas en todo el territorio nacional —entre las cuales más de 1,2 millones fueron étnicas (Unidad de Víctimas, 2020)— se ha visto como la oportunidad para garantizar la efectividad de

¹Profesora Titular de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Abogada, PhD en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Medio Ambiente y Desarrollo y Especialista en Derecho Ambiental, en Negociación, Conciliación y Arbitraje y en Derecho Médico-Sanitario. Actualmente Magistrada de la Jurisdicción Especial para la Paz.
Correo electrónico: gloria.rodriguez@urosario.edu.co

los derechos sociales, culturales y económicos; sobre todo, porque este Acuerdo consagra varios puntos y objetivos por medio de los cuales pretende alcanzar la paz estable y duradera en el marco de un nuevo paradigma de desarrollo y bienestar territorial, teniendo como eje central a las víctimas y a las poblaciones históricamente vulnerables, discriminadas y marginadas.

Entre los puntos del Acuerdo de Paz referido se destaca la propuesta de un enfoque territorial que supone el reconocimiento de las necesidades y características económicas, culturales y sociales de las personas en su diversidad, de los territorios y de las comunidades; esto con el objetivo de garantizar la sostenibilidad ambiental y la implementación integral y coordinada de las diferentes medidas de construcción de paz en medio de escenarios de participación de la ciudadanía. Asimismo, propone la adopción del enfoque diferencial y de género, que tenga especial énfasis en la protección de mujeres, niñas, niños y adolescentes frente a los riesgos específicos que enfrentan contra su vida, seguridad, libertad e integridad.

En el mismo sentido, en virtud del papel fundamental que desempeñan los pueblos indígenas en la ordenación del ambiente, se propone en el Acuerdo de Paz el enfoque étnico y se reitera la inminente obligación del Estado de reconocer y garantizar la protección de su identidad cultural e intereses y, paralelamente, hacer posible su participación efectiva; estos son temas de gran relevancia en el marco del logro de una paz estable y duradera en Colombia, dado que el conflicto armado afectó de manera significativa a los pueblos indígenas. Esto en cumplimiento de las medidas adoptadas por la Corte Constitucional colombiana relativas a la protección de los derechos fundamentales de las personas y los pueblos indígenas desplazados por el conflicto armado o en riesgo de desplazamiento forzado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004 (Auto 004/09, 2009) tras la comprobación del peligro en el que se encontraban los pueblos indígenas de ser exterminados —cultural o físicamente— por el conflicto armado interno y de su estado de víctimas de gravísimas violaciones de sus derechos fundamentales individuales y colectivos y del Derecho Internacional Humanitario.

Así las cosas, en este texto presentaremos algunos de los avances que el Estado colombiano ha hecho en cuanto a la protección de los derechos de los grupos étnicos en el marco de la implementación del Acuerdo de Paz —en particular, los derechos territoriales—; para lo cual, en primer lugar, abordaremos un panorama general sobre los derechos territoriales de los pueblos indígenas, seguido de la protección que

estos han tenido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, posteriormente, se revisará el tratamiento que se le ha dado a estos derechos en el ordenamiento jurídico colombiano para pasar a abordar el derecho de consulta previa y, finalmente, se hará mención sobre las medidas adoptadas en el período del posconflicto.

Derechos territoriales

Los pueblos indígenas y demás grupos étnicos² se han tenido que enfrentar a escenarios de ocupación, pérdida y luchas por la recuperación de sus tierras desde el período de colonización en América; es por ello que, la exigencia de reivindicación de sus derechos se ha basado en la territorialidad puesto que se constituye en la expresión de una apropiación social e histórica que determina su identidad étnica y sus modos de vida (Berche, García y Mantilla, 2006).

Conforme ha señalado Houghton (2008), los pueblos indígenas y la territorialidad son el resultado del colonialismo y la resistencia de estas colectividades que han logrado su supervivencia física y cultural por el ejercicio de sus modos de vida en un espacio vital y en la relación sostenible con el mismo y con los recursos naturales; a diferencia de las sociedades occidentales, los pueblos indígenas no consideran al territorio como un factor productivo ni como un bien comercializable sino que, establecen una relación especial con la tierra que se encuentra fundada en el respeto por el ambiente y los elementos que lo integran, así como en un elemento esencial para sus tradiciones y rituales, además de ser el lugar en el que se encuentran sus ancestros (Sánchez y Arango, 2004).

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos ha sido el resultado de un proceso histórico caracterizado por fuertes tensiones a nivel político, jurídico, cultural, social y económico, en el que estas colectividades han luchado por la reivindicación de sus derechos colectivos sobre la tierra, su cultura y autonomía (Houghton, 2008).

.....

2 Entendiendo por grupos étnicos a las poblaciones características y a sus prácticas culturales, sociales y económicas que se diferencian del resto de la sociedad, ya que han logrado conservar su identidad a través de la historia como sujetos colectivos que tienen un origen, historia y cultura propios fundados en su cosmovisión, costumbres y tradiciones. En Colombia hacen parte de estos grupos étnicos: los pueblos indígenas o tribales, las comunidades negras o afrocolombianas, la población raizal, los pueblos gitanos o ROM y el pueblo palenquero (MinSalud, 2019).

El territorio indígena se ha entendido, entonces, como el lugar en el que estas colectividades desarrollan su vida, cultura, economía, en el marco de sus propias formas de desarrollo, independientemente de si tienen título de propiedad estatal o no; dicho título incluye los espacios habitados y explotados como aquellos que también hacen parte del ámbito tradicional para el desarrollo de sus actividades sociales, económicas y culturales. Ahora bien, se debe tener presente que la relación que los pueblos indígenas tienen con su territorio varía dependiendo de cada pueblo y contexto.

Así las cosas, el territorio se constituye en el lugar en el que los pueblos indígenas desarrollan su vida, cultura, economía y propias formas de desarrollo, aunque tengan o no el título de propiedad estatal; este título comprende tanto los espacios habitados y explotados como aquellos que hacen parte del ámbito tradicional de sus actividades económicas, culturales o de subsistencia —tales como: las vías de acceso—. En este sentido, el territorio indígena implica el ejercicio de la autonomía en el mismo; esto es, el manejo, control y administración de la tierra y los recursos naturales que se encuentran en ella y, por lo tanto, dicha autonomía debe ser administrativa, fiscal y financiera.

Es por ello que, diferentes instrumentos a nivel internacional han reconocido los derechos territoriales de los pueblos indígenas; entre los cuales se destacan: la Convención sobre el Instituto Indigenista Interamericano (III) de 1940; el Convenio 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribunales en Países Independientes de 1957; y los más sobresalientes, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 —estos últimos se caracterizan por tener un mayor desarrollo en torno al reconocimiento de los derechos de los grupos étnicos y sobre las obligaciones estatales—.

La protección de los derechos territoriales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En virtud de la importancia que tiene el territorio para los pueblos indígenas y para el desarrollo de sus formas de vida, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha fundamentado la protección de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en: la relación que estas colectividades tienen con la tierra y los recursos naturales; en el vínculo que existe entre el reconocimiento de sus derechos territoriales ancestrales y la garantía de su supervivencia, identidad e integridad cultural; y en el con-

sentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas como requisito para determinados proyectos en sus territorios³.

Para lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que los pueblos indígenas y demás grupos étnicos tienen formas de vidas únicas y su cosmovisión se fundamenta en la estrecha relación con la tierra, aquella que han utilizado y ocupado tradicionalmente para su preservación física, cultural y espiritual (Derechos Humanos. CIDH BZ, 2004); es por ello que, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos la relación que existe entre los pueblos indígenas y sus territorios no se limita a aldeas o asentamientos específicos sino que, incluye las tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura y demás fines (Sentencia del Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam SR. 2007).

Para la Corte IDH, desconocer el derecho al territorio de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos equivale a suponer que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes y, consecuentemente, desconocer su derecho al uso y goce de los bienes conforme con su cultura, espiritualidad, costumbres y creencias de cada pueblo (Sentencia del Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, 2006). En ese sentido, la misma corte ha señalado que sobre los recursos naturales los pueblos indígenas tienen el derecho a ser titulares de todos aquellos que se encuentran en su territorio tradicional, por las mismas razones que tienen de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos pues, sin ellas la supervivencia económica, social y cultural de estas colectividades está en riesgo.

Es por esta razón que se ha sostenido que, cuando se trata de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que puedan tener un gran impacto dentro del territorio indígena y en sus modos de vida tradicionales; entonces, se requiere obtener el consentimiento libre, previo e informado de la colectividad, de acuerdo con sus costumbres (Sentencia del Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam, 2007). Esto, atendiendo a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los pueblos indígenas y al deber que tienen los Estados de otorgar una protección especial que garantice el

.....
3 Señalamos algunas de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relevantes en materia de protección de derechos territoriales de los pueblos indígenas: Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay; Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay; Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay; Caso Pueblo Indígena Xucuru vs. Brasil; Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina.

ejercicio pleno de sus derechos y la promoción de su inclusión social; lo que se aplica a través del reconocimiento y materialización efectiva del derecho a la propiedad colectiva sobre sus territorios (Sentencia del Caso Comunidad Indígena Sawhoymaxa Vs. Paraguay, 2006).

Protección de los derechos territoriales indígenas en Colombia

Colombia como nación multiétnica y pluricultural ha establecido una serie de disposiciones para la protección de los derechos individuales y colectivos de los grupos étnicos; entre ellos, ha consagrado el derecho que tienen los pueblos indígenas a decidir sobre sus territorios. A este respecto, la Corte Constitucional ha definido que la protección de los territorios indígenas es fundamental en la medida en la que sin ésta los derechos a la identidad cultural y a la autonomía se quedan simplemente en reconocimientos formales (Sentencia T-188 del Caso MP Eduardo Cifuentes Muñoz, 1997); y, a su vez, ha advertido que este derecho es de primer orden, es decir, que tiene carácter fundamental por las características especiales que representa para los grupos étnicos.

Para comprender lo anterior, el Tribunal constitucional ha definido que el territorio indígena es el conjunto de áreas poseídas por una parcialidad; estas incluyen tanto a las zonas habitadas y explotadas como aquellas que hacen parte de su ámbito tradicional para el desarrollo de sus actividades culturales y económicas. Asimismo, ha reconocido la especial relación que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos con los territorios que habitan, dado que se constituye en su principal medio de subsistencia y, además, en un elemento esencial de su cosmovisión y espiritualidad, que no se limita a una ubicación geográfica de la comunidad sino que, se encuentra asociada al ámbito cultural de la comunidad (Sentencia T-188 del Caso MP Eduardo Cifuentes Muñoz, 1997).

En ese escenario, el constituyente de 1991 para garantizar la protección material de la integridad territorial y cultural de los pueblos indígenas como sujetos de derecho de especial protección, consagró la propiedad colectiva de los resguardos y de las tierras comunales con la titularidad de estas colectividades. Bajo el entendido que el territorio es un elemento esencial para la preservación de sus culturas y valores espirituales y, que su desconocimiento implicaría en el quebrantamiento grave de su identidad y en la ruptura del principio constitucional que reconoce la diversidad étnica y cultural de la Nación (Sentencia T-188 del Caso MP Eduardo Cifuentes Muñoz, 1997).

Así las cosas, de acuerdo con lo sostenido por la Corte Constitucional, los pueblos indígenas son titulares del derecho a la propiedad colectiva sobre sus territorios, lo cual supone una obligación correlativa de respetar dicha garantía por parte del Estado y de los particulares (Sentencia T-525 del caso MP José Gregorio Hernández Galindo, 1998). Respecto a las obligaciones estatales, se encuentra la de orientar sus actuaciones administrativas a la constitución de resguardos, de acuerdo con las tradiciones de cada colectividad (Sentencia T-652 del caso MP Carlos Gaviria Díaz, 1998).

De este modo, la propiedad colectiva de los pueblos indígenas se representa en la institución legal y sociopolítica de los resguardos indígenas que —conforme los artículos 63 y 329 del texto constitucional colombiano— tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables; es, entonces, la institución jurídica que mediante un título de propiedad colectiva garantiza a los grupos étnicos las ventajas de la propiedad privada sobre su territorio y se rige por una organización autónoma que se ampara por el fuero indígena y sus sistemas normativos propios (Decreto 1071, 2015).

Según las consideraciones de la Corte Constitucional, la garantía del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios permite, a su vez, la materialización efectiva de los derechos a la autonomía, la autodeterminación, la integridad e identidad étnica y cultural, el abastecimiento económico, la seguridad y soberanía alimentaria, y la preservación de su supervivencia tradicional (Sentencia T-063 del caso MP Antonio José Lizarazo Ocampo, 2019).

Es por ello que, el alto tribunal ha hecho la distinción entre dos conceptos que deben tenerse en cuenta sobre el territorio, estos son: primero, el factor geográfico, que comprende el espacio reconocido legalmente con la figura de resguardo u otras figuras semejantes; y el segundo, el territorio amplio que hace referencia a la inclusión de las zonas que habitualmente ha ocupado el pueblo indígena, así como aquellas en las que ha desarrollado tradicionalmente sus actividades sociales, económicas, culturales y espirituales (Sentencia SU-123 del caso MP Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes, 2018).

Por lo tanto, el derecho a la propiedad colectiva sobre el territorio étnico en el ordenamiento jurídico colombiano se constituye en una condición de seguridad individual y, además, como enlace del grupo pues depende de la supervivencia cultural y del mantenimiento de integridad comunitaria de estas colectividades; lo que implica obligaciones estatales relativas a su recuperación, reconocimiento, demarcación y

registro de los territorios indígenas. En virtud de la protección constitucional y legal que tienen los derechos territoriales de los pueblos indígenas, se ha dispuesto el derecho fundamental que tienen estas colectividades a la consulta previa y, en ciertos casos, al consentimiento libre previo e informado sobre obras, proyectos, programas o actividades que se vayan a realizar dentro de su territorio y que pueda afectarles.

La consulta previa

La consulta previa es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y demás grupos étnicos (Sentencia SU-039 del caso MP Antonio Barrera Carbonell, 1997); esta aplica sobre la toma de decisiones que puedan afectarles de manera directa o sobre la realización de proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios que puedan generar impactos sobre el ambiente, su salud o su estructura social, cultural, espiritual o económica. Con este mecanismo se pretende llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de estas colectividades y, a su vez, garantizar el deber constitucional de proteger la integridad cultural, social y económica de las comunidades tradicionales, así como su derecho a la participación (Rodríguez, 2014).

El derecho a la consulta previa se fundamenta en el derecho que tienen los grupos étnicos a decidir sobre sus propias prioridades —en lo relacionado con los procesos de desarrollo que afectan sus vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual—, y sobre los territorios que han ocupado o utilizado de manera tradicional; asimismo, el derecho de controlar su propio desarrollo económico, social y cultura. Igualmente, la consulta previa encuentra como base el derecho que tienen estas colectividades de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional que les puedan afectar (Cfr. Convenio no. 169 de la OIT, 1989, art. 7).

En este escenario, el derecho a la consulta previa que materializa el derecho a la participación de los grupos étnicos se ejerce en el marco de un proceso público, especial y obligatorio, intercultural e interinstitucional; dicho marco debe ser realizado previamente a la adopción, decisión o ejecución de alguna medida o proyecto público o privado que pueda afectar directamente las formas y sistemas de vida de estas colectividades, inclusive, su integridad étnica, cultural, social, espiritual y económica. Por ello, Colombia como Estado democrático y participativo consagra la consulta previa como el espacio de articulación étnica e intercultural, que permite la definición entre el gobierno nacional y los pueblos indígenas de las prioridades de desarrollo, en los límites del respeto a las culturas y a las visiones propias de estas colectividades

(Rodríguez, 2014). Ante ese panorama, la consulta previa como garantía de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos debe realizarse cuando se trate de la exploración o explotación de recursos naturales que se encuentren en los territorios indígenas; esto para asegurar la protección de la integridad y subsistencia social, cultural y económica de las comunidades tradicionales (Sentencia SU-383 del caso MP. Álvaro Tafur Galvis, 2003).

Así pues, el ejercicio del derecho a la consulta previa exige que los pueblos indígenas y demás grupos étnicos sean consultados previamente mediante procedimientos apropiados, a través de sus instituciones representativas y cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. En añadidura, los estándares o criterios obligatorios —conforme ha establecido la legislación y jurisprudencia a nivel nacional o internacional— de la consulta previa se sintetizan en: la buena fe, el carácter previo de la consulta, que ésta sea informada, además de ser culturalmente adecuada y llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento libre, previo o informado. En ese sentido, las actividades o sectores de consulta previa son las medidas administrativas y legislativas, entre las que se destacan las relativas a los sectores: minero, energético, de infraestructura, hidrocarburos, biodiversidad e investigación, áreas protegidas y adopción de menores indígenas (Rodríguez, 2014).

Además, en el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta el significado que tiene el territorio para los pueblos indígenas se ha previsto que, para el caso de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales que dispongan de las tierras de grupos étnicos o planes de inversión o desarrollo a gran escala, se requiere del consentimiento libre, previo e informado CLPI con el objeto de garantizar la subsistencia de la comunidad tradicional; visto que, hay una afectación directa sobre la colectividad debido a los impactos ambientales, en la salud de sus integrantes o en su estructura social, económica o cultural,

Dicho consentimiento libre, previo e informado debe otorgarse de acuerdo con las costumbres y tradicionales de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, según lo ha reiterado la Corte Constitucional de Colombia en las sentencias : T-382 de 2006, T-769 de 2009 y T-129 de 2011, en las cuales se ha reconocido el carácter obligatorio que tiene el CLPI en las situaciones en las que se presentan cambios sociales y económicos profundos, pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias.

Con la intención de dilucidar un panorama sobre el estado de consultas previas en Colombia, compartimos que a la fecha de agosto de 2019 se han realizado 10.237 de estas y, por otro lado, 3.215 erradas; lo que da un total de 13.452. Asimismo, se evidencia que desde el 2014 se registran 717 visitas de campo para solicitudes de certificación⁴.

Los derechos de los pueblos indígenas en el marco de la implementación del Acuerdo de Paz

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y su materialización efectiva ha sido el resultado de procesos de luchas liderados por estas colectividades, este destaca —como lo señalábamos en esta obra—: la autonomía, el respeto por la diversidad étnica y cultural, y la titularidad sobre sus territoriales ancestrales y tradicionales; es por ello que, en el marco del proceso de negociación del Acuerdo de Paz, los pueblos indígenas y demás grupos étnicos exigieron su reconocimiento como sujetos de derecho y especial protección, siendo también víctimas del conflicto armado interno a nivel individual y colectivo.

En este contexto, el Acuerdo de Paz firmado entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP prestó singular atención a los derechos fundamentales de estos grupos históricamente marginados; por lo que se estableció un capítulo étnico, que reconoce la contribución que los pueblos tradicionales han hecho a la construcción de una paz sostenible y duradera, al progreso, al desarrollo económico y social del país. También, aquel capítulo señala las condiciones de injusticia que históricamente han sufrido en lo que respecta al colonialismo, la esclavización, la exclusión, la desposesión de sus tierras, territorios y recursos; además, de verse gravemente afectados por el conflicto armado interno. En virtud de ello, se consagra el deber de propiciar las máximas garantías para el ejercicio pleno de sus derechos individuales y colectivos en un escenario de respeto por sus aspiraciones, intereses, cosmovisiones e instituciones propias.

En relación con lo anterior, se dispusieron como puntos centrales de esta negociación: la transformación estructural, el cierre de la frontera agrícola, el ordenamiento socioambiental sostenible; todo ello, teniendo presentes las particularidades y derechos de las comunidades rurales y las cosmovisiones de los grupos étnicos, dentro

.....
4 Información obtenida a través de un Derecho de Petición respondido por el Ministerio del Interior en Agosto de 2019.

del respeto a los enfoques de: territorio, género y diversidad étnica y cultural. Así, se incluyó que, en materia de Reforma Rural Integral, la implementación del Acuerdo de Paz debía garantizar: la perspectiva étnica y cultural; las condiciones jurídicas vigentes sobre propiedad colectiva; los mecanismos de protección y seguridad jurídica de tierras y territorios ocupados o poseídos ancestralmente y/o tradicionalmente; y la integralidad de la territorialidad y sus dimensiones culturales y espirituales.

En el mismo sentido, el Acuerdo de Paz consagra dentro de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) el objetivo de lograr un relacionamiento equitativo entre el campo y la ciudad que, entre otras cosas, garantice la protección de la riqueza pluriétnica y multicultural para, así, construir una organización de vida, economía y producción ambientalmente sostenible.

De igual modo, el Acuerdo de Paz dispone el deber de respetar el carácter principal y no subsidiario de la consulta previa, libre e informada y el derecho a la objeción cultural como garantía para el respeto de sus derechos —siempre que procedan—; por ello, se establece que la fase de implementación de los acuerdos —en lo relativo a los grupos étnicos— debe cumplirse al margen de la garantía al derecho de la consulta previa, realizada bajo los estándares constitucionales e internacionales. También, se determina que, en ningún caso la implementación del Acuerdo de Paz se hará en detrimento de los derechos de los pueblos étnicos.

Frente a este desafío, el período de implementación del Acuerdo de Paz ha estado marcado por diferentes dificultades pero, para diciembre del 2019 se evidenció que en cuanto a los Planes de Desarrollo con Enfoque Territorial se estaba en la fase de planeación de programas que se desarrollarán en 10 años en 170 municipios de las 16 subregiones parietarias para el posconflicto. En relación al punto de participación política, se ha avanzado en la aprobación legislativa del Estatuto de Oposición y la creación de mecanismos de participación ciudadana en Concejos Nacionales y Territoriales de Paz, Reconciliación y Convivencia (Bonilla, 2019).

Por otra parte, encontramos la Comisión Étnica de la Jurisdicción Especial para la Paz – JEP que es una instancia permanente, encargada de promover la efectiva implementación del enfoque étnico racial en el componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición [SIVJRNR] y la efectividad de la coordinación entre esta jurisdicción y las diferentes justicias étnicas.

De este modo, encontramos que el proceso de negociación e implementación del Acuerdo de Paz tuvo en cuenta la diversidad étnica y cultural nacional, así como las condiciones de discriminación y marginalidad que han sufrido ciertas comunidades a lo largo de la historia —especialmente las rurales y étnicas—; por lo que se consagró una serie de disposiciones relativas a la protección y materialización efectiva de los derechos individuales y colectivos de estos grupos.

Conclusiones

Los grupos étnicos desempeñan un papel fundamental en la ordenación del ambiente debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales, estos han sido desarrollados ancestralmente conforme a su contexto social, político, cultural y espiritual basado en el respeto por el entorno y por los recursos naturales. Reconociendo la importancia de estas colectividades, se ha consagrado constitucionalmente que Colombia es una nación pluriétnica y multicultural; lo que implica una serie de obligaciones estatales y derechos fundamentales, como son: el derecho al territorio y el derecho a la consulta previa.

Igualmente, en virtud de las particularidades del conflicto armado interno colombiano que dejó un gran número de víctimas étnicas y el peligro de su exterminio físico y cultural, la Corte Constitucional colombiana reconoció a través del Auto 004 de 2009 este riesgo sobre los pueblos indígenas y la gravedad de esta situación e instó al Gobierno nacional para que aplicará una política que incorporara el enfoque diferencial étnico y cultural por el que tienen derechos los grupos étnicos víctimas del conflicto armado.

Conforme a lo anterior, el proceso de negociación del Acuerdo de Paz tuvo en cuenta a los pueblos indígenas como víctimas del conflicto armado y como sujetos de especial protección debido a su situación histórica de marginalidad; por ello, la implementación del Acuerdo de Paz debe hacer realidad las disposiciones allí pactadas, estas se basan en la adopción de un enfoque diferencial, de género y étnico que respeta las diferentes cosmovisiones de los pueblos indígenas, sus instituciones propias y sus territorios.

Es en ese sentido que, en el marco de la puesta en marcha de lo pactado en el Acuerdo de Paz, la Comisión étnica de la Jurisdicción Especial para la Paz se ha encargado de la implementación efectiva del enfoque étnico-racional de este instrumento

en la administración de justicia dentro de esta jurisdicción; lo que denotó un avance en el reconocimiento y la reivindicación de los derechos de estas colectividades.

Por lo tanto, entre los requerimientos y los desafíos que en el proceso de construcción de paz tiene el Estado con respecto a los pueblos indígenas y otros grupos étnicos están: adoptar un enfoque de Derechos Humanos; el respeto a sus territorios, cultura y territorios; la seguridad territorial; la autonomía real; las políticas públicas y la garantía de la participación y consultas previas efectivas.

Referencias

Arango, R. y Sánchez, E. (2004). Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio: población, cultura y territorio, bases para el fortalecimiento social y económico de los pueblos indígenas. Bogotá, Colombia: Departamento Nacional de Planeación.

Auto 004/09. Corte Constitucional, Colombia, 26 de enero de 2009. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/a004-09.htm>

Berche, A., García, A. M., y Mantilla, A. (2006). *Los derechos en nuestra propia voz. Pueblos indígenas y DESC: una lectura intercultural* (Vol. 8). Bogotá, Colombia: Instituto Latinoamericano de servicios Legales Alternativos, ISLA.

Bonilla, S. (2019). Vida pares. Fundación Paz y Reconciliación. Bogotá, Colombia: *Un balance del capítulo étnico del Acuerdo de Paz*. Recuperado de <https://pares.com.co/2019/12/20/asi-va-la-implementacion-del-capitulo-etnico-del-acuerdo-de-paz/>

Convenio no. 169 de la OIT, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, Ginebra, 07 de junio de 1989. Recuperado de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314

Decreto 1071. Presidencia de Colombia, 26 de mayo de 2015. Recuperado de <https://www.minagricultura.gov.co/Normatividad/Paginas/Decreto-1071-2015/Decreto-1071-de-2015.aspx>

Houghton, J. (2008). Desterritorialización y pueblos indígenas. En Houghton, J. (Ed), *La tierra contra la muerte. Conflictos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia*, pp. 15-55. Bogotá, Colombia: CECOIN.

- Ministerio de Salud y Protección Social. (2019). Grupos étnicos. Bogotá: MinSalud, Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/promocion-social/Paginas/grupos-etnicos.aspx>
- Reporte Total Nacional de Víctimas Registradas. Unidad de Víctimas, Colombia, 2020. Recuperado de <https://cifras.unidadvictimas.gov.co/>
- Rodríguez, G. A. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Sánchez, E. y Arango, R. (2004). *Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio: población, cultura y territorio: bases para el fortalecimiento social y económico de los pueblos indígenas*. Bogotá, Colombia: Departamento Nacional de Planeación.
- Sentencia 12.053 del Caso Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice). Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Belice 12 de octubre de 2004. Recuperado de <http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/belize.12053.htm>
- Sentencia del Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Corte IDH, 29 de marzo de 2006. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf
- Sentencia del Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Corte IDH, 28 de noviembre de 2007. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf
- Sentencia SU-039 del caso MP Antonio Barrera Carbonell. Corte Constitucional de Colombia, 3 de febrero de 1997. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/su039-97.htm>
- Sentencia SU-123 del caso MP Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes. Corte Constitucional de Colombia, 15 de noviembre de 2018. Recuperado de <https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/sent-su-123-18.pdf>
- Sentencia SU-383 del caso MP. Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional de Colombia, 13 de mayo de 2003. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/su383-03.htm>

Sentencia T-063 del caso MP Antonio José Lizarazo Ocampo. Corte Constitucional de Colombia, 15 de febrero de 2019. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-063-19.htm>

Sentencia T-188 del Caso MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional de Colombia, 12 de mayo de 1997. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-188-93.htm>

Sentencia T-525 del caso MP José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional de Colombia, 25 de septiembre de 1998. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-525-99.htm>

Sentencia T-652 del caso MP Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional de Colombia, 10 de noviembre de 1998. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-652-98.htm>

Unidad de Víctimas (2020). Reporte Total Nacional de Víctimas Registradas. Colombia. Recuperado de <https://cifras.unidadvictimas.gov.co/>

Capítulo VII

Diagnóstico y panorama actual de la restitución de tierras en Colombia: avances, retos y desafíos

Juan Carlos Caita Moreno¹

¹Aspirante a Doctorado en Derecho por la Universidad Externado de Colombia en Co-tutela y doble titulación con la Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Francia),,,). Master (Cum Laude) di il livello in Scienze Politiche per la pace e l'Integrazione dei popoli por la Università degli Studi di Salerno (Italia),,,). Magíster en Ciencia Política por la Universidad Católica de Colombia. Abogado graduado con honores por la Universidad Católica de Colombia, especialista en Derecho Administrativo y Constitucional.

Introducción

El Estado colombiano ha expedido la Ley 1448 de 2011, también conocida como *Ley de Víctimas y Restitución de Tierras*, junto con tres decretos de ley que desarrollan lo relativo a la reparación colectiva de sujetos étnicos. Dicha normatividad fue promulgada en contextos de justicia transicional para reparar integralmente a las víctimas del conflicto armado interno que han sufrido graves y masivas violaciones u afectaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, además de intentar resolver lo relativo a la formalización y restitución de las tierras despojadas forzosamente.

Bajo esta perspectiva legal se estableció un procedimiento mixto para obtener la restitución jurídica y material de tierras en favor de los campesinos y comunidades étnicas que, en el marco del

conflicto armado fueron despojadas o forzadas a abandonar sus parcelas y territorios ancestrales; esto también con la finalidad de obtener de los jueces las medidas de reparación integral a que hubiese lugar.

La vigencia actual de la Ley de Víctimas es de diez años; es decir que, en 2021, termina el plazo que el legislador había previsto para la reparación integral de las víctimas, incluidas las víctimas de despojo y abandono forzado de tierras. Hoy, a menos de dos años de terminar su vigencia, el Estado Colombiano está lejos de lograr los objetivos propuestos con observancia de estándares internacionales de reparación integral.

La Ley 1448 de 2011 es el instrumento normativo central de la política pública de atención y reparación a las víctimas del conflicto; allí se sintetizan una serie de propuestas que desde hace años se venían desarrollando desde la Corte Constitucional, las organizaciones de víctimas e instituciones de la cooperación internacional (Ramírez, 2018).

El programa de restitución incluido en esta normatividad se basaba en el diagnóstico que años atrás la academia y las organizaciones de víctimas habían adelantado frente a los impactos del conflicto armado en la desprotección de los derechos a la tierra, principalmente para la población rural (Ibañez y Querubin, 2004). Una de las falencias en los programas de atención para las víctimas era la inexistencia de un mecanismo de protección y restitución de los predios que habían sido abandonados o despojados en el marco del conflicto (Salinas, 2009; Ramírez, 2018).

El presente trabajo tiene como principal pretensión realizar un análisis del avance de la política pública de víctimas contenida en la Ley 1448 de 2011 en cuanto al capítulo de restitución de tierras se refiere; y presentar un balance con base en el último informe presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por parte de la Comisión Colombiana de Juristas, examinando de paso las consecuencias de su no prórroga, las vicisitudes y obstáculos que supone el ejercicio de la restitución de tierras en Colombia y los principales retos y desafíos.

El problema de la tierra en Colombia

La colonización puede ser vista como el germen del problema de la tierra pues, a partir del sistema feudal hasta el sistema capitalista de la modernidad la tierra determinarían las bases económicas y comerciales al sobrellevar los aranceles y cargos del

cultivo, el ganado y la esclavitud, entre otros. Estos sistemas ponderarían la noción de propiedad en la adquisición de derechos sobre la tierra, en lugar de reconocer al campesinado al respecto:

La estructura característica del latifundio en las tierras planas y la colonización campesina de laderas y montañas que ha marcado la distribución de la tierra en Colombia tuvo un origen temprano [...], pues ya se apreciaba entre 1590 y 1620, como resultado de la política de composiciones de tierras al mejor postor, que la Corona española empleó para titular las tierras llamadas realengas, o del rey de España, y que originó el régimen de las haciendas, concebidas como un sistema social, económico y político integrado en torno a la propiedad de grandes extensiones y la exclusión del campesinado, vinculado solo como mano de obra sin derechos sobre la tierra [...] Durante el siglo XIX la república conservó el régimen de propiedad de tierras y dispuso de los baldíos para pagar bonos de deuda pública, compensaciones por servicios militares, colonización empresarial o pagos por construcción de vías de penetración, además de la ocupación por colonos. Los dos rasgos esenciales de la política de tierras, heredados de la Colonia, fueron la exigencia de habitación y labranza para tener derecho a la tierra y la extensión ilimitada de la apropiación, que solo tardíamente se reguló con tamaños máximos de adjudicación. (CNMH, 2018b, p. 17)

A primera vista pareciera ser que, el anacrónico fenómeno de la violencia se encuentra directamente relacionado con la distribución de la tierra y que la falta de tierras para los campesinos es atribuible a los latifundistas; no obstante,

El problema que hoy enfrenta el país en esta materia es la existencia de una población rural creciente que carece de tierras y que, por consiguiente, carece de medios para trabajar, de modo que trata de resolver su problema migrando a tierras baldías o generando, por sus mismas circunstancias, un conflicto, a veces álgido, con los propietarios titulares de la tierra. Estos a veces poseen grandes extensiones mal trabajadas mientras que el campesino se encuentra sin tierra. (Lleras, 2012, p. 233)

En cambio, hay quienes sostienen que, el problema de la tierra está ligado al carácter político que tiene la propiedad rural; puesto que, al haberse constituido en la base del poder político esta determina la estabilidad de las comunidades, así como el acceso y el manejo de recursos productivos y ambientales fundamentales. Superar la exclusión

económica y política implica eliminar los monopolios sobre la propiedad territorial y democratizar el acceso a la tierra mediante arreglos fiscales que graven su uso inadecuado y sancionen de veras su apropiación violenta e indebida (Fajardo, 2008).

En todo caso, varios autores coinciden en afirmar que la crisis del campo está asociada a la existencia de una violencia generalizada; incluso otros —en igual sentido— sostienen que el conflicto armado interno en Colombia, además de ser el principal hecho generador de violencia, ha terminado por reafirmar la tesis según la cual la distribución equitativa de la tierra podría contribuir satisfactoriamente a la terminación de este; pues, es claro que los procesos de paz no podrán avanzar sin el debate sobre la reforma agraria y un acuerdo razonable y responsable sobre el futuro de nuestro agro y la sociedad rural (Ossa, 2000).

No hay mayor problema en Colombia que el agrario y la distribución equitativa de la tierra. Y esta deuda histórica del Estado se profundizó con el conflicto armado que puso en medio del fuego a miles de campesinos obligándolos a dejar sus tierras; tal como lo indica el Centro Nacional de Memoria Histórica:

Las raíces del conflicto colombiana, como lo explica el investigador Alejandro Reyes Posada, están afianzada en la tierra. Según el investigador, el país ha fracasado en su legislación sobre los terrenos baldíos y en el intento de realizar una reforma agraria. Entre 1903 y 2012 el Estado adjudicó 60 millones de hectáreas baldías a personas naturales y jurídicas, y a comunidades indígenas y afro, lo que representa más de la mitad de la superficie nacional, que suma 114 millones de hectáreas. El problema, dice Reyes Posada, es que muchas veces esas tierras se han “adjudicado a las personas equivocadas”. (CNMH, 2018b)

La situación de violencia es, entonces, un factor que se suma a la debilidad institucional como causante de despojo y de conflictos por la tierra, fenómenos que todavía persisten en el país; frente a esta situación, la ley 1448 se adoptó bajo un principio transformador, el cual contempla —además de la restitución jurídica y material de los predios otrora despojados— un acompañamiento y seguimiento a los procesos de restitución y retorno —por ejemplo: la creación de proyectos productivos, auxilios de vivienda, capacitaciones, asistencia en salud, etc.— (Observatorio de tierras, 2020).

La política pública de restitución de tierras

La materialización de la política pública de tierras en Colombia está dada por la expedición de la Ley 1448 de 2011, también denominada como Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, sin desconocer que a esta iniciativa legislativa le antecedieron otros importantes intentos por crear mecanismos legales, judiciales y administrativos para atender, asistir y reparar a las víctimas del conflicto armado y solucionar de paso el problema de la tierra, eso sí, con plena observancia de los estándares internacionales.

Conforme a lo dispuesto por la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas en su página Web, la referida Ley de Víctimas en su título IV capítulo II crea un procedimiento legal para restituir y formalizar la tierra de las víctimas del despojo y abandono forzoso que se hubieren presentado desde el 01 de enero de 1991 con ocasión del conflicto armado interno; este procedimiento es mixto en cuanto se compone de una etapa administrativa [inscripción en el registro de tierras despojadas] y de un recurso judicial [acción de restitución].

Para lograr la restitución jurídica y material de las tierras despojadas, la Ley crea la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas —entidad Adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural— como instancia administrativa cuyo objetivo central es “servir de órgano administrativo del Gobierno Nacional para la restitución de tierras de los despojados” (Decreto 4801, 2011, art. 2) a la que se refiere la Ley 1448 de 2011; y, también, llevar el Registro Único de Tierras Despojadas. Esto significa que la Unidad será la encargada de diseñar y administrar el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas, en el que, además del predio, se inscribirán: las personas sujeto de restitución, su relación jurídica con la tierra y su núcleo familiar.

Adicional a lo anterior, la Unidad llevará —en nombre de las víctimas— las solicitudes o demandas de restitución ante los Jueces y/o Magistrados de Restitución de Tierras y, en el caso que no sea posible la restitución, y previa orden judicial; además, compensará a la víctima y a los terceros de buena fe exenta de culpa. Para estos efectos, la Unidad contará con un Fondo a través del cual cumplirá sus funciones y las órdenes judiciales (Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, 2020).

No solamente hacen parte de la política pública de tierras los mecanismos legales dispuestos por el legislador, aquí podemos encontrar también un importante anda-

miaje jurisprudencial nacional e internacional, mostrando todo el tiempo un respeto por el bloque de constitucionalidad; incluso, algunos de los referentes clave en la materia son los siguientes:

1. Principios Rectores de los Desplazamientos Internos (también conocidos como Principios Deng), 2. Principios sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas (o Principios Pinheiro), y 3. Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del Derecho a interponer recursos y obtener reparaciones. (Codhes, 2016, p. 15)

¿Cuáles son los pasos para acceder a la Restitución?

Según el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, junto con la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, responsables de la ejecución de la política pública de tierras, el procedimiento contenido en la Ley de Víctimas para llevar a cabo la restitución jurídica y material de las tierras despojadas, es el siguiente:

1. Realizar la *solicitud de inscripción del predio despojado o abandonado* en el Registro de Tierras ante la Unidad Administrativa Especial de Restitución de tierras.
2. En 60 días (prorrogables por 30 días más) la Unidad Especial de Restitución decidirá sobre la *inclusión* o no del predio en el registro.
3. Una vez incluido e inscrito el predio en el Registro, la Unidad [o la víctima a través de un abogado] presentan la *solicitud de restitución* ante el Juez Civil de Circuito especializado en restitución de tierras donde esté ubicado el bien.
4. El juez [civil de circuito] admitirá la solicitud, y si se reúnen los requisitos se adelantará el *proceso judicial*; si no hay personas que se opongan a la reclamación el juez dictará sentencia. Si se presentan, dentro del proceso, personas que se oponen a la solicitud de restitución, estos tendrán la oportunidad de presentar pruebas: en este caso, el Juez no decidirá sino que, tramitará el proceso y lo remitirá al Magistrado del Tribunal Superior de Distrito Judicial Sala Civil, especializado en restitución de tierras para que éste dicte la sentencia.

5. El Juez o Tribunal, según corresponda, dictará *sentencia judicial* dentro de los cuatro meses siguientes a la presentación de la solicitud. Cuando el fallo sea definitivo, dentro de los tres días siguientes se hará la *entrega material* del predio a la persona restituida.

Si hay terceros en el predio, el Juez o Magistrado realizará la diligencia de desalojo en un término de 5 días. Si la sentencia dictada por el Juez de Circuito no es favorable al demandante despojado, se consultará ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial Sala Civil. La sentencia podrá ser objeto del recurso de revisión ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (Min. Agricultura, 2020).

Despojo y abandono forzado de tierras

Empezaremos por hacer algunas precisiones conceptuales, para referirnos primero a la noción de abandono forzado, según la cual la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación ha referido como:

[...] la suspensión del uso, disfrute, acceso y posesión de cosas o incluso de derechos, por un tiempo determinado y en virtud de causales voluntarias o involuntarias; es decir la privación temporal o permanente de las cosas que se tiene y/o disfruta. El abandono, implica también el desplazamiento del titular del lugar y del territorio en el que se encuentra su bien. Dependiendo de qué tan prolongado en el tiempo sea el abandono, la persona o la comunidad que abandonó la propiedad corren el riesgo de perderla definitivamente. (CNRR, 2009, p. 25)

Entre tanto, el despojo forzado es considerado por la CNRR como:

Aquel proceso por medio del cual involuntariamente un grupo o un individuo se ven privados material y simbólicamente por fuerza o coerción, de bienes muebles e inmuebles, lugares y/o territorios sobre los que ejercían algún uso, disfrute, propiedad, posesión, tenencia u ocupación para la satisfacción de necesidades [...] El despojo puede ir acompañado o no del abandono, pero a diferencia de este último, en el despojo hay una intención expresa de apropiarse del predio. Con el despojo —a diferencia del abandono— existe la intención manifiesta de robo, expropiación, privación, enajenación de un bien o de un derecho [...] En últimas más allá de la privación de un bien económico, el despojo puede estar asociado con dimensiones sociales y simbólicas, afectando tanto a individuos como a comunidades (CNRR, 2009, p. 30).

Como puede advertirse, el abandono forzado de tierras es un fenómeno asociado directamente al desplazamiento forzado, en la mayoría de los casos —según los mismos relatos consignados por las víctimas en sus declaraciones— el abandono viene acompañado de un desplazamiento forzado; incluso, es el resultado de la comisión de otros hechos victimizantes, tales como: la amenaza, la violencia sexual en el marco del conflicto armado, la tortura, el homicidio, entre otros.

Conforme a lo que ha podido establecer la CNRR, las consecuencias del abandono y despojo forzado de tierras van más allá de los daños inmateriales o morales que el hecho victimizante ha producido; también, se estiman daños del orden material, fincas, parcelas, predios de gran extensión, semovientes, electrodomésticos, etc. Tratándose de daños de carácter material, se establece que a la pérdida de la tierra se sumaron: la pérdida de la vivienda [47,4 por ciento de los casos]; de otros inmuebles —como locales, bodegas y lotes urbanos— (9,5 por ciento de los casos); de bienes muebles y animales [76,0 por ciento de los casos]; y, finalmente, ocurrió la pérdida del trabajo o de la fuente que le permitía a las familias acceder a ingresos o a ganancias [82,7 por ciento de los casos]. En resumen, el desplazamiento condujo a la pérdida de las fuentes de ingreso para el sostenimiento de al menos 4.641.111 personas; mientras, se presentó la pérdida de casas o casa lotes [94,6 por ciento] o indistintamente de uno o más lotes, bodegas, apartamentos u otros bienes [12,9 por ciento] (Cfr. Codhes, 2016, p. 14).

Respecto de los daños morales, las consecuencias del despojo y abandono forzado de tierras están acompañados del sentimiento de frustración, quebranto emocional, dolor y angustia al tener que dejarlo todo —según lo manifestó el 79,6 por ciento de los grupos familiares; es decir, al menos 4.467.139 personas—; otras de las huellas que también son imborrables para los núcleos familiares son: la separación o ruptura [38,6 por ciento de los casos]; y daños psicosociales [35,4 por ciento de los grupos familiares] (Cfr. Codhes, 2016, p. 15).

¿Quiénes despojan la tierra en Colombia?

En Colombia concurren distintos actores que, de una u otra forma, han venido ejerciendo acciones de despojo de tierras; algunos desde la legalidad, tal es el caso de actores públicos [notarios, jueces y algunos sectores de la clase política] y otros denominados por la doctrina como actores privados, por ejemplo: las élites latifundistas y los grupos armados organizados al margen de la ley. El diseño institucional y

jurídico ordinario de la propiedad rural en Colombia ha beneficiado a las élites agrarias o a los grupos armados ilegales, estos han encontrado mecanismos que facilitaron el despojo de tierras a los campesinos al estar amparados en las instituciones jurídicas que este sistema contempla y con la ayuda o beneplácito de los operadores estatales competentes (Vargas Reina, 2015).

Estos mecanismos de despojo mediante vías legales se han presentado en aplicación de las leyes ordinarias que tienen por objeto regular las relaciones jurídicas sobre la propiedad entre agentes privados, la asignación de baldíos y la redistribución de la tierra agraria; pero, al analizar la aplicación de la Ley 1448 de 2011 se concluye que, contiene elementos que han permitido la visibilización o brinda soluciones que reducen o solucionan la problemática (CCJ, 2019).

Hablando de los actores armados, según un informe del diario EL Tiempo, el 44% de los despojos —como lo indican las víctimas en su declaración— son realizados por la guerrilla de las Farc y un 43%, los paramilitares. Para los próximos años se prevén conflictividades recicladas —según los análisis de expertos— aun en las zonas de posconflicto (El Tiempo, 2018). Los conflictos por la tierra no son un fenómeno reciente y tienen sus raíces en un proceso histórico de despojos y violencia. Según el estudio del economista Fabio Sánchez, la debilidad en los derechos de propiedad —en cuanto a la expansión de la frontera agrícola mediante la asignación de baldíos— y la debilidad del Estado frente al conflicto armado han facilitado la situación de despojos y desplazamiento en Colombia (Observatorio de Restitución y Regulación de Derechos de Propiedad Agraria, 2020). De modo que,

El conflicto armado ha tenido profundos efectos en la ruralidad colombiana porque el dominio de un actor armado sobre la población sustituye las funciones del Estado, afecta los Derechos Humanos, crea sistemas de extracción forzada de recursos, aterroriza y desplaza a las víctimas, aplica una justicia sumaria de guerra que divide entre amigos y enemigos, recluta a los jóvenes para la guerra, desvaloriza la propiedad y empobrece las regiones afectadas. El conflicto tiene un impacto sistémico sobre la sociedad, que adapta sus comportamientos a la presencia de los actores armados para contener los excesos, negociar las normas de convivencia colectiva y aun para acomodarse a sus regulaciones si no tiene alternativas de escapar [...] Las estrategias de los actores armados toman en cuenta los conflictos estructurales de las regiones y se insertan en ellos para identificar aliados y adversarios. Aun sin actores armados, esos conflictos siguen generando

tensiones, pues tienen dinámicas y desenlaces propios independientes de los primeros. Los actores armados, guerrillas y paramilitares o neoparamilitares, reconfiguran los balances de poder de los territorios, al elevar el costo de formular demandas o exigir derechos y al destruir las condiciones de participación democrática en la tramitación de los conflictos. Finalmente se produce una sustitución de las autoridades sociales o políticas por los señores de la guerra de una u otra orientación (CNMH, 2018 a, pp. 55 - 56).

En cuanto a este último aspecto, el caso paramilitar es bastante dicente, de acuerdo con la investigación liderada por Francisco Gutiérrez y Jenniffer Vargas, la variación en el despojo de los grupos paramilitares se debe a su articulación con las élites locales legales; es decir, el despojo no fue transversal al fenómeno paramilitar sino que, dependía de la estructura organizacional de los grupos armados y su relación con las instituciones regionales (Observatorio de Restitución y Regulación de Derechos de Propiedad Agraria, 2020).

Balance de la política de restitución de tierras

En el marco de las acciones realizadas por la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado de la Sentencia T-025 de 2004 y el Auto 008 de la Corte Constitucional, se presentó el Informe de Verificación sobre el cumplimiento de derechos de la población en situación de desplazamiento forzado, allí se expusieron algunas cifras preocupantes que, a su vez, hacen parte del informe presentado por la Comisión Colombiana de Juristas el 09 de mayo de 2019 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 172° período de sesiones denominado: *Radiografía de la restitución de tierras en Colombia*.

Según el referido informe, el 55% de la población desplazada tenía tierras y el 94% debió abandonarlas como consecuencia del desplazamiento. Las relaciones de dominio con la tierra de la población desplazada son las siguientes: el 67,2% aseguró ser propietario, 6.2% poseedor, el 5,2% usufructuario, el 3,5% ocupante de hecho, el 2,9% ocupante de baldíos, y un considerable 13% se circunscribe a otros tipos de tenencia. Hasta el 2010, por lo menos 6.638.195 de hectáreas habían sido despojadas o abandonadas de manera forzada de la población desplazada hasta ese momento; actualmente, con las múltiples restricciones de acceso al Registro Único de Víctimas que tienen hoy las personas desplazadas forzadamente, hay registradas 7.478.723 personas únicas desplazadas forzadamente.

Cerca de 3.8 millones de personas debieron abandonar sus predios o les fueron arrebatados a la fuerza. En 8 años de implementación de la Política de Restitución de Tierras, se han restituido 7.502 predios, que equivalen a 45.460 personas beneficiarias de la restitución y a 340.704 hectáreas restituidas; en el mejor de los casos, el avance efectivo de la restitución a 2018 es de 15%; si se considera la comparación entre solicitudes de protección para predios abandonados o en riesgo después del 1 de enero de 1991 como el referente de registro, aun así las personas beneficiadas no alcanzan el 5% de las víctimas. El 64% de las solicitudes de restitución han sido negadas en la fase administrativa. Esto significa que solamente el 36% han sido inscritas en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente; solamente el 12% tienen solución en instancias judiciales y el 24% están en etapa judicial (Cfr. CCJ, 2019, pp. 21-22).

En este sentido, los desafíos de la restitución no sólo se evidencian en el cumplimiento mismo de la ley sino, además, en el hecho de estar adscritas a un contexto en el que los derechos de propiedad son débiles, la desconfianza institucional alta y la amenaza de nuevos despojos latente; es por esto que, algunas medidas útiles para cumplir con los objetivos de la ley consisten en crear asociaciones entre la misma población beneficiaria para que sean ellos mismos los que impulsen los proyectos productivos. Adicionalmente, es indispensable atender de manera diferenciada las necesidades de la población vulnerable; como son: las mujeres y niños, de acuerdo con el contexto socioeconómico en el que se encuentran (Observatorio de Restitución y Regulación de Derechos de Propiedad Agraria, 2020).

Principales obstáculos de la restitución de tierras

Existen varios factores que plantean serios obstáculos y ciertas vicisitudes cuando de restituir la tierra en Colombia se trata, uno de los más importantes es la inseguridad que enfrentan quienes participan en los complejos procesos de restitución de tierras; tal como se señala a continuación:

Desde el inicio de la política de restitución en 2011 hasta marzo de 2015, se han identificado por lo menos 49 homicidios y 367 amenazas en contra de víctimas reclamantes de tierras, sus familiares, defensores de Derechos Humanos acompañantes y funcionarios públicos. Estos riesgos y amenazas se agudizan en aquellos escenarios territoriales en los cuales los grupos armados aún mantienen el control territorial, y se intensifican cuando algunos actores económicos, que se han beneficiado del despojo y del abandono de tierras, tienden a obstaculizar la implementación de la política de restitución de tierras.(Cinep, 2016, p. 15)

Otro de los obstáculos ha sido la dificultad de acceso a los predios por las condiciones geográficas de la zona y la falta de vías, que incrementa los costos de los proyectos por el transporte de materiales (Cfr. Cinep, 2016, p. 77). También, el informe presentado por la Comisión Colombiana de Juristas precisa varios obstáculos para lograr la restitución formal y material de las tierras despojadas, a saber:

a. Imposibilidad de restituir tierras en zonas ambientalmente protegidas. Debido a los diferentes procesos de colonización en Colombia es común encontrar predios de origen baldío que estén sobre terrenos protegidos por la Ley 2ª de 1959, conocidos como: Zonas de Reserva Forestal; asimismo, sobre Parques Naturales Regionales o Parques Nacionales Naturales. La restitución de dichos predios ha sido imposible ya que el artículo 1º del Decreto 440 de 2016 del Ministerio de Agricultura contiene un párrafo titulado: *Decisión sobre el no inicio formal de estudio de solicitud.*

b. Conflictos de uso, zonificación ambiental: compatibilidad de la restitución y la protección ambiental. Desde hace varias décadas ha estado en discusión la presencia de seres humanos en áreas de reserva natural. A mediados de los años setenta del siglo pasado, tanto las autoridades administrativas como las judiciales aceptaron que los usos y costumbres indígenas eran compatibles con la protección ambiental; así, a partir de la Constitución Política de 1991 y los desarrollos de la Ley 21 de 1991, los derechos de los pueblos indígenas fueron reforzados y la relación cultura — ecosistemas tuvo en ellos un referente importante.

c. Direccionamientos institucionales a favor de la industria minera. El caso del equipo AMEI. La creación del equipo de Asuntos Ambientales, Minero Energéticos e Infraestructura [AMEI] al interior de la Unidad de Restitución de Tierras tuvo como fin “proteger” las demandas de procesos de restitución de tierras de imprecisiones o inconsistencias sobre el tema minero energético; y, así, garantizar los derechos de las víctimas. Empero, en la práctica este grupo está supervisando el trabajo de la Dirección de Asuntos Étnicos en las demandas de restitución en las que se encuentren traslapes de territorios colectivos con títulos mineros o concesiones de hidrocarburos, lo cual ha generado bloqueos o contradicciones entre ambos equipos.

d. Imposibilidad de restituir predios cuando existen proyectos agroindustriales. Otra situación problemática que impide la materialización del derecho a la

restitución a las víctimas del conflicto armado es la presencia de cultivos agroindustriales y forestales en las tierras reclamadas por las víctimas, principalmente proyectos de palma aceitera, banano y plátano tipo exportación (Cfr. CCJ, 2019, pp. 26-36).

Este informe plantea un asunto muy relevante y que hace parte de los principales obstáculos en los procesos de restitución de tierras, nos referimos a los opositores; aquellos sujetos que, valiéndose de los mecanismos legales y procesales que la norma prevé, actúan en contraposición de los intereses de las víctimas. Sin embargo, no nos detendremos a analizar dichos casos pues dicho ejercicio desborda la pretensión inicial planteada en la parte introductoria de este estudio; por tal motivo, sólo haremos mención a algunos de ellos:

- a. Oposición de industrias al proceso de restitución de tierras.
- b. Empresas que no han podido demostrar la buena fe exenta de culpa.
- c. Oposiciones de entidades públicas, como: ANT, ANH, ANI, ANM y ANLA, en favor de intereses privados (Cfr. CCJ, 2019, p. 41-43).

Finalmente, el mayor obstáculo que debe sortear el proceso de restitución de tierras se encuentra relacionado con la estigmatización, amenaza y asesinato de líderes y lideresas sociales reclamantes de tierras; al respecto, el informe presentado por la Comisión Colombiana de Juristas contiene, a su vez, las cifras de otros estudios. Por ejemplo, el llevado a cabo por el CINEP; de este informe rescatamos los escenarios de riesgo para esta población, así:

El primero de ellos está relacionado con la convivencia entre grandes ocupantes, actores armados y funcionarios o servidores públicos con la finalidad de desplazar, desalojar, amenazar y agredir al reclamante; así como de infiltrar entidades públicas especialmente en el ámbito local [inspecciones de Policía, personerías municipales, cuerpos de investigación judicial, entre otros]. Un segundo escenario de riesgo está vinculado con la presencia y control territorial y poblacional de grupos paramilitares. El tercer factor de riesgo es la estigmatización del proceso de restitución de tierras por parte de líderes políticos, gremiales y altos funcionarios del Estado, los cuales han generado una campaña frontal de desprestigio contra los procesos de restitución y reparación colectiva (Cfr. CCJ, 2019, p. 76-78).

Diagnóstico de la restitución de tierras en Colombia

Estamos próximos a culminar un ejercicio importante de implementación de la política pública de víctimas, el plazo dispuesto por el legislador ha fenecido; con todo y sus desaciertos, hemos de precisar que se requiere con urgencia avanzar en la prórroga de la Ley de Víctimas. Múltiples desafíos se plantean para lograr sintetizar los resultados de estos nueve años de implementación de la Ley de Víctimas en tres aspectos fundamentales: el primero, lograr articular la heterogénea y difusa oferta estatal para las víctimas del conflicto; en segundo término, avanzar en la disponibilidad efectiva y suficiente de recursos financieros que garantizaran su sostenibilidad; y por último, la creación de un sistema de información completo y confiable respecto a varios temas, entre ellos: la cantidad de población susceptible de atender y el número de hectáreas a restituir (Ramírez, 2018).

En uno de los informes presentados en 2013 por la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia de la Organización de Estados Americanos (MAPP/OEA) se advirtieron algunas falencias en los procesos de restitución de tierras, a saber:

i) Pese al importante trabajo de la Unidad de Restitución de Tierras, de los Jueces y Magistrados y del Centro de Memoria Histórica, se requieren mayores esfuerzos encaminados a esclarecer los patrones de macrocriminalidad en el despojo y abandono forzado de tierras y el conocimiento de la verdad en materia de desplazamiento y despojo en Colombia. Para ello, es preciso que se vislumbre la influencia de sectores económicos y políticos en estos hechos, así como de grupos armados y delincuenciales; ii) El desarrollo práctico del procedimiento administrativo y judicial de la restitución ha evidenciado que tanto la UAEGRTD como algunos jueces han encontrado dificultades respecto a la colaboración armónica entre las instituciones en todas las etapas del proceso; y, iii) Se han generado algunas dudas y preocupaciones en lo referente al cumplimiento y ejecución de los fallos. Esta etapa requiere un elevado compromiso y una apuesta interinstitucional muy articulada que asuma el acatamiento de las sentencias. La MAPP/OEA ha podido observar que la articulación de las entidades del gobierno local, así como de la propia Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas en la ejecución de los fallos de restitución, necesita ser fortalecida siendo éste un elemento trascendental para el éxito de la política y para el logro de la reparación integral. (Organización de Estados Americanos, 2013, p. 13)

Consecuencias de la no prórroga de la Ley de Víctimas

Es interesante ver cómo el informe presentado ante la CIDH se anticipa a los posibles escenarios que podría traer para la restitución de tierras una eventual no prórroga de la Ley 1448 de 2011, rescatando de paso sus bondades y la necesidad de su continuidad; aquí, algunos de los aspectos más trascendentales sintetizados por la Comisión Colombiana de Juristas:

- a. Denegación del derecho de las víctimas al acceso al procedimiento judicial efectivo para la restitución.** El cierre de la restitución impide que las víctimas que no hayan podido reclamar antes la restitución puedan hacerlo, que personas a las que la Unidad de Restitución denegó el acceso al proceso puedan activarlo; asimismo, restringe la posibilidad de que las nuevas víctimas que arrojan en la actualidad el conflicto y la violencia en las zonas rurales del país puedan participar en el proceso.
- b. El impacto frente a los procedimientos judiciales de restitución en curso que quedarían sin juez natural.** Terminada la vigencia de la ley, el efecto será el cierre de los juzgados y tribunales especializados en restitución de tierras; así, los procesos en curso se reasignarían a jueces y magistrados civiles ordinarios, cuya especialidad sería la más cercana a la materia. Esto desnaturaliza el carácter transicional de la restitución, ya que serían jueces sin formación ni trayectoria en Derechos Humanos quienes con un punto de vista privatista, formal y netamente centrado en el análisis de propiedad quedarían con la responsabilidad de adoptar las decisiones.
- c. La imposibilidad del cumplimiento de los fallos judiciales de restitución de tierras.** Ante la ausencia de jueces y magistrados especializados en restitución y ante la previsible liquidación de la Unidad de Restitución, el cumplimiento de las sentencias quedaría sin dolientes ni responsables (Cfr. CCJ, 2019, pp. 12-13).

Conclusiones

La problemática del sector agrario y del conflicto social y armado que se presenta en Colombia no pueden desligarse en ningún momento uno del otro; por el contrario, el conflicto tiene sus principales raíces en las contradicciones que se presentaban y que aún se presentan en el sector rural colombiano. El análisis de estas temáticas implica ir al fondo de los contenidos y controversias fundamentales para lograr el

entendimiento adecuado del contexto económico, social y político de las políticas rurales del ámbito nacional (Ramírez, 2009).

Colombia es un país cuya estructura económica y social se sustenta en el sector agrario; por lo que, la solución a la problemática rural actual, en una primera instancia, debe resolver la histórica desigualdad de la propiedad de la tierra. A partir de ello, el nuevo modelo agrario colombiano debe basarse en una concepción del desarrollo en la que prime el bienestar de la población sobre el crecimiento económico, lo que implica un cambio general de la estructura agraria colombiana que solucione las contradicciones de éste sector en beneficio de la población en general, pero en especial del sector campesino, afrodescendiente e indígena (Ramírez, 2009).

La concentración de la tierra, la fuerte desigualdad social, el empobrecimiento de los pequeños productores campesinos, la falta de empleo, la falta de ingresos para la población rural, la baja producción agropecuaria nacional y las pocas posibilidades de mejora del sector rural han conllevado a que hoy más que nunca se haga necesaria una reforma a la estructura agraria que logre superar las contradicciones a las que actualmente se ve enfrentado este sector de la nación colombiana (Ramírez, 2009).

El escenario actual de la restitución de tierras en Colombia dista mucho de alcanzar los estándares internacionales de reparación integral. En el año 2021 se cumplirá el término de vigencia de la Ley de víctimas y, pese a ello, las víctimas siguen esperando el cumplimiento de las sentencias, el avance en los procesos judiciales represados en todo el país y la judicialización de los responsables del despojo; no resulta reparador implementar desarticuladamente las órdenes de una sentencia para, por ejemplo, lograr la restitución jurídica de una parcela e incumplir las órdenes de construcción de vivienda o realizar la entrega material de un predio sin la infraestructura de servicios públicos (Cfr. CCJ, 2019, p. 10).

Referencias

Centro Nacional de Memoria Histórica. (2018a). *Tierras. Balance de la contribución del CNMH al esclarecimiento histórico*. Bogotá, Colombia: CNMH. Recuperado de <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/micrositios/balances-jep/descargas/balance-tierras.pdf>.

Centro Nacional de Memoria Histórica. (2018b) ¿De quién es la tierra en Colombia? Disponible en: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/micrositios/balances-jep/tierras.html>.

- Cinep. (2016). *Restitución de tierras en Colombia. Análisis y estudios de caso*. Bogotá, Colombia: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A. Recuperado de: https://www.cinep.org.co/publicaciones/PDFS/20170301.Restitucion_tierras.pdf
- Codhes. (2016). *Informe sobre los procesos de desplazamiento, despojo y restitución de tierras en el predio El Toco, departamento de Cesar*. Colombia: Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento. Recuperado de http://www.codhes.org/~codhes/images/DOCUMENTOS-DE-INTERES/Informe_El_Toco_CODHES.pdf
- Comisión Colombiana de Juristas. (2019). *Radiografía de la restitución de tierras en Colombia*. Bogotá, Colombia: Comisión Colombiana de Juristas.
- Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. (2009). *El despojo de tierras y territorios. Aproximación conceptual*. Bogotá, Colombia: Editorial Kimpres Ltda. Recuperado de <http://centrodememoriahistorica.gov.co/el-despojo-de-tierras-y-territorios-aproximacion-conceptual/>
- Decreto 4801 del 2011. Por el cual se establece la estructura interna de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas. 20 de diciembre del 2011. D. O. No. 48289. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=66771#:~:text=La%20Unidad%20de%20Gesti%C3%B3n%20de,la%20Ley%201448%20de%202011.>
- Fajardo, D. (2008). *Economía y sociedad. Razón Pública*. Colombia: *La reforma agraria como alma en pena*. Razón Pública. Recuperado de <https://razonpublica.com/la-reforma-agraria-como-alma-en-pena/>
- Ibáñez, A. M., y Querubín, P. (2004). Acceso a tierras y desplazamiento forzado en Colombia. *Documento Cede*, (23), pp. 1-114. Recuperado de https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/35684927/d2004-23.pdf?1416678279=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DACCESO_A_TIERRAS_Y_DESPLAZAMIENTO_FORZAD.pdf&Expires=1605344054&Signature=LNIQzki6EJTmcnO8oDovqvwH3-PfBzZTuLvx6e-5L6aXrooXfd75pRloD2kCnD46RNSaTSMDoHAjZgekiP-ZEPuf~ipGh1L9q7x25huo-roLK~CV-tnga3dMX8HYobGIBcopO8vNGnkgDH7Rcmj6TnoKtqiS2GXOWFXsuvgkVx-jbjGSBAskktbqEifbFMPJXoWslDxXDRobjUYkK6O1Bv7BdS5Fq57c4QvO1~CLIt2K16-7~Wekgo~3tOGtr7upg8nP4Kr1qP31ySIWdZLB6MnXivP8Sk9BigxodQeqyyukA-DaNfOf8ZgW8~Y9apQXyIGiJPYFE-op~z~hYeLegPQ__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA

- Ley 1448 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. 10 de junio de 2011. D.O.No. 48096. Recuperado de <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/LEY%201448%20DE%202011.pdf>
- Lleras Restrepo, C. (2012). Problemas de la reforma agraria y del derecho agrario. *Revista de Economía Institucional*, 14 (27), pp. 225-238. <http://www.scielo.org.co/pdf/rei/v14n27/v14n27a10.pdf>
- Ministerio de Agricultura. (2020). Restitución de Tierras. Colombia. ¿Qué es la Restitución de Tierras?. Recuperado de <https://www.minagricultura.gov.co/atencion-ciudadano/preguntas-frecuentes/Paginas/Restitucion-de-Tierras.aspx>
- Observatorio de Restitución y Regulación de Derechos de Propiedad Agraria [ORRDPA]. (2020). Quiénes somos. Colombia: *Desafíos de la restitución*. Recuperado de <https://www.observatoriodetierras.org/desafios-de-la-restitucion/>.
- Organización de Estados Americanos. (2013). Décimo octavo informe semestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la misión de apoyo al proceso de paz en Colombia. Recuperado de <https://www.mapp-oea.org/wp-content/uploads/2018/02/XVIII-Informe-Semestral-MAPPOEA.pdf>
- Ossa, C. (2000). *La solución del conflicto colombiano está en el campo*. Colombia: Editorial de Economía Colombiana.
- Ramírez Arias, C. (2009) El problema agrario en Colombia: causas y posibles soluciones. *Econografos. Escuela de Administración de Empresas y Contaduría Pública* (4). pp. 1-20. Recuperado de https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/2503/econo_ramirez_eacp4.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Ramírez, C. (2018). Balance de la aplicación de la política pública de restitución de tierras en territorios colectivos: el pacífico colombiano. *Ciencia Política*, 13(26), 183-222. <https://doi.org/10.15446/cp.v13n26.72309>.
- Salinas, Y. (2009). ¿Cómo proteger los bienes de los desplazados? La protección y restitución de las tierras y los bienes inmuebles de las víctimas de desplazamiento. En Rodríguez, C., *Más allá del desplazamiento forzado: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, pp. 72-145. Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes.

Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas. (2020). *La Ley 1448 de 2011*. Disponible en: <https://www.restituciondetierras.gov.co/-quienes-somos->

Unidad de datos. (2018, 20 de febrero). Todavía no llegamos a la tierra prometida: balance de la restitución de tierras en Colombia. *El Tiempo*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/datos/balance-de-la-restitucion-de-tierras-en-colomba-119708>

Vargas Reina, J. (2015). Francisco Gutiérrez Sanín El orangután con sacoleva. Cien años de democracia y represión en Colombia (1910-2010). *Estudios Socio-Jurídicos*, 17(1), pp. 229-235. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-05792015000100008&script=sci_arttext&tlng=

Capítulo VIII

Los Derechos de los Pueblos Originarios, una lucha por la autonomía, la autodeterminación y la identidad

Diana Sayira Arévalo Ávila¹

“La soberanía del hombre está oculta en la dimensión de sus conocimientos.”

Francis Bacon

Introducción

La existencia de los pueblos originarios atraviesa el mundo y está presente en todos los continentes; pero, es en América Latina el lugar en el que concurre el mayor número de pueblos indígenas asentados. No existe una definición precisa sobre el concepto de indígena aceptada únicamente en el derecho y en las políticas internacionales; sin embargo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en los artículos nueve y el treinta y tres proclama que los individuos que hacen parte de una colectividad tienen derecho a conformar comunidades y a ejercer algunas tradiciones. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas es una lucha milenaria por el uso y goce de la tierra; ellos son los primeros pobladores del mundo, cuidaban de la tierra mucho antes de los procesos de conquista.

Vale la pena aclarar la diferencia entre los pueblos tribales y los pueblos originarios para entender lo holístico del concepto y lo integrador de su uso. Por un lado, los pueblos indígenas son los protectores de la biodiversidad global debido a su relación con los entornos naturales que habitan; asimismo, son los mayores defensores del territorio gracias a su sentido de responsabilidad y amor por la *Pachamama*, existen 370 millones de personas que se auto identifican como indígenas en el mundo, constituyen sólo el 5% de la población mundial. Por el otro lado, los pueblos tribales guardan un sentido originario al establecer una cultura e identidad propias, diferenciándose de la comunidad indígena:

32. Un pueblo tribal es “un pueblo que no es indígena a la región [que habita] pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones”. Esta definición concuerda con lo establecido en el artículo 1.1. (a) del Convenio 169 de la OIT. (Derechos de los pueblos indígenas y tribales, 2009, III A. par. 32)

Por lo anterior, respetar su gobernanza tradicional e incentivar su participación en el diseño de nuevas políticas y herramientas será determinante en las aspiraciones de conservar lo que resta de nuestro patrimonio biocultural; de este modo, debe valorarse que su cosmovisión concibe a la vida de forma integral, partiendo desde una seguridad alimentaria, la agricultura sostenible, el respeto por las tradiciones ancestrales, la igualdad, hasta llegar a una soberanía para la gobernanza y la preservación natural.

A saber, la propiedad de la tierra, la diversidad cultural, la permanencia de la tradición a través de los tiempos enmarcan la autodeterminación y la autonomía como los blasones de sostenimiento de las culturas ancestrales para conservar la identidad; por lo tanto, la producción y el aprovechamiento de la tierra, el idioma, la organización social, las costumbres espirituales y las leyes institucionales son la evidencia de su jurisdicción especial.

Debe tenerse en cuenta que, Bolivia es un Estado plurinacional porque está conformada por muchas de las naciones originarias; esta determinación integra y reconoce que todas y todos los individuos sin ningún tipo de discriminación pueden vivir y desarrollarse en armonía, aportando al progreso de las comunidades. El estado busca

el “buen vivir” y para alcanzar el objetivo necesita contar con toda la comunidad que hace parte del mismo.

El reconocimiento de los Derechos Humanos a comunidades de especial protección traza los límites de las fronteras entre: la pobreza y la riqueza, los alimentos saludables y el consumo de transgénicos, la tecnología y la tradición oral, las medicinas ancestrales y el uso de químicos farmacéuticos, el atraso social contra la política del capital.

Desarrollo teórico

De acuerdo con Cobo (1986), existen algunos aspectos que arroja la problemática de la discriminación; tales como: la singularidad; el carácter no dominante; y el afán de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica de acuerdo con sus propios patrones culturales; también, sus instituciones sociales y sus sistemas legales. Estos aspectos hacen diferentes a los individuos que pertenecen a estos grupos de la humanidad pues su identidad étnica tiene unos rasgos de comportamientos propios de tipo cultural e institucional.

En el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes se establece la siguiente distinción entre pueblos tribales y pueblos indígenas; a la vez que, se subraya la importancia de la conciencia de la identidad indígena:

1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio. (Convenio N° 169 de la OIT, 1989, art. 1).

A pesar de estos reconocimientos, la colonización trasciende la esfera pública y las dinámicas sociales; de modo que, hasta la economía se convierte en un campo de retos para la identidad de las comunidades y su desarrollo cultural. Así, resulta evidente que, bajo un modelo de desarrollo neoextractivista la defensa del territorio se constituye como enemigo del progreso —viéndole así, desde una mirada de las multinacionales—; y en contraposición, la recuperación de la vocación agroalimentaria sería, entonces, una de las posibles soluciones a los problemas económicos que han intentado remediarse con la firma de tratados de libre comercio y con la compra de productos que se podrían cultivar y producir en territorios propios.

Es importante apreciar que existen dos conceptos que, aunque son diferentes, no se pueden desligar; estos son: la autonomía y la autodeterminación, conceptos que permiten que los pueblos indígenas sigan empoderados y firmes frente a los vejámenes que han sufrido —como: el desplazamiento forzoso y la restitución de tierras, que lo único que generan es el despojo de los recursos y del control de los territorios—. Por esta razón, es importante la transferencia del significado progresivo entre las familias y las generaciones, ya que es un elemento esencial para que todo esto se vea traducido en las luchas, las costumbres, las autoridades propias y entre otras cosas que evidencian la propiedad étnica natural de las comunidades.

Sobre los anteriores conceptos, podemos afirmar que la facultad de auto gobernarse se perdió, en gran parte, a causa de la mercantilización de la tierra y la globalización pues estos enfoques marcaron los nuevos rumbos de la humanidad; igualmente, la industrialización responde a la política del capital y segrega las buenas prácticas que los hermanos mayores pueden enseñar a los habitantes de los Estados. Ante ello, los conocimientos ancestrales tienen su comienzo en un patrimonio y en un legado histórico; y son fundamentales para actuar frente a los retos a los que se enfrentan la alimentación y la agricultura hoy en día y en el futuro.

Existen algunas prácticas soberanas que evidencian la resistencia y la lucha ante los intentos de restar toda autonomía. Aunque la historia remite directamente a episodios de invasión, de dispersión de los pueblos, de la pérdida de la cultura; aun así, se mantienen la unión pese a la modernización. Existen pueblos que se han permitido

vivir y sobrevivir confrontando diversas formas de expropiación y saqueo que funcionan con el objeto de explotar los recursos naturales a favor de la política capitalista, implantada en el mundo desde la Colonia y la Revolución industrial hasta hoy.

Al respecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos específica sobre los pueblos indígenas el derecho a la autodeterminación, definiéndola así en su artículo primero:

El derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas es fundamental en la DNUDPI. Si bien existen diferentes interpretaciones, autodeterminación significa generalmente que los pueblos indígenas tienen el derecho a decidir lo que es mejor para ellos y sus comunidades. Por ejemplo, pueden tomar sus propias decisiones sobre temas que los conciernen y llevarlos a cabo de manera significativa para los pueblos indígenas, respetando a la vez los Derechos Humanos de los miembros de su comunidad (incluyendo a los niños) y también de otros pueblos.

Los pueblos indígenas tienen derecho a ser independientes y libres. Tienen derecho a ser ciudadanos del país en el cual viven y al mismo tiempo a ser miembros de sus comunidades indígenas. Como ciudadanos, tienen derecho a elegir forjar relaciones con otros pueblos y a adoptar roles activos en el país en el que viven. (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007, Part. I; art. 1).

Este derecho constituye el mismo que propugnaba Marx para los comunistas de su época:

[...] impulsar, reforzar, generalizar, destacar la autonomía obrera frente al capital; no prescribir el rumbo que “debería” tomar el movimiento de autoemancipación, ya que ésta es tarea de pastores que consideran a los trabajadores incapaces de liberarse por sí mismos, no de comunistas. (Engels y Marx, 1848, p. 122)

En el mismo sentido, la autodeterminación es un derecho inalienable e imprescriptible de los pueblos originarios; la autonomía implica el control propio de los territorios de manera integral desde el uso del suelo, el subsuelo y el espacio aéreo como elementos del territorio —en palabras de Vladimiro Naranjo—.

La riqueza del territorio, la biodiversidad de América latina ha sido víctima de las prácticas industrializadas y mercantilistas que van en contravía de la protección y la preservación del medio ambiente; por ejemplo, la minería contaminante, aquel monstruo imparible que causa daños imposibles de subsanar. Los derechos de libre determinación y de autodeterminación engloban el poder de decisión que tienen los pueblos, algo que se refleja en el solo hecho de confiar en lo que sus abuelos les han entregado y que, igualmente, deberán dejar en manos de sus hijos; así, en el ejercicio de sus derechos, la movilización de los pueblos por recuperar sus territorios y el mantenerse firmes en las tierras que les pertenecen son dos aspectos que forjan una visión de una raza fuerte y valiente, que empuña sus bastones y que está dispuesta a resistir. Por ende, la reconquista por el territorio y la indianización de la modernidad son el norte trazado para entender el entramado social que se plantea.

Autores como Hilario Molina proyectan que, la autonomía hace referencia a la memoria histórica del pueblo en la defensa de su territorio, esta se compone de procesos que se han construido en el núcleo de su propia identidad étnica; la identidad infiere a las formas mediante las cuales un pueblo se distingue a través de su lengua, tradición, raza, y sistemas de creencias. (Vásquez y otros, s.f.) La autonomía, también, consiste en limitar el monopolio de la politiquería que está inmersa en la realidad de los indígenas; esta afecta, incluso, al resto de la población extendiéndose mediante los medios de comunicación que son el cuarto poder del Estado, utilizado para alienar la atención y disfrazar los problemas —tales como: las condiciones de pobreza que son reales en la esfera global—. Así, en manos de la distracción mediática y la manipulación informática, la vulnerabilidad y la multiplicación de las necesidades de los ciudadanos indígenas se distorsionan con los avances de la tecnología y de la urbanización forzada, fenómenos que terminan por cambiar las culturas propias; a ello se suma, la falta de garantías en campos como el de la educación y la salubridad, lo que afecta directamente la supervivencia de los pueblos ancestrales.

Es importante resaltar que, la igualdad en la aplicación de las políticas públicas implica que no se debe segregar por la ubicación geográfica, por el color de la piel, por la forma de comunicar, por conservar los vestidos tradicionales y por amar a la naturaleza; por el contrario, el Estado debe garantizar completamente el bienestar físico, mental y social, como lo define la Organización mundial de la salud. Empero, la proximidad de la civilización occidental y la falta de protección del Estado corresponden a una desigualdad material y a una predisposición significativa que dan por resultado una proyección de vida veinte años menor que la de un ciudadano del sector urbano, esto evidencia la categorización humana condenada por las condiciones materiales.

Sobre la autonomía, también, es debido señalar que el uso de las plantas como herramienta para la prevención de las afecciones de la salud es la fuente de la medicina ancestral; frente a ello, la resiliencia¹ es un término que proyecta la restauración. Por esto, resulta importante resaltar la facultad que tienen los hermanos mayores para contrarrestar los fenómenos nocivos para el ambiente que han sido suscitados por la humanidad desde la revolución industrial, que han sobrepasado los límites planetarios y desestabilizado la integridad del sistema natural; de este modo, el practicar una agricultura resistente a la variación de las temperaturas demuestra el esfuerzo por enfrentar diversos fenómenos meteorológicos. Igualmente, la preservación de los bosques que contribuye a la producción del aire que respira la humanidad, la producción y consumo de frutos secos y granos son el soporte a una buena alimentación; además, las consecuencias de entornos complicados ha despertado en los pueblos reflexiones sobre alimentos que resistan condiciones difíciles y con ello, se ha logrado combatir problemas como: la erosión, la escasez del agua, los riesgos de desastres naturales y la implementación de la ganadería como una de sus actividades principales. Son distintas las formas con las que los pueblos resisten las costumbres y concepciones modernas, siempre fundamentados en la autonomía y el valor de la identidad.

Finalmente, la tarea principal que han desarrollado a lo largo del tiempo de velar por la salvaguarda de la biodiversidad, les ha otorgado la facultad de guardianes en tanto que son los encargados de preservar el agua, las especies animales y la multiplicación de las plantas; son, sin duda alguna, los veedores del ambiente y los precursores de la lucha contra el hambre y las enfermedades. En relación a ello, la FAO (2017) enuncia seis aportes con los que los pueblos indígenas ayudan al mundo a lograr el Hambre Cero:

1. Sus prácticas agrícolas son resilientes al cambio climático
2. Conservan y restauran los bosques y los recursos naturales
3. Los alimentos autóctonos amplían y diversifican la tierra
4. Los alimentos autóctonos son resilientes al cambio climático

.....
1 Es un concepto que surge de la inquietud por identificar aquellos factores que facilitan a las personas el sobreponerse de manera exitosa a la adversidad y a las dificultades que se presentan en sus vidas. Como capacidad es la dinámica del ser humano para hacer frente a las adversidades, superarlas y ser transformado por ellas.

5. Los territorios indígenas poseen el 80 por ciento de la biodiversidad del mundo
6. Los estilos de vida de los pueblos indígenas se adaptan a los espacios que habitan y son respetuosos con los recursos naturales

Es de notar que, América Latina es el lugar en el que habitan la mayor cantidad de comunidades indígenas a nivel mundial; entre los países que le conforman encontramos, por ejemplo: a Colombia, que es uno de los países latinoamericanos que ha sufrido más afectaciones a causa de los grupos armados y de las multinacionales, estas dos organizaciones encaminadas a la explotación de la tierra; por otro lado, en países parte de la Amazonia como: Brasil, Perú, Ecuador y Bolivia, las comunidades indígenas de estos territorios han debido enfrentarse a serios problemas ambientales —tales como: la deforestación, la explotación de minerales, la contaminación de las aguas por botes de petróleo, entre otros— y a devastadores problemas sociales agravados por los grupos armados —como son: el abuso de las mujeres y el uso inadecuado de las tierras—. Sobre este último punto, la titulación, la concesión y la explotación de las tierras en países de América Latina han cambiado la vocación de las comunidades; así, estudios recientes prueban que el porcentaje total de la población indígena en América Latina se ha distribuido en más de ochocientos pueblos nativos, de los que doscientos de ellos viven en aislamiento voluntario.

En lo que a la identidad respecta, esta se podría unir a términos como: la diversidad, la interdependencia, la protección de la interculturalidad, las raíces ancestrales y las soberanías; bajo esta disposición, las consultas populares construyen una forma de protección de los territorios en dirección hacia la eliminación racial. Por esto, la bandera Wypala como símbolo de identidad representa: la diversidad geográfica, la fertilidad, la transformación de la naturaleza; tal como se expresa en el Artículo 6 de la Constitución de Bolivia, esta representa un ejemplo de triunfo, de resistencia y de poder popular al mostrarse como expresión de soberanía. Así mismo ocurre con el uso de la hoja de coca, la forma de vestir, el orgullo por su cuerpo y la libertad de ser espontáneos pues, todos son rasgos evidentes de la identidad.

Existen algunas fugas que representan el pluralismo jurídico y que no permiten el equilibrio social; así, el cruce entre las tradiciones indígenas y otras prácticas sociales desvía la atención de las nuevas generaciones y la preservación de la cultura, difíciles desafíos que se cargan a pesar de los conflictos que imponen el uso de la

fuerza contra estos pueblos. En dichos conflictos, la negación implantada casi como una obligación es la oferta para conservar la vida y con ello, no engrosar las listas de líderes sociales y campesinos que mueren por oponerse a las fuerzas oscuras del poder; lo que queda es la infundada confrontación entre el progreso y el desarrollo vs la multiculturalidad, que resultan ser opuestos debido a la lucha entre la tecnología y la memoria de las tradiciones ancestrales.

Conclusiones

Los pueblos indígenas en América Latina albergan cerca de 45.000 personas, esta cifra equivale al 8% de esta porción del continente; los países con mayor densidad demográfica de población indígena son: Bolivia, Guatemala, Perú y México. En sus modos de vida existe una enorme diversidad pues, algunos residen aislados y otros viven en las urbes; de cualquier forma, los pueblos originarios constituyen una de las franjas más afectadas y de los colectivos más desfavorecidos dado que, han padecido la pérdida sistemática de sus territorios a suerte de encarar graves consecuencias para su bienestar. Al respecto, —según la CEPAL (Del Popolo, Jaspers y CEPAL, 2014)— se ha progresado en aspectos, como: el reconocimiento de sus derechos territoriales y la participación política; adicionalmente, se han registrado mejoras en sus condiciones de vida, como sucede en el ámbito de la salud y de la educación, logrando con ello un mejor acceso.

De frente a los fenómenos de pobreza y violencia que aquejan fuertemente a esta población, las Naciones Unidas es una organización pionera en la defensa de los pueblos indígenas; para esta causa estableció el uso de tres mecanismos: un foro permanente, un relator especial y un mecanismo de expertos. A la vez que, dichos pueblos están amparados por distintas normativas, tales como: las de la OIT, que en su convenio 169 de 1989 reconoció por primera vez los derechos de los pueblos; también, encontramos a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos indígenas que considera en los derechos de estos pueblos a la libre determinación. Análogamente, desde el 2015 la CEPAL hizo un llamado a construir una agenda de desarrollo basada en la igualdad; esto basándose en los estándares de los Derechos Humanos e incluyendo la cosmovisión y los aportes de los pueblos que constituyen los hermanos mayores de la humanidad.

Sobre este contexto, la consulta popular reconoce el derecho que tienen los pueblos como veedores de medidas administrativas o legislativas que afectan

directamente sus derechos colectivos, su calidad de vida, su identidad cultural y su desarrollo; aunque ahuyenta a los grandes inversionistas, este instrumento resguarda los territorios susceptibles de explotaciones, aquellos frutos de las políticas del capital que son implementadas por el modelo liberal neo extractivista. Por lo cual, la mega minería y el fracking son formas de sustracción de minerales, metales e hidrocarburos; estos métodos se sirven del uso de explosivos y de sustancias tóxicas para la vida humana. Dado lo anterior, es de saberse injusto que las multinacionales obtengan todo tipo de beneficios fiscales, so pena de dejar el paupérrimo 3% de regalías; todo esto con el respaldo de códigos mineros que dan prelación al valor del capital que al de la salud y al de la soberanía alimentaria, por lo tanto, no sólo envician el uso del suelo sino que contaminan las fuentes hídricas y corrompen la vida.

Referencias

Cobo, J. R. (1986). *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*. Naciones Unidas. Recuperado de https://cendoc.docip.org/collect/cendocdo/index/assoc/HASHe3ed/3187d77a.dir/RapCobo_v2_ch5defIP_es.pdf

Convenio no. 169 de la OIT, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, Ginebra, 07 de junio de 1989. Recuperado de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPU-B:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 13 de septiembre del 2007, Organización de las Naciones Unidas [ONU]. Recuperado de <https://www.unicef.org/spanish/policyanalysis/files/UNDrip-ProductV9a-Web-SP2-Reader.pdf>

Del Popolo, F., Jaspers, D., & CEPAL, N. (2014). Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Síntesis.

Derechos de los pueblos indígenas y tribales, sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 30 de diciembre del 2009, Organización de Estados Americanos [OEA]. Recuperado de <http://cidh.org/countryrep/tierrasindigenas2009/Indice.htm>

FAO. (2017). 6 formas en que los pueblos indígenas ayudan al mundo a lograr el hambre cero. Los pueblos indígenas pueden dar respuestas a la inseguridad alimentaria y a los

desafíos del cambio climático. Recuperado de <http://www.fao.org/zhc/detail-events/es/c/1028079/>

Marx, K., y Engels, F. (1848). *Manifiesto del Partido Comunista*. Bogotá, Colombia: Ed. Génesis. Página 171

Naciones Unidas. (2013). Folleto informativo 9. de Los pueblos indígenas y el sistema de Derechos Humanos de las naciones Unidas. Newyork y Ginebra: Naciones Unidas. Página 168

Vásquez, D. M., Guzman Díaz, J., & García Peñate, J.. (s.f.). *Autonomía y Autodeterminación*. UNACH, *autonomiaautogestion*. Recuperado http://autonomiaautogestion.unach.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=25&Itemid=46

Capítulo IX

Los efectos de la violencia de género en las mujeres de América del Sur

Magda Tatiana Roa Polanía¹

Notas preliminares

La ponencia hace parte del I Ciclo de Conferencias Virtuales de Derechos Humanos de la Red Latinoamericana de Estudios e Investigación de Derechos Humanos y Humanitario, Capítulo Ecuador, evento académico que surgió a partir del interés común de profesionales de distintos países; además, de la divulgación y promoción de los Derechos Humanos en el mundo. Todo esto bajo la concepción en la que la academia es un espacio valioso para incentivar la curiosidad de quienes inician en este escenario, y para afianzar los conocimientos de quienes han decidido vivir de lleno esta experiencia.

El respeto y garantía de los Derechos Humanos traen implícitos los esfuerzos de varias generaciones, que abrieron el camino para que en el día de hoy se pueda disfrutar de aquellos postulados que, en muchas ocasiones, se vieron tan lejanos; no obstante, la lucha por la igualdad sigue latente

¹Abogada, Máster en Derechos Humanos, Democracia y Globalización de la Universitat Oberta de Catalunya - España, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Colombia y Diplomada en Derechos de las Mujeres de la Universidad Austral de Argentina. Actualmente, Abogada de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior.

Correo electrónico:

m.tatianaroa.p@hotmail.com.

y más vigente que nunca puesto que, al menos, las mujeres han comprendido que no son seres humanos de segunda categoría y que, al igual que los hombres, gozan de los mismos derechos innatos a cualquier ser humano.

Conforme a esta última premisa, se evidencia el trabajo diario realizado por: organizaciones no gubernamentales, fundaciones, entidades estatales, organizaciones civiles, entre otros muchos grupos establecidos en pro de generar conciencia para la implementación de un cambio en la estructura de los patrones culturales arraigados en la sociedad, aquellos que versan sobre un arquetipo esencialmente masculino. Esta tarea no ha sido nada fácil, resulta de ardua labor el combatir la violencia que se ejerce en contra de los cuerpos de las mujeres como herramienta de sometimiento y de poder masculino; se trata de un mecanismo que las degrada, les discrimina y lo más grave, las mata.

En razón de ello, lo que se busca con esta propuesta es: profundizar en la situación actual de la mujer frente al estado de violencia que se comete en su contra en el sur de América, con el fin de concienciar cada día a más personas sobre la importancia de saber reconocer las situaciones que traen implícitas diversas formas de violencia y que, en muchos casos, no se reconocen y, por lo tanto, no se denuncian; lo que termina perpetuando el ciclo de violencia de género.

Así las cosas, se hará un corto recorrido por los movimientos y luchas feministas, pasando a analizar los conceptos sobre violencias y abordando los distintos instrumentos normativos que garantizan los derechos de la mujer; esto para entrar a analizar las cifras de eventos violentos en cada uno de los países y, finalmente, los efectos que ello conlleva en cada una de las mujeres que terminan siendo víctimas oprimidas de esa violencia enraizada en su ser.

Introducción

Sin dejar de lado la importancia que tiene la violencia física que como hecho letal implica la muerte de una mujer, vale la pena señalar que existen distintas clases de violencia en contra de la mujer y que el reconocimiento de las mismas no ha sido un trabajo sencillo hasta ahora; pese a que, en realidad, nada para las mujeres lo ha sido.

La violencia contra la mujer hoy por hoy sigue estando presente en cada una de las regiones del mundo, afectando a cada una de ellas sin distinción de niveles socioeconómicos o educativos; a saber, esta no solo afecta a las mujeres en su desarrollo personal, económico, social y emocional, sino que —a la par de estas afectaciones— genera un fuerte estancamiento en el desarrollo de los países. La violencia hacia las mujeres supone un atentado contra la dignidad e integridad psicológica, moral y física; y, en consecuencia, una intolerable violación de los Derechos Humanos. También, conlleva el nivel más alto en la manifestación de la desigualdad entre mujeres y hombres y sigue siendo, aún hoy, la principal causa de muerte violenta en las mujeres. Según la OMS, la violencia de género es la principal causa de muerte entre las mujeres de entre 15 y 44 años en todo el mundo; así, esta causa se sitúa por delante de las muertes provocadas por el cáncer, los accidentes de tráfico o las guerras. Finalmente, se afirma que siete de cada 10 mujeres en el mundo sufrirán violencia física o sexual en algún momento de su vida.

No obstante, a pesar de este panorama tan desalentador, vemos con esperanza que los países avanzan en la superación de esta problemática; y lo hacen a velocidades irrisorias aún, en comparación con el gran impacto que de ella se deriva. Empero, avanzan, avanzan en legislación, en concientización, en creación de espacios y estructuras que devengan en bienestar para las mujeres y niñas de sus países; sin embargo, aún no es suficiente y queda un largo trecho por recorrer para lograr de una manera significativa la erradicación de la violencia en contra de las mujeres.

Entonces, es pertinente decir que —en vista de este gran camino— falta por trasegar el hecho de mejorar el conocimiento del problema al cual nos enfrentamos; esto, a través de datos e información objetiva, así como de la transmisión de conocimiento pues son herramientas que cimientan las bases de una mejor planificación de las políticas de intervención, siendo estas necesarias para trabajar en su superación. Generando con ello conciencia en la población para poder, de esta manera, establecer mecanismos óptimos de protección y atención integral a las víctimas.

La historia

Si bien las vulneraciones de los Derechos Humanos se cometen por igual en hombres y mujeres, a lo largo de la historia hemos podido evidenciar que su impacto varía rotundamente de acuerdo con el sexo de la víctima. En la Modernidad, Mary Wollstonecraft en 1792 hablaba ya con gran lucidez y coherencia sobre la desigualdad que

imperaba en la Inglaterra de la época y es en su obra cumbre: *Vindicación de los derechos de la mujer*, en la que argumentaba con gran sentido que las mujeres no son por naturaleza inferiores al hombre sino que parecían serlo porque no recibían la misma educación y, por ende, las mismas oportunidades de crecimiento y desarrollo²; fue un contundente reclamo ante un naturalismo que condenaba a la mujer a las pasiones en su relación corporal, alejándole de la razón en la cruel demonización de la noción de feminidad y la demarcada sensualización, propia de una cultura victoriana.

En los años cuarenta, en época de la posguerra del siglo XX, Simone de Beauvoir mencionaba, entonces, la importancia de que las mujeres tuvieran control sobre sus decisiones en lo privado y en lo público, y libre acceso a la educación; inclusive, advertía sobre la naturalidad de los derechos adquiridos por el hombre desde el momento mismo de su nacimiento, en tanto que las mujeres habían tenido que luchar cada una de las garantías que podían disfrutar hasta el momento. Además, señalaba que la mujer había sido a través de los años relegada simplemente a ser lo “otro”; todo ello en distintas de sus obras literarias pero, de manera destacada en su libro *El segundo sexo*, en el que indica la relación de subordinación a la que está sometida la mujer desde cada uno de los aspectos de su cotidianidad, una relación que acaece bajo el amparo de un estricto y naturalizado orden patriarcal³.

Justo por la misma época se promulgaba la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, un conjunto de normas y principios que pretendían blindar de garantías a toda persona frente a los poderes públicos; no obstante, no fue sino tres décadas después de su expedición que se alcanzó un consenso internacional suficiente para establecer la obligatoriedad para los Estados de proteger los Derechos Humanos. Reconociendo ser este el instrumento internacional que por excelencia identifica la lucha por la garantía de los Derechos Humanos en el mundo; también, es un hecho cierto que fue creado desde la óptica androcéntrica, abracando de manera exclusiva las necesidades del sexo masculino.

De ahí, que los distintos movimientos de mujeres alrededor del mundo sintieran que, muy a pesar de ser un gran avance para los países la promulgación de dicho

.....

- 2 *Vindicación de los derechos de la mujer* es la obra maestra de Mary Wollstonecraft, convirtiéndose en una de las primeras obras feministas de la historia.
- 3 *El segundo sexo*, por demás es el ensayo feminista más importante de este último siglo, siendo citado por excelencia en cada texto relacionado con las luchas feministas.

instrumento normativo, pues el efecto inmediato no recaía sobre sus derechos; es decir que, no las tenía en cuenta. En otras palabras, aquella herramienta estaba pensada en el hombre y esto permitía que las mujeres siguieran padeciendo el flagelo de la desigualdad y de la discriminación; razón por la cual de manera organizada reclamaron un instrumento que recogiera su sentir y fue así como nació a la vida la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer [CEDAW].

Dicha convención aprobada por la ONU en 1979 fue un instrumento que, dentro de su articulado no mencionó la forma más clara de discriminación en contra de la mujer: la violencia. Por lo que se hizo necesaria, entonces, la posterior expedición de la recomendación número 19 del 29 de enero de 1992 que insta a la erradicación de las distintas formas de violencia que subyacen y se reinventan según las distintas dinámicas de las sociedades.

Luego, en 1993 con la Declaración de Acción de Viena de la ONU se logró que se reconociera que los Derechos de las mujeres son Derechos Humanos y que la violencia en contra de la mujer es una violación de los mismos; esto parece sencillo y hasta obvio pero, en todo caso, no fue ni lo uno ni lo otro. En palabras de Alda Facio:

A la gente se le olvida que la violencia contra las mujeres no era considerada una violación a los Derechos Humanos, era una cuestión privada y lo privado no entra en la esfera de los Derechos Humanos, sólo para las cuestiones que pasaban en lo público.

En 1995, en Beijing se llevó a cabo la Conferencia Mundial de la Mujer, las representantes de 189 gobiernos adoptaron la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing encaminada a eliminar los obstáculos contra la participación de la mujer en todas las esferas de la vida pública y privada; esta conferencia definió un conjunto de objetivos estratégicos y explicó las medidas que los gobiernos, la comunidad internacional, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado debían adoptar para el año 2000, con el fin de eliminar los obstáculos que entorpecen el adelanto de la mujer. Tres años después, en 1998 el Estatuto de Roma hacía su aporte en la lucha de la reivindicación de los derechos de las mujeres al establecer como crímenes de guerra y de lesa humanidad a la violación, a la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual.

Ya en el ámbito regional —una vez posicionado el tema en la agenda internacional— las mujeres se encuentran activas y en la búsqueda incansable de la igualdad

y la no discriminación, dispuestas a dar la pelea por dejar de ser agredidas en sus cuerpos y en sus almas; y así, para 1994 en la Ciudad de Belem Do Pará se aprueba la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, otra conquista. La Convención de Belem do Pará, —como es ampliamente conocida— visibilizó en el ámbito local la violencia ejercida contra las mujeres, identificó los daños tanto en el ámbito público como el privado y, además, logró que se entendiera que la violencia cometida en el ámbito familiar no es sólo un problema que la mujer debe resolver en el ámbito privado pues es una cuestión de salud pública, en tanto que afecta la salud mental y la integridad física y pone en riesgo la vida misma de quien la padece.

La violencia

La violencia es un fenómeno social de gran complejidad que permea el tejido social de tal manera que ha terminado por invadir las esferas de la vida pública y privada de los seres humanos. Pero si a este fenómeno se le adiciona un elemento clave como lo son las relaciones asimétricas de poder, que devienen en discriminación y opresión, podemos tener un primer indicio de lo que puede tratar la violencia de género.

En la perspectiva de Carmen Teresa García (2000)⁴, el género se constituye a través de la socialización diferencial en el espacio privilegiado para detentar el poder; cuya base fundamental es el aprendizaje de la violencia como parte de la construcción de la masculinidad frente a la de la feminidad.

¿Qué es la violencia de género?

La violencia de género es un tipo de violencia ejercida contra cualquier persona o grupo de personas respecto a su orientación o identidad sexual, sexo o género; lo que impacta de manera negativa en la construcción de su identidad y en su bienestar social, físico, psicológico o económico. De acuerdo con la ONU (2003), el término se utiliza para distinguir la violencia común de aquella que se dirige a individuos o grupos en base del género, constituyéndose así en una violación a los Derechos Humanos.

.....
4 Carmen Teresa García advierte en su investigación *Violencia de Género: Saberes, Estrategias de Poder y Prácticas Sociales* que, el resultado de la misma ha develado una lógica de racionalidad androcéntrica que implica, a su vez, la génesis, el refuerzo y el mantenimiento de las relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres ancladas en arraigadas creencias, actitudes, emociones y conductas con fuerte carga de inferioridad y discriminación hacia las mujeres; siendo la violencia de género, en sus múltiples manifestaciones, uno de los elementos clave para sostener el orden jerárquico de la estructura patriarcal.

Existe consenso respecto a que la mayoría de las víctimas de la violencia de género son mujeres y niñas. La *ONU Mujeres (2003)* indica que esta se refiere a aquella dirigida contra una persona en razón del género, así como de las expectativas sobre el rol que se deba cumplir en una sociedad o cultura; y advierte sobre el error habitual de equiparar la expresión violencia de género con la de *violencia contra la mujer*. Sobre la distinción entre estas expresiones, cabe aclarar que la primera es más amplia y tiene como fin destacar la dimensión de género en la subordinación femenina en la sociedad y su vulnerabilidad frente a la violencia, razón por la cual también hombres y niños pueden ser víctimas de la violencia de género, especialmente de la violencia sexual.

La violencia en contra de la mujer

Según el artículo 1º de la Convención de Belem Do Pará (1994), se deberá entender por violencia contra la mujer “[...] cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Ahora bien, una vez aclarados los conceptos que preceden, se identificarán los tipos y modalidades de la violencia en contra de la mujer.

Tipos de violencia

- a. Física.** Es la que se emplea en contra del cuerpo de la mujer, causando daño o riesgo o cualquier otro tipo de agresión que ocasione maltrato al cuerpo de la mujer; esta clase de agresión deja huellas que generalmente pueden ser percibidas por terceros, siendo su caso extremo el feminicidio.
- b. Psicológica.** Es la que causa daño emocional y disminución de la autoestima pues perjudica y perturba el pleno desarrollo personal, buscando degradar a la persona y controlar acciones, comportamientos, creencias y decisiones; la intención de este tipo de violencia es la denigrar, desvalorizar y menospreciar.
- c. Sexual.** Esta violencia está relacionada con acciones que permiten tratar a la mujer como objeto sexual, tomarla físicamente por la fuerza, violarla; la violencia sexual es cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas con o sin acceso genital.
- d. Económica/patrimonial.** No es muy tenida en cuenta aun, a pesar de su existencia; se encuentra relacionada con la presión que se ejerce sobre la mujer

desde el aspecto económico. Tal como ocurre, por ejemplo, en los casos en los que se generan hechos para que la mujer no conserve un empleo, hacerla dependiente en dinero, forzarla a endeudarse, exigirle o robarle su dinero.

- e. **Simbólica.** Este tipo de violencia se da a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos que transmitan o reproduzcan dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales; naturalizando con ello la subordinación de la mujer en la sociedad.

Modalidades

Según las formas en que se manifieste la violencia en los distintos ámbitos, las modalidades son:

- a. **Violencia doméstica.** Aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar; independientemente del espacio físico donde esta ocurra, agrede la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial. Comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres, se entiende por grupo familiar a aquel originado en el parentesco que se da por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos; también, incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia.
- b. **Violencia contra la libertad reproductiva.** Aquella que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos.
- c. **Violencia obstétrica.** Es aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresado en un trato deshumanizado de un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales; se da muy a menudo durante el parto, en el que hay maltrato por parte de las enfermeras, parteras y médicos, por lo tanto, es muy constante aunque poco denunciada.
- d. **Violencia mediática.** La ONU la define como un comportamiento violento manifestado a través de medios virtuales, que va desde el acoso en línea y el agravio público hasta el deseo de infligir daño físico —incluidos los ataques sexuales, los asesinatos y los suicidios inducidos—.

La violencia mediática mediante redes sociales [ciber violencia] contra las mujeres y niñas representa un obstáculo para su acceso seguro a las comunicaciones e información digital; por ende, genera consecuencias psicológicas, emocionales y sociales en las víctimas pues limita el pleno uso, goce y disfrute de sus Derechos Humanos.

e. Violencia política. “Las vaginas del Senado se llenaron de malos pensamientos”, la frase pronunciada por el parlamentario colombiano Roberto Gerlein en una sesión plenaria del Senado de la República en 1998; fue su argumento para controvertir a las senadoras Piedad Córdoba y Viviane Morales que, en ese entonces, señalaban de corrupción al presidente de la época: Andrés Pastrana Arango.

Este tipo de frases demuestran que la violencia contra la mujer que ejerce un cargo público no se reduce a las agresiones físicas pues en su mayoría se compone de insultos, agravios y pura discriminación; todo ello se comprende como armas con las que sus contradictores pretenden apartarlas de la vida pública.

Las cifras

En 1994 el Banco Mundial aportó los primeros datos sobre la violencia contra la mujer en el ámbito mundial, y develó su impacto global y cómo afectaba la salud de los países. A saber, cada uno de estos tipos y modalidades de violencia están castigados en casi todos los sistemas del mundo; no obstante, las cifras de violencia cometida en contra de la mujer —a causa de ser mujer— son realmente alarmantes. Por ello, algunos se atreven a decir que nos encontramos frente a una pandemia; y, aunque siguen siendo muchos los esfuerzos de los Estados por enfrentar el flagelo, desafortunadamente el problema no se ataca sólo con la expedición de instrumentos normativos que castiguen con cárcel la comisión de estos delitos pues se corre el riesgo de avocarse en un escenario de populismo punitivo, por lo tanto, la solución debe ser más profunda. Las relaciones desiguales de poder sólo se podrán superar el día que los hombres y las mujeres nos concienticemos que en el plano real la diferencia no debería matar a ninguna mujer.

Según la ONU, OMS y la CEPAL, el 35% de las mujeres del mundo ha sufrido en algún momento de su vida violencia física y/o sexual por parte de su pareja o de violencia sexual por parte de personas distintas a su pareja; también, las mujeres entre

15 y 44 años tienen más riesgo de sufrir violencia de género que de sufrir cáncer, un accidente de tráfico o malaria. A saber, en todo el mundo, casi un tercio de todas las mujeres que han mantenido una relación de pareja han sido víctimas de violencia física y/o sexual por parte de su pareja; así, a nivel mundial, el 38% del número total de homicidios femeninos se debe a la violencia conyugal. Por lo tanto, las mujeres que han sido víctimas de abusos físicos o sexuales por parte de su pareja corren un mayor riesgo de padecer una serie de problemas de salud importantes.

A nivel mundial, el 7% de las mujeres han sido agredidas sexualmente por una persona distinta a su pareja; aunque, se dispone de menos datos sobre los efectos de la violencia sexual no conyugal en la salud. De los datos existentes resulta que, las mujeres que han sufrido esta forma de violencia son 2,3 veces más propensas a padecer trastornos relacionados con el consumo de alcohol y 2,6 veces más propensas a sufrir depresiones o ansiedad.

Finalmente, una de cada tres mujeres ha sufrido violencia física o sexual en el mundo; específicamente, 3 millones de niñas son víctimas de ablación cada año y el 71% de las víctimas de trata son mujeres y niñas. Cada día mueren en promedio 12 mujeres latinoamericanas y caribeñas por el sólo hecho de ser mujer y, al menos, 3.287 mujeres han sido víctimas de asesinatos basados en género en 15 países de América Latina y el Caribe.

El panorama en América del Sur

Es importante iniciar diciendo que las siguientes cifras, en gran medida, hacen alusión a la violencia física y sexual en sus diferentes modalidades; dado que, la violencia psicológica, económica y simbólica aun no presentan cifras medibles muy clarificadas. Según distintas fuentes de información como ONG's, Fiscalías, Procuradurías y Organismos Gubernamentales de los distintos países, estos datos corresponden a mujeres a partir de los 15 años de edad.

- **Argentina.** Desde el 1 de junio de 2015 hasta el 31 de mayo de 2016, 275 mujeres fueron asesinadas; en el año 2017 se registraron 292 feminicidios. En los primeros seis meses de 2018 había registros de 139 víctimas fatales, según el Observatorio de Feminicidios del Defensor del Pueblo de la Nación; y en la última década, estos crímenes dejaron a 3.378 menores de edad huérfanos de madre, de acuerdo con los datos de la ONG Casa del Encuentro. En 2017 86.700 mujeres denunciaron algún caso de agresión física o psicológica.

- **Bolivia.** En el primer semestre de 2016 se registraron 48 asesinatos de mujeres por violencia machista, de acuerdo con la Fiscalía General de ese país; en el 2015 se produjeron 104 de estos casos. El promedio es de un feminicidio cada tres días. El Director Nacional de la Fuerza Especial de Lucha Contra la Violencia de Bolivia reportó que para el periodo de tiempo comprendido entre enero y octubre de 2016 se habían reportado 30.407 casos de violencia contra la mujer y 66 feminicidios.
- **Brasil.** En 2015, en promedio 15 mujeres eran asesinadas cada día en Brasil por el simple hecho de ser mujer, informó ONU Mujeres. Se estimaba para el año 2016 que cada seis horas una mujer era asesinada por su compañero íntimo, según ONU Mujeres.
- **Chile.** En 2015 se reportaron 45 feminicidios. Hasta el 7 de noviembre de 2016, el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género de Chile había registrado 30 feminicidios y 105 feminicidios frustrados.
- **Ecuador.** Entre agosto de 2014 y agosto de 2015, hubo 45 feminicidios, según un reporte sobre el feminicidio 2014-2015 de la Fiscalía General del Estado, publicado en abril de 2016. En 2014 hubo 97 feminicidios, según el Ministerio del Interior de Ecuador.
- **Panamá.** 16 feminicidios se registraron entre el 1 de enero y el 21 de octubre de 2016, según el Ministerio Público. En el 2015 se reportaron 29 casos de feminicidios; mientras que, en el 2014 hubo 26 registros de estos hechos.
- **Paraguay.** De acuerdo con el Ministerio público, en el 2015 murieron 23 mujeres a manos de sus parejas o exparejas. A noviembre del 2016 murieron 25 mujeres en las mismas circunstancias. De acuerdo con el Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe de la CEPAL, en 2014 hubo 32 homicidios de mujeres de 15 años y más, asesinadas por razones de género.
- **Perú.** Entre enero de 2009 y octubre de 2015 se registraron 795 víctimas de feminicidios, informó la Fiscalía “El 89,6% fue asesinada por su pareja, expareja o familiar [feminicidio íntimo] y 10,4% por un conocido o desconocido (feminicidio no íntimo)”. “Cada mes un promedio de 10 mujeres son asesinadas en un contexto de feminicidio” indicó la Fiscalía de ese país en noviembre de 2015. Entre enero y octubre de 2015 hubo 55 feminicidios y 31 casos se reportaron como posibles feminicidios.

- **Uruguay.** De acuerdo con el Ministerio del Interior, entre el 1 de enero y el 6 de noviembre de 2016, 22 mujeres fueron víctimas de homicidios consumados a manos de parejas y familiares. Esa cifra se repite en el mismo periodo del 2015.
- **Venezuela.** En el primer semestre del 2016, el Ministerio Público registró 75 feminicidios; para el mismo periodo del año 2015 se registraron 57 casos. En 2015 el Ministerio Público registró 121 feminicidios consumados y 132 feminicidios frustrados.
- **Colombia.** Según Medicina Legal, entre enero de 2018 y el 20 de febrero de 2019 iban 1080 homicidios de mujeres, 12 más que en el mismo periodo del año 2017. Para el año 2015 se registraron según Medicina Legal 1.007 casos de mujeres asesinadas y 16.000 casos de denuncias por violencia sexual.

El efecto de la violencia en las mujeres de América de Sur

El derecho de las mujeres, niñas y adolescentes a vivir una vida libre de violencia es un principio fundamental del derecho internacional de los Derechos Humanos —establecido por el Sistema Universal como regional de Derechos Humanos— con deberes jurídicos relativos a la erradicación de la violencia y la discriminación.; dichos deberes están basados en los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación, a la vida y a la integridad personal.

Estos principios, obligaciones y derechos son reconocidos en el marco interamericano por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; asimismo, han sido consagrados en instrumentos especializados, como: la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; y por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Todos ellos aluden al deber de los Estados de actuar con la debida diligencia requerida para prevenir, proteger, investigar, sancionar y reparar toda violación a los Derechos Humanos.

Exactamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha identificado a las mujeres, niñas y adolescentes como personas en situación particular de discriminación en la región y, en consecuencia, ha priorizado sus líneas de trabajo para promover y garantizar sus derechos fundamentales. No obstante, el miedo, la falta de garantías, la impunidad, la ignorancia, las construcciones socioculturales, de manera

directa se relacionan con la falta de denuncia de las víctimas de los distintos tipos de violencia en contra de la mujer; lo que hace compleja la tarea de tener estadísticas y datos mucho más cercanos a la realidad que padecen miles de mujeres que habitan el sur del continente americano e imposibilitan, a su vez, la construcción eficaz de políticas públicas que permitan aportar en la superación del problema que no se queden en el tan temido populismo punitivo de atacar el problema con normas que —muchas veces— no tienen en cuenta las políticas criminales de los Estados y lo que a la postre generan es un círculo de vulneraciones a los Derechos Humanos de todos.

Ahora bien, hay una realidad innegable compuesta por los efectos de la violencia —los cuales se ven reflejados en las mujeres de forma evidente como de forma más oculta—, estos tienen como consecuencia el estancamiento del desarrollo de las regiones debido a que más de la mitad de la población del mundo se conforma de mujeres. De manera que, la violencia de género ocasiona pérdidas enormes en la economía mundial, el costo económico de la violencia contra las mujeres representa entre el 1% y 4% del PBI de un país.

Por otro lado, se encuentra establecida una serie de efectos físicos que, además de afectar la fisonomía de la mujer, causa irrefutablemente consecuencias psicológicas y emocionales, tales como: la ansiedad, la depresión, la baja autoestima, la vergüenza, la culpa, entre los más destacados; también, trastornos de estrés postraumático, lesiones, enfermedades de transmisión sexual, VIH/SIDA, embarazo no deseado, problemas ginecológicos, dolor pélvico crónico asociado a enfermedad inflamatoria pélvica, hipertensión, depresión, trastornos por ansiedad, cefaleas, síndrome de colon irritable y diversas manifestaciones psicósomáticas.

Estas situaciones de violación de los derechos de las mujeres, muchas veces, conducen a estados emocionales dependientes no sólo de la pareja sino del alcohol y otras adicciones; constituyéndose, así, en un problema serio de salud pública. Además, la violencia genera inseguridad y baja autoestima, lo que deriva en enfermedades de distintos tipos; por lo tanto, el vínculo entre violencia y salud mental está registrado ampliamente en la literatura médica. Adicionalmente, se sabe que la violencia durante el embarazo puede generar: abortos, muerte fetal, parto prematuro, lesiones fetales o la muerte del recién nacido.

De esta forma, evidenciamos que las consecuencias de la violencia en contra las mujeres son muy amplias e influyen en todos los aspectos de sus vidas, incluyendo su

salud y la de sus hijos; repercutiendo de manera directa en el desarrollo de los países, en tanto nos enfrentamos a un grave problema de salud pública —como se mencionó en las líneas que anteceden— pues se encuentra superado el escenario en el que la mujer debía encargarse del asunto al interior de su casa —porque en el imaginario colectivo se trataba de una situación particular y no pública—. Todo esto, claro, generado desde las profundas bases de la desigualdad y la discriminación históricas que han rodeado a las mujeres junto con las relaciones de desequilibrio del poder que las siguen afectando de manera indudable hasta el día de hoy.

Ante este panorama es de destacar que se ha demostrado que los cambios que puedan significar la materialización del derecho de la mujer a vivir una vida libre de violencias no se consigue sólo con la promulgación de leyes pues es necesario un cambio de patrones socioculturales, la anulación de los estereotipos de género que tanto daño hacen; es debido, entonces, seguirle apostando al empoderamiento femenino para poder cerrar las brechas de desigualdad que a la postre devienen en violencia porque es evidente que pese al esfuerzo de los Estados por criminalizar la violencia en contra de la mujer, las cifras de no dan tregua. Sin duda alguna se trata de un tema complejo, ya que como problema social afecta diferentes espacios de la vida tanto de mujeres como de hombres, niños y niñas.

Por lo anterior, la eliminación de la violencia requiere, por tanto, de una política intersectorial que contemple no sólo medidas en el ámbito de la justicia sino en todos los espacios sociales; ese orden, se deberán reforzar los mecanismos de prevención, de erradicación de la violencia y la discriminación contra las mujeres de manera coordinada, con recursos institucionales y financieros suficientes. Todo esto, de la mano de la generación de conciencia colectiva sobre las profundas desigualdades y discriminación que permean las sociedades y que debemos superar de manera urgente.

Referencias

América Latina Genera ORG. (2019). *La violencia contra la mujer en América Latina y el Caribe en cifras*.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).(2012). *Informe Si no se cuenta, no cuenta*. Página 1886 y 189

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2016). Informe Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y el Caribe.

Do Pará, CDB. (1994). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”*. Disponible en: https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_ConvencionBelem.pdf

Fernández, S (2017, 26 de noviembre) Salud y violencia de género en América Latina: Una lectura género sensible y sociosanitaria. Cátedra UISO Ministerio de Salud El Salvador.

García, C (2005, 6 de enero) Saberes, Estrategias de poder y Prácticas Sociales

ONU Mujeres. (2016). *Informe Superando la violencia contra las mujeres*.

Organización Mundial de la Salud. *Salud de la mujer*. Consultado el 29 de mayo de 2020. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/women-s-health>

Reina, H. (2018, 25 de noviembre). *América Latina, la región más letal para las mujeres*. El País. https://elpais.com/sociedad/2018/11/24/actualidad/1543075049_751281.htm

Capítulo X

Estatuto de la oposición en Colombia y España: lenitivo democrático necesario

Margarita Serna Alzate¹, Carlos E. Saraza Gómez²

Introducción

El presente artículo surge como resultado parcial del proyecto de investigación que adelantan los autores para analizar la aplicación del Estatuto de la Oposición en corporaciones públicas de elección popular en Colombia. El texto aborda, desde el punto de vista conceptual, algunos elementos contenidos en la Ley 1909 de 2018 expedida por el Congreso colombiano —conocida como el Estatuto de la Oposición—, norma que resultaba ser una deuda legislativa con los grupos y movimientos políticos del país, pero, aún más, con el pueblo soberano que, desde la expedición de la Constitución Política de 1991 —según el contenido del artículo 112— había ordenado su producción.

Para lograr este propósito, el texto se desarrolla en tres momentos: i) la realización de una contextualización de la problemática observada; ii) el análisis teórico o conceptual de algunos elementos de la Ley 1909 de 2018, lo cual

¹ Abogada colombiana. Especialista en Derecho Público. Magíster en Responsabilidad Civil y del Estado. Docente-Investigadora adscrita al Grupo GEIS de la Programa de Derecho de la Fundación Universitaria del Área Andina, Seccional Pereira, Colombia.
Correo electrónico:
maserna5@areandina.edu.co.

² Abogado colombiano. 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;
Orcid: 0000-0002-8395-7734.

comporta el esbozo de sus antecedentes históricos y el desarrollo de las categorías jurídicas de la “oposición como derecho fundamental” y los “mecanismos de protección” que la ley previó en su confección; iii) por último, el texto fenece con la propuesta de unas conclusiones que no pretenden abarcar la totalidad de los asuntos complejos que devienen de la aplicación de la norma y tampoco tienen la intención de fungir como diques de cierre de las discusiones que ella genere sino, más bien, como reflexiones primarias que permitan a los propios autores y a las demás personas que se interesan en el tema tener un punto de partida para la realización de estudios posteriores.

Es pertinente aclarar al lector que, si bien metodológicamente la tipología de estudio planteada en el proyecto de investigación es de corte teórico, descriptivo y analítico, puesto que, una vez definido el referente teórico y descritos sus alcances, se procederá a contrastarlo con la realidad, en el presente texto, por ser un resultado parcial de investigación, no se abarcan todos los elementos de la tipología y se centra únicamente en lo teórico-descriptivo.

Contextualización del problema

Desde el año 1991, cuando se promulgó la Constitución Política de Colombia, el constituyente primario estableció en el artículo 112 el derecho de los partidos y movimientos políticos que se declaren en oposición a que se les garantice el ejercicio de la actividad política en igualdad de condiciones; así, se determinaron unos derechos específicos que requieren acciones tanto positivas como negativas por parte del Estado para su pleno ejercicio. La misma norma referida dispuso desde su génesis que esta circunstancia debía ser regulada en su integridad por medio de la expedición de una ley estatutaria que desarrollara tales derechos. El texto constitucional, reza:

art. 112. [artículo modificado por el artículo 5 del Acto Legislativo 1 de 2003]
Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que se declaren en oposición al Gobierno, podrán ejercer libremente la función crítica frente a este, y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, se les garantizarán los siguientes derechos: el acceso a la información y a la documentación oficial, con las restricciones constitucionales y legales; el uso de los medios de comunicación social del Estado o en aquellos que hagan uso del espectro electromagnético de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores; la réplica en los mismos medios de comunicación. Los partidos y movimientos minoritarios con personería jurídica

tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos. Una ley estatutaria reglamentará íntegramente la materia.³ (Legis, 2010, p. 153).

El 11 de septiembre del 2001, la Organización de Estados Americanos [OEA] promulgó la Carta Democrática Interamericana [CDI], estatuto que se expidió bajo las bases de que el carácter participativo de la democracia en los diferentes ámbitos de la actividad pública contribuye a la consolidación de los valores democráticos y a la libertad y la solidaridad (Carta Democrática Interamericana, 2001). Colombia —como Estado miembro de la OEA y obligado por los principios esenciales del Derecho Internacional Público— debe reconocer, aplicar y respetar los preceptos de dicho instrumento internacional.

A pesar de los incipientes esfuerzos legislativos para regular algunas de las temáticas trascendentes en la materia, transcurrieron alrededor de veintisiete años para que la orden contenida en el inciso 3 del artículo 112 constitucional, se materializara; esto, debido a que hasta el 09 de julio del 2018 se sancionó la Ley Estatutaria 1909 [Por medio de la cual se adoptan el Estatuto de la Oposición Política y algunos derechos a las Organizaciones Políticas Independientes], que pretende regular las dinámicas para hacer efectivos los derechos consagrados en la Carta Política, tarea que tenía pendiente el legislador. Sin embargo, la sola sanción de la ley no garantiza la materialización de tales derechos; puesto que, esta implica una serie de acciones, prácticas, conductas y regulaciones internas en las Corporaciones Públicas de elección popular en todos los niveles territoriales —Congreso de la República, Asambleas Departamentales y Concejos Municipales—, así como en el poder Ejecutivo —tanto en el nivel central como en el descentralizado—.

En este escenario, el relativamente reciente nacimiento al mundo jurídico de la Ley 1909 de 2018 implica también el surgimiento de retos a nivel político y jurídico que los entes antes mencionados deben asumir, con dos agravantes para tal efecto: i) que este imperativo de implementación de la Ley se dio desde el día 20 de julio de 2018, fecha en la que el legislador dispuso que la norma empezaría a regir según el artículo 32 de la misma; ii) que se trata de un asunto novedoso, sin reglamentaciones que lo antecedan y, por ende, sin discusiones en escenarios académicos y jurisdiccionales que les permitan a las entidades obligadas tener bases sólidas de implementación de

3 Cfr. Constitución Política de Colombia. (1991, artículo), art. 112.

la nueva ley. A lo anterior se le debe sumar que en el ordenamiento jurídico interno no existe amplia normativa que regule el funcionamiento de las Corporaciones Públicas mencionadas y su desarrollo doctrinal también es limitado.

Adicionalmente, los filtros legales y controles previstos para ser ejercidos por los órganos de control —como la Procuraduría General de la Nación— respecto de la producción normativa interna de tales Corporaciones resultan precarios al momento de su implementación pues, si bien exige de ellos un control permanente debido a cuestiones políticas e intereses que van en contravía del interés general; en ocasiones, por el desconocimiento de las normas, tales controles no se aplican en debida forma o en la oportunidad que se requiere. Lo planteado hasta aquí hace surgir la necesidad de que, desde diferentes sectores de la sociedad, entre ellos la academia, se realicen monitoreos permanentes que permitan analizar las acciones que han implementado las Corporaciones de elección popular en los distintos niveles estatales acerca del estatuto de la oposición, con el fin de explicar la evolución de la aplicación de la norma y los intrínquilis que de ello broten.

Lo anterior, en razón a que el estudio de esta normativa le permitirá a la sociedad identificar: en primer lugar cuáles son aquellos partidos o movimientos políticos declarados en oposición y observar cómo estos hacen uso de su postura; asimismo, la manera en que ejercen la debida representación política a través de los diferentes derechos que les ha conferido el Estatuto —claro está, en el caso en que efectivamente se materialicen—. Ello contribuye a que los ciudadanos conozcan otro tipo de ideologías o corrientes que permitan fortalecer la opinión pública a partir de debates estructurados, fundados en información oficial y pública que lleve a dimensionar el impacto real de las decisiones políticas de quienes ejercen la representación del pueblo; lo que, en suma, le apunta a la construcción de pedagogía electoral para realizar el ejercicio de los derechos políticos —ejercicio electoral, en este caso— de manera más consciente e informada. Finalmente, en el contexto político en el que se encuentra el país actualmente, examinar el cumplimiento del derecho a la contradicción y al debate con unas garantías mínimas se hace más que importante y necesario, con el objeto de limitar el ejercicio del poder y abrir la posibilidad al debate público de las decisiones que afectan a todos los administrados.

Análisis teórico o conceptual

Antecedentes histórico-normativos

Según el diseño constitucional del Estado colombiano elegido por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, que quedó plasmado en el texto de la Carta, aquél es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista; estos principios se encuentran consagrados tanto en el preámbulo como en el artículo 1 constitucionales. (Cfr. Legis, 2010, p. 1)

Con base en lo anterior, establecer que Colombia es un Estado democrático por antonomasia implica el derecho a la representación de los diferentes intereses socio-culturales y, además, que estos se materialicen a través del voto popular y en la elección de opciones políticas que representan tanto los sentires mayoritarios como los de las minorías; asegurando, así, la observancia del principio participativo en la democracia interna. De igual forma, ello garantiza el ejercicio de las diferentes concepciones o ideologías que, en últimas, reflejan la concreción del principio pluralista que reconoce la existencia de divergencias en la composición de la sociedad, así como la inherente obligación del Estado de acondicionar su accionar a tales contrastes y diferencias.

En este orden, la misma Constitución Política de 1991 reconoce en su artículo 40 el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y determina la necesidad de establecer la participación de partidos y movimientos minoritarios en las mesas directivas de los cuerpos colegiados (Cfr. Legis, 2010, p. 54)

En el artículo 107, la Carta determina los derechos de cualquier ciudadano a fundar organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, señalando que:

Se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse. En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento políticos con personería jurídica. Los partidos y movimientos políticos se organizarán democráticamente. Para la toma de sus decisiones o la escogencia de sus candidatos podrán celebrar consultas populares o internas que coincidan o no con las elecciones a corporaciones públicas, de acuerdo con lo previsto en sus estatutos. En el caso de las consultas populares

se aplicarán las normas sobre financiación y publicidad de campañas y acceso a los medios de comunicación del Estado, que rigen para las elecciones ordinarias. Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral. También se garantiza a las organizaciones sociales el derecho a manifestarse y participar en eventos políticos (Legis, 2010, p. 115).

Las normas citadas presuponen un estandarte para el ejercicio efectivo de la democracia en Colombia en el marco de un estado social y democrático de derecho; además, son el eje común del cual se debe derivar los desarrollos normativos necesarios para efectivizar el modelo democrático. Así, en procura de nutrir el *corpus iuris* para el fortalecimiento de la democracia en Colombia, el Estado se ha adherido a instrumentos internacionales que propenden por la defensa, el respeto y la garantía de los derechos que se derivan del ejercicio democrático.

Ejemplo de lo anterior se encuentra en el texto de la CDI, de la cual es parte Colombia en su calidad de miembro de la OEA; en este instrumento internacional los Estados del continente americano reconocieron la democracia como un derecho que le asiste a los pueblos y, a su vez, determinaron la obligatoriedad de los Estados para su promoción y defensa (Cfr. Carta Democrática Interamericana, 2001, art. 1). Igualmente, establecieron el deber de fortalecer las instituciones democráticas y los partidos políticos y garantizar las diferentes formas de participación y el ejercicio equitativo del poder. (Cfr. Carta Democrática Interamericana, 2001, arts. 5 - 6).

Esta normativa internacional no solo resulta acorde con las disposiciones de la Constitución Política de Colombia sino que, también, es de imperativa aplicación por virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de la Carta y el concepto de bloque de constitucionalidad que se ha derivado del mismo, constructo que ha sido fortalecido a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Ahora bien, así como el Estado ha buscado nutrir el ordenamiento jurídico para el fortalecimiento de la democracia con la adopción de normas internacionales, también ha procurado expedir una normativa de orden interno que cumpla dicho propósito institucional. A saber, una de las primeras disposiciones en tal sentido dentro de la normativa interna⁴ fue la Ley 130 de 1994 [Por la cual se dicta el Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos y se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales], esta ley pre-

.....
4 Norma que se profirió en desarrollo del artículo 107 constitucional.

tendió el establecimiento de normas que fortalecieran —tal como lo señaló la Corte Constitucional— las condiciones de “competencia pluralista” (Ley 130 de 1994, 1994); es decir, que las personas que tienen diferentes maneras de encaminar la consecución del poder político puedan agruparse y expresar con libertad y en condiciones de igualdad sus convicciones sobre cómo prestar un adecuado servicio público, ejercer la función administrativa y ejercer el control político.

Ahora bien, era necesario regular las condiciones o la forma de llevar a cabo las funciones de los órganos colegiados; es decir, tener una reglamentación que determinara los procedimientos y formalidades para la aplicación de la técnica tanto legislativa como de producción de otro tipo de normativa — ordenanzas, acuerdos, etcétera— y para el ejercicio de los debates de control político. Esta reglamentación debía concebirse para ser aplicada en todas las Corporaciones públicas de elección popular desde la órbita nacional [Congreso de la República], descendiendo a las entidades territoriales distritales, departamentales y municipales [asambleas y concejos].

En virtud de lo anterior fue proferida la Ley 5 de 1992 [Por la cual se expide el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes], que incorpora unos derechos básicos para todos los integrantes de los partidos políticos; no obstante, en el desarrollo del ejercicio de estas funciones, los partidos políticos que ejercían la oposición empezaron a observar que sus derechos a promover un contradictorio en igualdad de condiciones no se estaban garantizando por parte del Estado. Esto, aun cuando el artículo 112 de la Constitución Política establece una serie de garantías para estos actores políticos, así como la obligación de crear una ley estatutaria que regule la materia; sin embargo, en lugar de tramitar la legislación que ordena el artículo 112, el Congreso continuó con la aplicación de normas incluso anteriores a la Carta de 1991⁵, regulaciones que, por obvias razones cronológicas, no se ajustaban a los estándares constitucionales de 1991.

La dinámica legislativa continuó con la expedición de normas que intentaron regular de manera incipiente la actividad política ejercida por los corporados, expidiéndose cuerpos normativos que se ocupaban del particular; pero, de una manera parcial. Así, vieron la luz jurídica leyes como: la 136 de 1994 [Por la cual se dictan normas

.....
5 Por ejemplo, el Decreto 1222 de 1986 [Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental], el cual regula los procedimientos para la expedición de ordenanzas por parte de las asambleas departamentales, entre otros temas.

tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios] y la 1551 de 2012, que tenía idéntico propósito y fue modificatoria de la anterior.

De esta forma, la ausencia de legislación que regulara la manera de ejercer la oposición política en Colombia perduró durante aproximadamente veintisiete años contados desde la entrada en vigor de la Carta Política de 1991; durante este tiempo la Nación fue testigo del paso de gobiernos nacionales y locales que se hacían “sólidos” desde la propia ausencia de oposición o, lo que era peor, desde el ejercicio de la oposición sin garantías mínimas y sin desarrollo de derechos para su protección. De tal suerte que se vislumbraba la existencia de “un enorme e histórico pasivo legislativo, en el que figuraba como acreedor el pueblo colombiano y como deudor el Congreso de la República” (Saraza, 2018, p. 1). Lo anterior acaecía debido a la ausencia de una respuesta al imperativo emanado del inciso 3 del artículo 112 superior, modificado por el Acto Legislativo 1 de 2003, que prevé:

Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que se declaren en oposición al Gobierno, podrán ejercer libremente la función crítica frente a este, y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, se les garantizarán los siguientes derechos: el acceso a la información y a la documentación oficial, con las restricciones constitucionales y legales; el uso de los medios de comunicación social del Estado o en aquellos que hagan uso del espectro electromagnético de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores; la réplica en los mismos medios de comunicación. Los partidos y movimientos minoritarios con personería jurídica tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos. Una ley estatutaria reglamentará íntegramente la materia. (Constitución Política de Colombia, 1991, Tít. IV; Cap. III, art. 112)

Empero, en julio del 2018 fue sancionada la Ley Estatutaria 1909 [Por medio de la cual se adoptan el Estatuto de la oposición política y algunos derechos de las organizaciones políticas independientes], norma que surgió en medio de un escenario político, social y jurídico convulsionado en razón a la suscripción e implementación de los acuerdos de paz discutidos en La Habana entre el Gobierno Nacional y la otrora guerrilla de las FARC, e incluso, por la latente polarización política y por las dinámicas de finalización del período presidencial anterior y la expectativa del cambio de gobierno.

Desarrollo de categorías jurídicas

La expedición de esa Ley de la República presupone una contribución legislativa a la protección del derecho a la oposición por varias vías: primero, porque fue elevado a la categoría de derecho fundamental autónomo⁶ y derivado de ello, se tiene la posibilidad de acudir a mecanismos constitucionales como la acción de tutela, para su exigibilidad y justiciabilidad; también, porque el núcleo esencial de este nuevo derecho fundamental tiene previstos —según el artículo 11 de la Ley 1909 de 2018— una serie de derechos que deben respetarse para efectos de no conculcar el fundamental del que se derivan. Esta circunstancia conlleva a que las Corporaciones Públicas de elección popular adecúen sus reglamentos internos, sus procedimientos y su accionar en el ejercicio de la función pública para ser, así, garantes y materializadores del contenido jurídico de los derechos que contempla el Estatuto de la Oposición.

Todo lo anterior, en razón a que el ejercicio de la oposición, entendido como—en palabras de Serra Rojas citado por Guarín—: la “actitud de crítica a la actuación de gobierno, que ejercen los grupos, los partidos o los individuos que se hallan fuera del poder gubernamental” (Guarín, 2006, p. 74), esta definición implica que dicha oposición se constituye en un límite al ejercicio desmesurado del poder y, por tanto, se debe implementar de manera libre y con las garantías necesarias para su realización.

La oposición política no obedece, entonces, a un ejercicio caprichoso de posturas ideológicas que impidan el desarrollo de las instituciones públicas; por el contrario, debe propender por el fortalecimiento de aquellas y, por ende, de la democracia y debe contribuir también al alcance de la teleología constitucional; la práctica de la oposición se convierte, en consecuencia, en una cortapisa para la discrecionalidad de los funcionarios del Estado, tal como lo refiere Guarín (2006): “[...] promueve la publicidad de los actos del Estado, la transparencia en la ejecución de los programas gubernamentales, el compromiso ante los ciudadanos, la eficacia y eficiencia en la administración, todo lo cual debe redundar en buen gobierno.” (p. 75). En cuanto al control político, la oposición debe trazarse objetivos claros para que no se constituya en ejercicios meramente formales y retóricos al interior de las corporaciones sino que, contrario a ello, sirva para que los ciudadanos logren dimensionar las

6 Art. 3°. Derecho fundamental a la oposición política. De conformidad con los artículos 40 y 112 de la Constitución Política, la oposición es un derecho fundamental autónomo que goza de especial protección por el Estado y las autoridades públicas.

consecuencias, alcances, sentidos y efectos de las decisiones políticas que toman sus representantes; y, así, se apropien de ellas como elementos de corresponsabilidad entre administradores y administrados.

Por otro lado, tal como lo plantea Guarín (2006), los objetivos trazados por la oposición democrática deben apuntar también a generar un efecto pedagógico en la ciudadanía que contribuya a la construcción crítica e informada de la opinión pública; el autor lo expresa así:

Los debates de control político consiguen su objetivo cuando trascienden al dominio público e influyen en la percepción que existe sobre el gobierno y sus opositores. No hay que olvidar que los partidos cumplen una actividad permanente de persuasión de los electores. Por esto el cubrimiento de la actividad del Legislativo por parte de los medios de comunicación permite apelar siempre a los ciudadanos, que son el objetivo principal de la acción política. Así, la oposición democrática tiene un efecto pedagógico en los ciudadanos; les enseña a tramitar pacíficamente sus diferencias, contribuye a la formación de opinión pública respecto a los problemas colectivos y expresa desarrollo político. (p. 75.)

Ahora bien, las acciones afirmativas que deben realizar los gobiernos para permitirle a los partidos y movimientos políticos el derecho a ejercer la oposición deben tener como enfoque el garantizar la igualdad de condiciones frente a los demás actores políticos o bancadas de gobierno, como, por ejemplo: poder argumentar y difundir una postura crítica sobre las actuaciones del ejecutivo; tal y como lo ha señalado Dahl:

Para que un gobierno responda durante un periodo de tiempo dado a las preferencias de sus ciudadanos sin distinciones políticas, todos ellos deben tener igualdad de oportunidades para: 1. Formular sus preferencias, 2. Manifiestar públicamente dichas preferencias entre sus partidarios y ante el gobierno, individual y colectivamente. 3. Recibir por parte del gobierno igualdad de trato: es decir, este no debe hacer discriminación alguna por causa del contenido o del origen de tales preferencias. (Dahl y San Martín, 1997, p. 14)

Por otro lado, es importante mencionar que un Estado que garantiza el ejercicio del derecho a la oposición es un Estado democrático, puesto que permite la participación de diferentes actores frente a la toma de decisiones —ya sean de carácter político o administrativo—; garantizando, además, la transparencia de sus actuaciones

al permitir a la opinión pública conocer y analizar cuál es el alcance de las medidas o disposiciones que se pretenden adoptar. Es decir que, la democratización “consta de dos dimensiones por lo menos: el debate público y el derecho a participar” (Dahl y San Martín, 1997, p. 16).

La doctrina le ha dado distintas acepciones y alcances a la categoría de “oposición” en el marco del ejercicio de la política. Para Bognador, citado por García y Martínez (2002), la oposición hace referencia al “papel de las minorías” con respecto al poder político; por su parte, Altamán y Pérez-Liñán —según García y Martínez, 2002— entienden esta categoría como el partido o conjunto de partidos que tienen presencia en la Corporación Pública de que se trate y que no pertenecen a la coalición del gobierno de turno. Estos últimos autores, citados por García y Martínez (2002) la refieren así: “por oposición [se entiende] al conjunto de partidos que tienen escaños en el Congreso que no son del partido de gobierno o que no forman parte de la coalición electoral que eligió a presidente.” (p. 5).

Si bien se pueden dilucidar elementos diferenciadores en las definiciones referenciadas, también resulta diáfano que confluyen elementos comunes en ellas, como: el elemento de instrumentalización para el control de gobiernos autoritarios o —como lo expresan García y Martínez (2002), citando a Close— el elemento de “esfuerzo consciente de evitar que aquellos que ostentan el poder lo ejerzan de forma monopólica” (p. 5).

Teniendo en cuenta el panorama teórico planteado, se puede derivar que para la garantía de los principios democráticos y de los derechos que de ellos se derivan, en Colombia los ciudadanos, las organizaciones políticas y las organizaciones independientes [en voz de la Ley 1909 de 2018] requieren de herramientas jurídicas que permitan su materialización y que redunden en la plasmación del objetivo que tiene la oposición en la dinámica propia de una democracia.

Derecho fundamental a la oposición y mecanismos de protección

Como se anotó en líneas anteriores, la Constitución Política de Colombia en su Capítulo III crea las normas constitucionales que constituyen el Estatuto de la oposición; así, es la ley 1909 de 2018 la regulación que viene a desarrollar ese mandato constitucional y para ello, establece el carácter fundamental del derecho a la oposición política conforme a los artículos 40 y 112 del mismo texto, asimismo, su autonomía y especial protección.

De allí se puede inferir que, dicho derecho goza de una característica muy importante, se trata de su clasificación como un derecho de carácter fundamental; esta particularidad implica, que, en primera instancia, este derecho se convierta en un principio del ordenamiento jurídico constitucional colombiano que es exigible de manera inmediata por intermedio de una acción de carácter constitucional y el cual genera una obligación a cargo del Estado frente a la realización de acciones de carácter negativo —es decir, abstenerse de limitarlo o violarlo— y de unos deberes positivos como de la implementación de mecanismos que permitan su ejercicio.

Ahora bien, al revisar el tenor literal del artículo tercero, este determina que el mismo es un derecho fundamental que debe interpretarse en consonancia con los artículos 40 y 112 de la Constitución política; sin embargo, al realizar una lectura del artículo 40 de la Constitución, este describe las acciones que todo ciudadano puede realizar para participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Sucede en igual sentido, cuando se hace la revisión del artículo 112 constitucional pues se habla expresamente del derecho a la oposición pero, no en el entendido de hacer una definición del mismo sino de aquellas acciones que pueden realizar los partidos políticos y movimientos políticos declarados en oposición para el ejercicio de sus derechos; de tal suerte que, no existe dentro del texto constitucional una definición del derecho a la oposición política.

Igualmente, llama la atención que el capítulo III de la Carta —denominado *Estatuto de la oposición*— se encuentra dentro del título IV —que tiene por denominación *De la participación democrática y de los partidos políticos*—, encontrándose por fuera del catálogo de derechos fundamentales; así, la pregunta que surge al analizar sistemáticamente estas normas es: ¿Por qué una ley consagra como fundamental el derecho a la oposición política cuando el mismo no ha sido incluido o definido por la Carta magna como tal de manera expresa?

Es pertinente establecer, para resolver el interrogante planteado, que el Estatuto de la Oposición fue creado mediante una ley de carácter estatutaria —es decir, aquella que tiene atribuido constitucionalmente la regulación de los derechos fundamentales—, razón por la cual tiene un trámite legislativo de carácter especial. Uno de los requisitos *sui generis* de este tipo de leyes es tener un control previo por parte de la Corte Constitucional, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación; así, una vez fue aprobado el proyecto de ley por el Congreso de la República, el mismo se asumió como Tribunal Constitucional —trámite que fue

surtido y culminado mediante sentencia C- 018 del 4 de abril de 2018 con ponencias del Magistrado Alejandro Linares Cantillo, providencia en la que se realizó el examen de constitucionalidad de dicho proyecto legislativo al declarar exequible el procedimiento de formación, así como los artículos 1º al 29 y del 31 al 33 y la inexecutable del artículo 30 del mismo proyecto de ley—.

Ahora bien, frente al carácter fundamental del derecho a la oposición política, la Corte estableció que el modelo de Estado Social de Derecho reconoce a la democracia como un principio fundante del ordenamiento jurídico colombiano, entendiendo que este principio democrático puede tener varias dimensiones, y determinó que:

El principio democrático en la organización política puede ser concebido de diferentes maneras por la forma en la que se articula con múltiples elementos de la Constitución (soberanía, pueblo, participación y representación). Así, este principio del ordenamiento jurídico puede ser definido como: (i) fuente de legitimidad, en tanto sirve de justificación del poder político ejercido por los diferentes órganos; (ii) fundamento de derechos y obligaciones, dado que reconoce y tutela los derechos de participación de los individuos y la sociedad en la conformación y control del poder político e impone deberes de respeto y protección al Estado y a los particulares; y (iii) expresión de reglas de funcionamiento y toma de decisiones, toda vez que determina la forma en que tal poder opera democráticamente y los ámbitos en los que su aplicación puede exigirse. (Sentencia C-150, 2015)

De lo anterior se puede inferir que, la democracia al ser un principio implica un fin esencial del Estado, del cual se espera la realización de acciones positivas; tales como: implementar los mecanismos necesarios para que los ciudadanos puedan participar de todas las decisiones tomadas por las diferentes ramas del poder público a través de la democracia participativa o de la democracia representativa.

En lo que respecta a la democracia de carácter participativo, la misma infiere la integración del principio de pluralismo al incluir o permitirle a cualquier persona —independiente a su ideología, raza, género, origen, religión, institución o grupo social al que pertenezca— que participe dentro de las decisiones del Estado, definiendo el pluralismo como:

El pluralismo [...] se opone al unanimismo, pues acepta el juego de las diferentes opciones ideológicas; desconfía de la homogeneidad, porque reconoce

la heterogeneidad de la sociedad, así como la existencia de los grupos a los que pertenecen los individuos; rechaza el carácter absoluto de las opiniones o tendencias, ya que le otorga legitimidad a los distintos puntos de vista; promueve la participación política en la medida en que da oportunidad de expresarse a diversas propuestas y grupos sociales y supone la aceptación de las reglas fijadas para tornar viable esa expresión y hacerla accesible a todos. (Sentencia C-141, 2010).

Por otra parte, la Corte Constitucional colombiana ha entendido que el alcance del pluralismo tiene varias dimensiones, a saber:

- (i) **Pluralismo ideológico.** La Corte se ha referido a esta dimensión como “la insospechada variedad de opiniones que coexisten en el seno de la sociedad” (Sentencia T-527, 1992, Consideraciones), en la cual no es conveniente ni posible “imponer una sola orientación” (Sentencia T-527, 1992, Consideraciones). Ello, en razón a que, el Estado que se erige como democrático debe permitir y favorecer “la expresión y difusión de esa diversidad de creencias con múltiples matices, opiniones o concepciones del mundo” (Sentencia T-527, 1992, Consideraciones).
- (ii) **Pluralismo institucional.** Esta dimensión versa sobre la forma en la que se atribuye el ejercicio del poder público a “diversas organizaciones estatales” (Sentencia T-527, 1992, Consideraciones) y la manera de cómo estas se relacionan y, en efecto, facilitan un acercamiento a las personas y a los diferentes grupos que estas conforman, ya sea por vínculo natural o por la decisión autónoma de afiliarse.
- (iii) **Pluralismo político.** Presupone “la necesidad de incorporar al debate democrático las diferentes tendencias ideológicas existentes en la sociedad, al igual que las distintas vertientes de identidad social y comunitaria, entre ellas las derivadas de perspectivas de género, minorías étnicas, juventudes.” (Sentencia T-527, 1992, Consideraciones).

Se puede aseverar en este punto que, según el modelo de Estado Colombiano — cuyo fundamento es el de ser democrático, participativo y pluralista—, se otorga a los diferentes actores de la sociedad civil el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político; y en esa medida, a fundar partidos y movimientos

políticos que articulen, comuniquen y ejecuten las opiniones de los ciudadanos. De esta manera, la Ley 1909 del 9 de julio de 2018 desarrolla un mandato de carácter constitucional con el fin de dotar de garantías concretas el ejercicio de la oposición política.

Ahora bien, para lograr la concreción de esa categoría jurídica se dieron varias discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente; de allí que, en la Sentencia C-018 de 2018 —recogiendo algunos fragmentos de aquella— se puede evidenciar que, para algunos constituyentes la oposición era un derecho fundamental y para otros era tan sólo un componente de la garantía de los derechos políticos, es decir, un derecho derivado, no autónomo. También, otros proponían incluirlo con una función de la rama electoral; mientras que, para sectores como la Alianza Democrática M-19 dicha garantía debía hacer parte —de manera autónoma— del título relativo a los derechos, garantías y deberes fundamentales, estrictamente como derecho fundamental de los partidos y movimientos que no participan en el gobierno. Es esta última visión la que desarrolla la Ley 1909 de 2018 que concibió la oposición —como ya se ha visto— en calidad de derecho fundamental autónomo.

Finalmente, en torno al derecho a la oposición política podría afirmarse que, este implica el ejercicio de la democracia participativa y la materialización de una de las formas del principio de pluralismo respecto a la posibilidad de adoptar un filosofía política diferente o simplemente no compartida a la del gobierno de turno, así como la posibilidad de realizar acciones tendientes a divulgar esas convicciones o ideologías; también, a controvertir mediante diversos mecanismos aquellas posturas frente a las cuales no se tiene un punto de convergencia requerido para poderse realizar, o la garantía de un mínimo de derechos —tal como se ilustrará en líneas posteriores—.

Para el ejercicio del derecho fundamental a oponerse políticamente, la misma Ley contempla unos derechos derivados o que constituyen el núcleo de aquél; igualmente, los escenarios en los que se deben materializar. El artículo 7° de la Ley 1909 del 9 de julio de 2018 establece que el ejercicio del derecho puede darse en todas las corporaciones públicas de elección popular; es decir, desde el Congreso de la República, pasando por las asambleas departamentales y concejos municipales hasta juntas administradoras locales. Posteriormente, en el artículo 11 se enlistan una serie de derechos de los que gozan los partidos políticos declarados en oposición, describiendo el contenido de cada uno de esos derechos a partir del artículo 12 hasta el 22, catálogo de derechos dentro de los cuales se encuentran: a) Financiación adicional para el ejercicio de la oposición, b) Acceso a los medios de comunicación social del

Estado o que hacen uso del espectro electromagnético, c) Acceso a la información y a la documentación oficial, d) Derecho de réplica, e) Participación en mesas directivas de plenarias de las corporaciones públicas de elección popular, f) Participación en la Agenda de las Corporaciones Públicas, g) Garantía del libre ejercicio de los derechos políticos, h) Participación en la Comisión de Relaciones Exteriores, i) Derecho a participar en las herramientas de comunicación de las corporaciones públicas de elección popular, j) Derecho a la sesión exclusiva sobre el Plan de Desarrollo y presupuesto.

Además de los derechos antes referidos, el artículo 24 hace referencia al derecho que tienen los candidatos que sigan en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos Presidente y Vicepresidente de la República, a ocupar en su orden una curul en el Senado de la República y otra en la Cámara de Representantes. Por su parte, el artículo 25 establece que los candidatos que sigan en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos en los cargos de Gobernador de departamento, Alcalde distrital y Alcalde municipal tendrán derecho personal a ocupar, en su orden una curul en las asambleas departamentales, concejos distritales y concejos municipales respectivos, durante el periodo de estas corporaciones.

En lo que atañe a los mecanismos de protección del derecho, el Estatuto de la oposición establece —a través de su articulado— diferentes acciones o herramientas para hacerlo efectivo. En el capítulo IV, específicamente en el artículo 28, se crea un nuevo tipo de acción de carácter especial que puede ser ejercida ante la autoridad electoral, la cual servirá como instrumento para denunciar la violación de los derechos de los partidos políticos declarados en oposición cuando esta llegara a presentarse; otorgándosele a la autoridad electoral todas las medidas necesarias para el restablecimiento del derecho vulnerado, incluida la adopción de medidas cautelares y el ordenamiento del cumplimiento de su decisión en un término completamente expedito —es decir, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su interposición—. Del mismo modo, la acción tiene prevista la posibilidad de sancionar a toda persona natural o jurídica o entidad pública que incumpla las órdenes emitidas con multas entre diez [10] y mil [1.000] salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si bien hasta el momento se encuentra por desarrollar una ley procedimental que contemple de manera precisa la forma en la que se implementará la acción especial de protección de los derechos de oposición, la misma se vislumbra como una acción de orden constitucional ágil, eficiente y eficaz para el propósito señalado; ello sólo si se tiene en cuenta que, incluso será más expedita que la acción constitucional de tutela prevista en el artículo 86 superior, que se dirime en el término de diez (10) días.

A propósito de la tutela, cabría cuestionarse si procedimentalmente resultase viable instaurar de manera paralela esta acción en conjunto con la acción especial de la Ley 1909 de 2018; es decir, si estas no son excluyentes y, de esa forma se tiene una protección incluso reforzada del derecho a la oposición o, si en cambio de ello, la sola acción especial procedería para proteger el derecho y dejaría sin posibilidad a la acción de tutela; preliminarmente, se puede ensayar concluyendo que son mecanismos compaginados y que pueden instaurarse al mismo tiempo pues sus procedimientos y formalidades procesales son distintos y no podría pensarse, desde ningún punto de vista legal, que en Colombia un derecho fundamental no se pueda reclamar por la vía de la acción de tutela —argumento simple que dejaría sin piso el pensamiento que se pudiera llegar a tener de excluir este tipo de acción para la defensa de la oposición—.

Por otra parte, un nuevo mecanismo adoptado para proteger a los partidos políticos declarados en oposición es la creación de una nueva causal de inhabilidad para ejercer cargos públicos dentro del ordenamiento jurídico colombiano; más puntualmente, el artículo 29 de la Ley 1909 de 2018 previó que no podrán ser designados en cargos de autoridad política, civil o administrativa en el gobierno ni dentro de los doce (12) meses siguientes a su retiro de la organización política, mientras se mantenga la declaración de oposición a quienes sean o hayan sido integrantes de los órganos de dirección, gobierno, control y administración de las organizaciones políticas declaradas en oposición —de los niveles: nacional, departamentales, distritales y municipales; o quienes hayan sido candidatos a cargo de elección popular avalados por ellos—. Esta herramienta garantizará que la oposición se haga de manera legítima, diáfana y transparente; que no busque generar presiones para que luego se negocie a partir de ellas con la entrega de cuotas burocráticas en cargos del Estado —lo cual redundará, de ser aplicado en la forma correcta, en la disminución de los actos de corrupción política—.

Finalmente, en el artículo 30 de la Ley objeto de estudio se estableció como mecanismo de protección del derecho: garantizar la seguridad para los miembros de las organizaciones políticas que se declaren en oposición, al imponerle la obligación al Gobierno nacional de estructurar programas de protección y seguridad con enfoque diferencial y de género para los directivos y miembros de las organizaciones políticas declaradas en oposición. De la misma manera, estableciendo informes que deben rendir las cabezas visibles del Ministerio Público —el Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo— al Congreso de la República respecto del cumplimiento de los derechos establecidos en el Estatuto y un balance sobre las garantías de seguridad

en relación con los derechos a la vida e integridad personal de los miembros de las organizaciones políticas declaradas en oposición; asimismo, se le impone al Ministerio público la obligación de revisar el cumplimiento de la ley de paridad acerca de la participación equilibrada entre hombres y mujeres.

De tal suerte que se observa, entonces, que el Estatuto de la oposición no sólo contempla una serie de derechos que permiten a los partidos y movimientos políticos declarados en oposición el ejercicio de los derechos allí consagrados sino que, también, contempla mecanismos legales para que cuando exista vulneración o transgresión a tales derechos se puedan ejercer acciones tendientes a lograr su reparación o restablecimiento; y, por otra parte, involucra a los órganos de control para la realización del seguimiento continuo y permanente frente a la situación del ejercicio de los derechos contemplados en la norma objeto de análisis.

Conclusiones

El derecho a la oposición y su categorización como derecho fundamental surgen en virtud del principio de soberanía, que involucra el ejercicio de la democracia concebida de diferentes maneras por la forma en la que se articulan con múltiples elementos de la Constitución Política —tales como: la participación y la representación—. Siendo la democracia participativa la materialización del principio pluralista en el entendido que permite la intervención de cualquier persona independiente de su ideología, raza, género, origen, religión, institución o grupo social; así, la protección que se dé como necesaria para salvaguardar el derecho a la oposición propenderá, también, hacia el fortalecimiento del modelo de Estado Colombiano.

El Estatuto de la oposición desarrolla un postulado constitucional contenido en el artículo 112 de la Carta Política que fue producto de la reforma lograda mediante el Acto Legislativo 01 de 2003, el cual adicionó una forma de ocupar cargos dentro de las corporaciones públicas de elección popular; esto, comprendiendo que ingresan como parte del Congreso, de las asambleas o de los concejos municipales, quienes obtengan el lugar en las votaciones respectivas. Con ello se permite, actualmente, fortalecer el control político desde las corporaciones de elección popular pues podrán contrastarse propuestas de gobierno diferentes y, en muchos, casos opuestas; lo que representa intereses distintos de muchos sectores de la ciudadanía, esto contribuye a visualizar la actividad administrativa pública desde otra óptica para identificar falencias y, además, proponer iniciativas para que el ejercicio de la gobernanza sea más integral y democrático.

Frente a esto, el Estatuto de la Oposición crea mecanismos legales que desde la teoría tienen prevista la efectividad y la preferencia comparables con instrumentos de carácter constitucional para su ejercicio; por lo tanto, tales mecanismos traen consigo consecuencias jurídicas similares a las de la acción de tutela frente a las sanciones por su incumplimiento. Esto hace que el derecho a la oposición, al entronarse como derecho con características de fundamental, se pueda justiciar mediante los nuevos mecanismos que consagra la norma; pero, nada obsta para que también se pueda defender a través de la acción de tutela cuando esta resulte más idónea para su protección.

Tal vez, una de las características más importantes que trajo consigo el Estatuto de la Oposición fue la extensión de responsabilidades en cuanto a la vigilancia y monitoreo del cumplimiento y a la protección del derecho fundamental a oponerse, al dejar en cabeza de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del pueblo la titularidad de la presentación de informes periódicos sobre el cumplimiento de los derechos establecidos en el Estatuto y un balance sobre las garantías de seguridad en relación con los derechos a la vida e integridad personal de los miembros de las organizaciones políticas declaradas en oposición; con ello se genera una obligación para estos órganos de control y, luego de la presentación de sus informes, las autoridades correspondientes podrán tomar las medidas disciplinarias conforme a lo que establece el ordenamiento jurídico —si se evidencia la violación o el incumplimiento de las obligaciones y derechos establecidos en la Ley 1909 de 2018— frente a los servidores públicos que limiten o violen tales derechos.

Referencias

Carta Democrática Interamericana, (2001). Organización de los Estados Americanos (OEA), Lima, 11 de septiembre de 2001. Recuperado de http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm

Constitución Política de Colombia. (1991). Asamblea Constituyente de Colombia de 1991 4 de julio de 1991. Recuperado de <https://colombia.justia.com/nacionales/constitucion-politica-de-colombia/titulo-iv/capitulo-3/>

Dahl, R., y San Martín, J. (1997). *La poliarquía: participación y oposición*. Madrid, España: Tecnos.

García Díez, F., y Martínez, E. La estrategia política y parlamentaria de los partidos de oposición latinoamericanos: ¿capacidad de influencia o influencia efectiva?. *Revista Instituciones y Desarrollo*, (12), pp. 331-373.

Guarín, R. (2006). Colombia. Oposición, competencia electoral y reformas para la paz en Colombia. *Desafíos* (14), pp. 69-11. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/3596/359633159004.pdf>

Legis (2010). *Código básico constitución política de Colombia*. Bogotá, Colombia: Legis Editores S. A.

Ley 130 de 1994, *Por la cual se dicta el Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones*. 23 Mar, 1994

Saraza Gómez, C. (2018). *Sociojurídicas Eje Cafetero*. Opositio: Paliativo para una democracia decadente: Recuperado de <https://www.sociojuridicasejecafetero.com/publicaciones>

Sentencia C-141 de 2010. MP Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional Colombiana, Sala Plena, 26 de febrero de 2010. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>

Sentencia C-150 de 2015. MP Mauricio González Cuervo. Corte Constitucional Colombiana, Sala Plena, 8 de abril de 2015. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-150-15.htm>

Sentencia T-527 de 1992. MP Fabio Morón Díaz. Corte Constitucional Colombiana, Sala Plena, 18 de septiembre de 1992. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-527-92.htm>

Capítulo XI

“*Vamos a portarnos mal*”: el derecho a la protesta como deber público frente al estado de emergencia

Juan Alberto Castañeda Méndez¹

“Nos quieren controlar como a control remoto; pero, la autoridad no puede con nosotros”

Calle 13

Introducción

Desde un contexto social e histórico propio de la democracia constitucional, se nos permite entender que todo ciudadano puede disentir del poder y forzar la visibilización de los derechos fundamentales de manera trascendente y vital; para tal fin, es el derecho a la protesta la respuesta a un fenómeno socio jurídico que se comprende como una zona de intersección entre la libertad de expresión, la gobernabilidad democrática y lo mediático político. Así, la protesta es una zona que debería dejar en claro las razones urgentes que contiene y, en especial, que el reclamo humano no constituye delito alguno, ni mucho menos convertir en “mérito” el perforar con plomo el deber público de la defensa y de la vigencia de los derechos fundamentales; estos últimos se suspenden mediante la instrumentalización y

¹ Abogado y Magíster por la Universidad Cesar Vallejo de Perú. Maestrante en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III—, Madrid. Egresado de la especialidad en Constitucionalismo Latinoamericano y Derechos Fundamentales por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Justicia Constitucional e Interpretación por la Universidad Castilla de La Mancha—, España. Egresado del curso especializado en Metodología cualitativa socio legal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctorando en Gestión Pública y Gobernabilidad en la Universidad Cesar Vallejo. Ex Asesor Parlamentario (Constitución) en el Congreso de la República del Perú. Presidente del Instituto de Investigación Interdisciplinario Iberoamericano Apex Iuris.

Correo electrónico:

castanedamendezjuanalberto@gmail.com

normalización —falazmente constitucional— de la medida excepcional del estado de emergencia frente a situaciones de protesta —no únicamente existentes sino, también, latentes—².

Este último es también llamado estado de emergencia “preventivo”, cabe indicar que no tiene fundamento constitucional en tanto que no se basa en hechos concretos o reales de perturbación sino, en meros supuestos que sólo logran restringir los derechos fundamentales de la población —que, regularmente, habita en zonas fuertemente influenciadas por empresas extractivas—; en otras palabras, bajo una apariencia facultativa constitucional se usa dicha medida como un mecanismo de control social y estrategia para atemorizar a la población con el objeto de evitar la protesta.

A saber, este deber público tiene por consigna en el campo jurídico constitucional el desprejuicio legal y social del derecho a la protesta; así pues, su ejercicio no implica contravención constitucional o convencional pero, sí limita otros derechos necesarios y —en términos ponderativos— “menos intensos” frente a determinadas circunstancias. Por lo tanto, no se trata de actos vandálicos o de medidas de fuerza pues no puede concebirse que el legítimo ejercicio a protestar sea considerado como una actitud de mal comportamiento; sobre esto último, la letra de *vamos a portarnos mal* de la agrupación puertorriqueña *Calle 13* —que representa la “rebeldía de la música latina”— repara en la peculiar forma que tiene el Estado de reprimir el derecho a protestar. Allí, se rescata un argumento de índole social, por el cual se comprende que exigir es sinónimo de existir, haciendo frente los abusos del poder en la calle de la democracia latinoamericana.

Derecho a la protesta: Contextos constitucionales y convencionales

Atendiéndose al actual contexto de la medida excepcional del estado de emergencia y a la referida canción en líneas superiores, la regla que se entiende como una situación normal es la de acusar a toda persona que proteste como si fuere un “mal educado”, al interferir en la movilidad [libertad de tránsito]; a este prejuicio se le suman

.....
2 Véase el Decreto Supremo N° 078 —del— 19 de julio del 2017 en el que se dispone declarar en estado de emergencia: el Distrito de Juliaca, Provincia de San Román del departamento de Puno; los Distritos de Wanchaq, San Sebastián y Cusco de la provincia de Cusco; y los Distritos de Machu Picchu y Ollantaytambo de la provincia de Urubamba del departamento del Cusco.

otros que afirman que se entorpece el paisaje [la paz y tranquilidad] y que ensucia la vía pública [medio ambiente]. Una regla tremendamente política y moralizante, que no atiende a las verdaderas razones para “comportarse mal” dentro de los márgenes constitucionales y convencionales.

La protesta es una actividad necesaria en la democracia; esta se constituye —en nuestro país como un derecho no enumerado, aunque reconocido en el Art. 3 de nuestra Carta magna del 93 debido a su sistema de cláusulas constitucionales abiertas, así, su reconocimiento o proceso de identificación responde a lo planteado en la Sentencia del Tribunal Constitucional STC Exp. N° 00895-2001-AA/TC (2002, FJ. 5). Un derecho que dota de contenido a la existencia de toda sociedad democrática, aquella que se configura como el elemento activo presupuestado de la libertad de expresión y del derecho a la reunión que tiene toda persona; por esta causa, las protestas sociales no son actos ilegales o extra sistema puesto que son todo lo contrario, el ejercicio de derechos constitucionales —entre los que se destaca el derecho a la participación, que no es otra cosa que una concreción del principio democrático—.

Los diversos escenarios de protesta social que se manifiestan como factor común en la región contienen el ejercicio natural del derecho de reunión; asimismo, como el de la libertad de expresión. Ambos protegidos a través de diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos suscritos por el Perú, tales como: los artículos 4 y 21 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; los artículos 19 y 21 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; y los artículos 13 y 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este sentido, se ha manifestado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando señala que la protesta social resulta ser también la única forma a través de la cual ciertos grupos pueden ser escuchados (Sentencia Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, 2010). En efecto, cuando se está frente a marcos institucionales que no favorecen la participación, o frente a serias barreras de acceso a formas más tradicionales de comunicación de masas, la protesta pública parece ser el único medio que realmente permite que sectores tradicionalmente discriminados o marginados del debate público puedan lograr que su punto de vista resulte escuchado y valorado.

Dentro de otros sistemas regionales de protección, la manifestación pública de opiniones también se encuentra protegida. Por ejemplo, en los artículos 10 y 11 de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y en los artículos 9 y 11 de la Carta Africana de Derechos Humanos y

de los Pueblos; estos instrumentos que, si bien no podrían aplicarse directamente al caso peruano, son referencias importantes para nuestros jueces y tribunales y ello debido a dos razones: primero, porque —a diferencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— la Corte Europea y la Comisión Africana ya tienen pronunciamientos al respecto y han avanzado en el establecimiento de ciertos parámetros; y segundo, porque tales parámetros, por lo general, son tomados en cuenta por los órganos del Sistema Interamericano.

En general, todos los sistemas destacan que garantizar la participación de los ciudadanos a través de las manifestaciones y protestas públicas es importante para consolidar la democracia; particularmente, cuando un sistema político y/o jurídico no logra canalizar adecuadamente las demandas de la población ni resolver los conflictos sociales más importantes. De tal forma, se tiene que tener presente que la protección del derecho a la protesta, a razón de la dimensión de la libertad de reunión, implica obligaciones de dos tipos de índole complementarios:

- a) **La obligación negativa del Estado.** Consiste en no interferir en las protestas pacíficas, sin causa razonable o motivo conforme a las exigencias democráticas y reivindicativas de los derechos.
- b) **La obligación positiva del Estado.** Radica en proteger a los titulares del derecho a la protesta en el ejercicio del mismo; en particular, cuando las personas que protestan defienden puntos de vista impopulares o controvertidos o pertenecen a minorías u otros grupos que están expuestos a un riesgo mayor de victimización, ataques u otras formas de intolerancia. Por ende, el poder judicial debe desempeñar un papel especial en la protección del derecho a la protesta, interpretando y aplicando leyes nacionales que promuevan la realización del derecho a la libertad de reunión y garantizando que los defensores de los Derechos Humanos no sean penalizados por hacer uso de aquel para promover y proteger los Derechos Humanos.

En tal sentido, el Estado debería ser el ente por excelencia que preste la debida atención a los grupos que tienen dificultad para manifestarse, a fin de posibilitar sus reclamos y tener la atención del poder público; siendo así, garante de mayor vinculación y fuerza de justificación en su reclamo cuando se tratan de derechos fundamentales desatendidos por el mismo Estado, ya sea de manera omisiva o accionante. En tales términos, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH reconoció

que, en muchos países, la protesta y la movilización social se han constituido como herramientas de petición a la autoridad pública y, también, como canal de denuncias públicas sobre abusos o violaciones a los Derechos Humanos³.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos nos brinda una serie de pautas o directrices para interpretar dicho derecho a razón de la libertad de expresión desde distintos casos:

- a) En el Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia se puede extraer como pauta que, los Estados deben establecer garantías reforzadas para la protección de los discursos críticos o disidentes y prestar especial atención a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales (Sentencia Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, 2010).
- b) En el Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica —(2004), entre otros documentos, y la Opinión Consultiva OC-5/85 (1985) se pueden precisar varios puntos, entre ellos: la prohibición de la censura previa y la limitación o restricción, siempre y cuando (1) haya sido definida a través de una ley, (2) esté orientada al logro de fines legítimos, lo cual incluye la protección de los derechos de terceros y el orden público (3) sea necesaria en una sociedad democrática y estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida⁴.

Control y discrecionalidad constitucional del estado de emergencia

Facultad constitucional

Según el artículo 137 de la Constitución, sólo es posible declarar el estado de emergencia cuando exista una perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación; asimismo, de acuerdo con

3 Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2002). Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2002; Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2005) Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005.

4 Cfr. (Opinión Consultiva OC-5/85, 1985, Serie A No. 5, párr. 46;); (Sentencia Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2004, Serie C No. 107, párr. 122;); https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf CIDH. (1995). Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV. Washington, Estados Unidos.

mismo artículo constitucional, para la declaratoria y prórroga del estado de emergencia debe existir una situación de anormalidad constitucional, que puede pasar por la perturbación de la paz o el orden interno, de catástrofe o graves circunstancias que afecten la vida de la Nación.

Características constitucionales interpretativas del régimen de excepción

De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional STC Exp N° 00017-2003-AI/TC se establecieron las siguientes características del régimen de excepción:

- a. Concentración del poder, con permisión constitucional, en un solo detentador— normalmente el jefe del Ejecutivo—, mediante la concesión de un conjunto de competencias extraordinarias, a efectos de que la acción estatal sea tan rápida y eficaz como lo exijan las graves circunstancias de anormalidad que afronta la comunidad política. Fruto de ello es el acrecentamiento de las atribuciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía.
- b. Existencia o peligro inminente de una grave circunstancia de anormalidad, cuyo origen puede ser de naturaleza político-social, o deberse a situaciones de fuerza mayor o a crisis económicas. Tales los casos de guerra exterior, guerra civil, revueltas, motines, revoluciones, cataclismos, maremotos, inflaciones, deflaciones, etc.
- c. Imposibilidad de resolver las situaciones de anormalidad a través del uso de los procedimientos legales ordinarios. d) Transitoriedad del régimen de excepción. Habitualmente, su duración se encuentra prevista en la Constitución o en las leyes derivadas de esta; o en su defecto, regirá por el tiempo necesario para conjurar la situación de anormalidad. La prolongación indebida e inexcusable del régimen de excepción, además de desvirtuar su razón de ser, vulnera la propia autoridad política, ya que, como señala Carlos Sánchez Viamonte [La libertad y sus problemas. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina], “lo único que hace tolerable la autoridad, más allá de su carácter representativo, es su carácter de servicio público y las limitaciones que impiden desnaturalizarla”.
- d. Transitoriedad del régimen de excepción. Habitualmente, su duración se encuentra prevista en la Constitución o en las leyes derivadas de esta; o en su

defecto, regirá por el tiempo necesario para conjurar la situación de anormalidad. La prolongación indebida e inexcusable del régimen de excepción, además de desvirtuar su razón de ser, vulnera la propia autoridad política, ya que, como señala Carlos Sánchez Viamonte [La libertad y sus problemas. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina], “lo único que hace tolerable la autoridad, más allá de su carácter representativo, es su carácter de servicio público y las limitaciones que impiden desnaturalizarla”.

- e. Determinación espacial del régimen de excepción. La acción del Estado, premunido de competencias reforzadas, se focalizará en el lugar en donde se producen las situaciones de anormalidad. De allí que se precise que la medida tiene carácter nacional, regional, departamental o local.
- f. Restricción transitoria de determinados derechos constitucionales.
- g. Aplicación, con criterio de proporcionalidad y razonabilidad, de aquellas medidas que se supone permitirán el restablecimiento de la normalidad constitucional. Dichas medidas deben guardar relación con las circunstancias existentes en el régimen de excepción.
- h. Finalidad consistente en defender la perdurabilidad y cabal funcionamiento de la organización político-jurídica.
- i. Control jurisdiccional expresado en la verificación jurídica de la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo o suspensivo de los derechos fundamentales de la persona, y en el cumplimiento del íter procedimental exigido por la Constitución para establecer su decreto; así como en el uso del control político parlamentario para que se cumplan los principios de rendición de cuentas y de responsabilidad política. (2004, FF. 18).

Validez de discrecionalidad y test de proporcionalidad

La Constitución exige que la declaratoria del estado de emergencia se sustente en necesidades reales que se deriven de circunstancias que así lo justifiquen, pues esta no implica un ejercicio de discrecionalidad absoluta. Esta medida será válida sólo si ella representa una restricción idónea, necesaria y ponderada; para determinar esto, el análisis o examen de proporcionalidad comprende:

- El sub examen de idoneidad, que determina si el medio es conducente al fin, y si este persigue una finalidad constitucionalidad.
- El sub examen de necesidad, que evalúa la existencia de medios alternativos que puedan lograr el mismo fin a un menos costo, con menor restricción de los derechos fundamentales.
- El sub examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, que determina si la intensidad de la afectación de estos derechos es menos gravosa en comparación con la intensidad de afectación que sufriría el derecho o bien constitucional que promueve la medida a implementarse, sólo entonces será ponderada; de lo contrario, si la intensidad de la afectación del derecho es más grave, entonces, la medida será desproporcionada, prohibida y excluida su implementación.

El control judicial del estado de emergencia

En el artículo 200 de la Constitución se precisa que no corresponde al juez controlar la declaración de Estado de Emergencia:

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio. (Constitución de la República del Perú, 1993, Tít. V; art. 200)

De todos modos, el Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia del TC ha admitido este control constitucional. Al respecto, se regula la viabilidad del control constitucional en el art. 23 del Código Procesal Constitucional, el cual tiene su expresión como herramienta procesal mediante el Habeas Corpus [restringido e innovativo]; así como el desarrollo del fundamento 18 de la STC Exp. N° 00017-2003-AI/TC, en el cual se precisa:

Control jurisdiccional expresado en la verificación jurídica de la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo o suspensivo de los derechos fundamentales de la persona, y en el cumplimiento del íter procedimental exigido por la Constitución para establecer su decretamiento; así como en el uso del control político parlamentario para que se cumplan los

principios de rendición de cuentas y de responsabilidad política. (Sentencia del Tribunal Constitucional STC Exp N° 00017-2003-AI/TC, 2004, FF. 18)

El orden público vs. derecho a la protesta: ¿El límite al derecho a la protesta es su criminalización?

El derecho a la protesta como argumento de democracia

Es innegable que el derecho a la protesta es la manifestación antigubernamental por excelencia de nuestra democracia constitucional, la cual tiene distintas expresiones y razones en su ejercicio con fundamento constitucional y convencional presupuestado por el derecho a la reunión y a la libertad de expresión.

Empero, es pertinente reflexionar acerca de dicho derecho en términos de su composición socio jurídica y para esta labor nos apoya el maestro Roberto Gargarella, uno de los constitucionalistas latinoamericanos que ha analizado extensamente y de manera crítica la temática correspondiente a la protesta y los derechos; el maestro nos precisa de manera contundente: “es preocupante que un sistema democrático conviva con situaciones de miseria, pero es catastrófico que tales situaciones no puedan traducirse en demandas directas sobre el poder público” (2005, p. 30).

Al respecto; cabe recordar que el artículo 2, numeral 12 de nuestra Constitución Política, el artículo 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen que toda persona tiene derecho a reunirse pacíficamente y sin armas; este derecho fundamental ha sido definido por el Tribunal Constitucional en la STC Expediente N° 4677-2004-PA/TC como: “la facultad de congregarse junto a otras personas, en un lugar determinado, temporal y pacíficamente, y sin necesidad de autorización previa, con el propósito compartido de exponer y/o intercambiar libremente ideas u opiniones, defender sus intereses o acordar acciones comunes” (2005, FJ. 14).

Asimismo, en un Informe presentado ante el Consejo de Derechos Humanos (2012) se señaló que el término “reunión” abarca manifestaciones, asambleas en el interior de locales, huelgas, procesiones, concentraciones, e incluso sentadas; de esa manera, la protesta social es una forma legítima de ejercer el derecho de reunión reconocido no sólo en nuestra normativa interna sino también internacional, siempre y cuando se realice: i) pacíficamente, ii) sin armas y iii) no afecte otros derechos fundamentales dependiendo cada caso en concreto.

Por otro lado, el máximo intérprete de nuestra Carta Magna estableció en la STC Exp. N° 4677-2004-PA/TC que el contenido constitucionalmente protegido del derecho de reunión está configurado por una serie de elementos (Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional STC Exp. N° 4677-2004-PA/TC, 2005, FJ.15):

- a) **Subjetivo.** El derecho de reunión se trata de un derecho individual, pero que se ejercita de manera colectiva, es decir, junto a un grupo de personas que voluntariamente se han unido para perseguir fines comunes.
- b) **Temporal.** El ejercicio de este derecho fundamental no tiene vocación de permanencia, sino de temporalidad.
- c) **Finalista.** La finalidad que se persigue debe ser lícita, para lo cual no solo el objetivo debe serlo, sino también los medios. Por ello, la Constitución prescribe que sea pacífica y sin armas, siendo estas dos condiciones fundamentales para la validez de las diferentes formas de ejercer el derecho de reunión.
- d) **Real o espacial.** El derecho de reunión puede ser ejercido en locales privados, locales abiertos al público, así como plazas o vías públicas. Este elemento es de gran importancia para el ejercicio de este derecho fundamental, pues tal como señala el Tribunal Constitucional “muchas veces éste sólo puede alcanzar su propósito en atención a la proximidad física de los reunidos con aquellas personas o entidades destinatarios de las ideas, reclamos, pedidos, loas, etc.” No obstante, la elección del lugar podría ser limitado por razones objetivas y proporcionales.
- e) **Eficacia inmediata.** No se requiere autorización previa en ningún supuesto. En el caso que se realice en plazas y vías públicas, solo se requerirá el previo aviso.

Sobre este último punto se ha generalizado una confusión no sólo entre los ciudadanos sino, también, entre las mismas autoridades; puesto que, creen que es necesaria la solicitud de una autorización, que puede ser aprobada o denegada, y esto es totalmente erróneo. Sobre esto, no es debido confundir la exigencia de aviso previo con un supuesto sometimiento del derecho de reunión a la necesidad de una autorización previa de la autoridad administrativa, la cual, de ser exigida resultará manifiestamente inconstitucional; sin embargo, como todo derecho fundamental, este no es absoluto sino que puede ser limitado razonablemente —ya sea por seguridad, sanidad pública, afectación grave de otros derechos fundamentales, entre otros motivos

dependiendo del caso individualmente—. Asimismo, el ejercicio del derecho de reunión sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, según lo establecido en el artículo 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

El orden público como argumento de represión

Sobre el orden público, la Corte IDH ha precisado que no se puede invocar el orden público como justificación para limitar la libertad de expresión si no existe una amenaza cierta y verificable de disturbios graves (CIDH, 2009); es decir; no se puede considerar el derecho de reunión o manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo *per se* (CIDH, 2005). Asimismo, el orden público no puede ser invocado para suprimir o desnaturalizar derechos sino, que debe ser interpretado de acuerdo con lo que demanda una sociedad democrática.

Bajo tal contexto jurisprudencial, la Corte promueve la defensa del orden público en términos de exigencia y máxima circulación posible de informaciones e ideas; esto es, fomentar el máximo nivel de ejercicio de la libertad de expresión, antes que reprimir justificándose en cautelar el orden público. Dicha represión necesariamente se lleva a cabo a través del uso de normas penales, criminalizando así la protesta. Sobre el uso del derecho penal; la Corte IDH también precisó que:

La existencia de normas penales que convierten en actos criminales la simple participación en una protesta, los cortes de ruta (a cualquier hora y de cualquier tipo) o los actos de desorden que en realidad, en sí mismos, no afectan bienes como la vida o la libertad de las personas. (CIDH, 2008, párr. 70)

Esta es la razón por la que el empleo o uso del derecho penal tiene un enorme efecto disuasivo, por lo que su instrumentalización es particularmente seria cuando se trata de grupos que no tienen otra forma de expresarse públicamente o teniéndolo son silenciados por contravenir intereses, muchas veces, empresariales, políticos o económicos; criminalizando, así, la represión.

Esto último se puede observar justamente en la matanza de los defensores de Derechos Humanos o del medio ambiente; a saber, el año 2015 fue el peor de la historia sobre asesinatos de defensores de la tierra y del medio ambiente. Se registró, según el informe *En terreno peligroso*, un promedio de “185 asesinatos en 16 países, lo que supone un aumento del 59 % respecto al 2014, además de la cifra anual más alta que

se ha registrado” (Global Witness, 2016), siendo los países más afectados de América Latina: Brasil, con 50 asesinatos; Colombia, con 26; y Perú, con 12. Un porcentaje sea, quizás, mayor debido a que —generalmente— la identidad indígena de la víctima no se comunica; es decir, se extravía en la versión oficial.

Líneas de acción de la criminalización y su pretendido límite a la protesta

Las líneas de acción de la criminalización responden a tres factores:

- La formulación de tipos penales de clausula abierta y ambigua⁵
- Leyes que restringen derechos en las protestas sociales, generando impunidad con violencia autorizada⁶
- El uso del poder punitivo sobre los protestantes como “enemigos del Estado” [Terroristas]⁷.

De ahí que se explique la existencia de una práctica sistemática de criminalización como medio para disciplinar la protesta social y eliminarla; y, además, que la justicia sea instrumentalizada para criminalizar⁸. En tal sentido, la criminalización del derecho a la protesta no se constituye como ningún límite constitucional ni legal, ni moral; por el contrario, cuando se criminaliza dicho derecho resulta ser aquella muestra incapaz

5 Según la unidad de Protección a Defensores y Defensoras de Guatemala se indica que en el Guatemala se invoca la “Ley del orden público” para limitar drásticamente el derecho de reunión pacífica y reprimir con violencia. En México a través del delito de privación de la Libertad se acusa a los defensores (García Martínez, 2016).

6 La Ley 1453 del 2011 denominada como categoría de delito “obstrucción a vías públicas que afecten el orden público”), (Colombia); Ley 367 del 2013 y del 2014. Por un lado se sanciona entre 6 a 8 años en irrumpir en áreas mineras y por otro lado, sanciona las acciones individuales o colectivas que impidan la actividad minera (Bolivia).

También, la Ley N° 30151 del 2014, que modifica el código penal en el extremo de eximir de responsabilidad a las fuerzas armadas y a la Policía nacional de toda responsabilidad penal en caso de agresiones físicas y víctimas morales en cumplimiento de sus funciones (Perú, entre otros.).

7 Un ejemplo claro es Venezuela pues, en abril del 2012 aprobó la ley orgánica contra la delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo, por la que se puede tipificar discrecionalmente como delito de terrorismo cualesquier acto de alteración al “orden público”.

8 Además de lo sentenciado se demostró probado que: i) la existencia de un patrón de criminalización, ii) la instrumentalización de la justicia, iii) la vulnerabilidad de las familias y entorno comunitario de los defensores y iv) la naturaleza se encuentra indefensa al privarla de sus defensores.

de pensar en la relación de democracia y violencia, esto corresponde a pensar a la Constitución en términos de Derecho Penal.

Conclusiones

No hay forma de que exista o se pueda hablar de democracia sin protesta; por ende, puede existir una real democracia constitucional cuando se pretende normalizar la declaración de estado de emergencia como mecanismo de control social. La protesta es el primer grito natural de todo ser humano en libertad al momento de nacer en una sociedad lesiva de derechos; así, no podemos olvidar que el rasgo constitutivo de la democracia no es el consenso sino el disenso, de ahí la fundamental importancia en saber administrar aquellos disensos.

La base de la democracia y los derechos fundamentales está en la relevancia del conflicto como expresión de crítica al poder delegado, he ahí el fundamento del deber público de la protesta. Si no se llega a disentir, no se permite la protección material de los derechos fundamentales ni el fortalecimiento de la democracia; por el contrario, se deja sin contenido legítimo al derecho y sin horizonte de sociedad participativa en la conformación material de los valores y principios constitucionales.

Finalmente, los límites al derecho de protesta como deber público no tienen que ver con la expresión de la viabilidad para la hostilidad institucional y la represión indebida; en cambio, tienen que ver con la expresión de deliberar sobre la democracia misma, la justicia, el fundamento de los derechos y la interpretación constitucional. Una deliberación —de índole judicial— no puede iniciar y culminar en la simple consigna de que “el derecho de uno termina donde empieza el de los demás” pues esta consigna no significa absolutamente nada; entonces, ¿Dónde radicaría el límite de inicio y fin del derecho en ejercicio?, ¿Acaso el inicio de ejercer los derechos sociales de uno no se realiza en la lógica del fin de los derechos del otro? No se puede cerrar el debate con dicha consigna y ponderar⁹ a capricho para sancionar el legítimo derecho de protestar como un deber público consignado frente a todo tipo de represión, como ocurre con la declaración de estado de emergencia y sus prórrogas inconstitucionales.

.....
9 Cfr. Sentencia del Expediente N° 00194-2009 (0163-2013). Fallo del Poder Judicial sobre sentencia Curva del Diablo. Corte Superior de Justicia de Amazonas, Perú, 22 de septiembre de 2016.

Referencias

- CIDH. (1995). Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV. Washington, Estados Unidos. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a12042.pdf>
- Comisión Interamericana de (CIDH). (2002). Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2002. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/indice.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2005) Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/indice2005.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2008). Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202008%201%20ESP.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2009). Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/indice2009.htm>
- Constitución de la República del Perú. Congreso Constituyente Democrático, 29 de diciembre de 1993. Recuperado de <http://www2.congreso.gob.pe/sicr/RelatAgenda/constitucion.nsf/NumArticulos/200?openDocument>
- Gargarella, R. (2005). *El derecho a la protesta: el primer derecho*. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.
- Global Witness. (2016). *En Terreno Peligroso*. Global Witness. Recuperado de <https://www.globalwitness.org/en/reports/terreno-peligroso/>
- Opinión Consultiva OC-5/85. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, Corte IDH, Costa Rica, 13 de noviembre de 1985. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf.
- Pacto de San José, Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH]. Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos (B - 32), San José, Costa Rica, 22 de

noviembre de 1969. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Sentencia Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. CIDH, 2 de julio de 2004. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

Sentencia Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. CIDH, 26 de mayo del 2010. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf

Sentencia del Expediente N° 00194-2009 (0163-2013). Fallo del Poder Judicial sobre sentencia Curva del Diablo. Corte Superior de Justicia de Amazonas, Perú, 22 de septiembre de 2016. Recuperado de http://www.aidesep.org.pe/wp-content/uploads/2016/09/Fallo_Bagua_Caso_Curva_del_Diablo.pdf

Sentencia del Tribunal Constitucional STC Exp N° 00017-2003-AI/TC. Defensoría del pueblo, Lima, 16 de marzo del 2004. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00017-2003-AI.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional STC Exp. N° 4677-2004-PA/TC. Tribunal Constitucional, Lima, 07 de diciembre del 2005. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04677-2004-AA.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional STC Exp. N° 00895-2001-AA/TC. Tribunal Constitucional, 19 de agosto del 2002. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00895-2001-AA.pdf>

Capítulo XII

Derechos Humanos de niñas, niños y adolescentes en contexto de migración

Ricardo Marcelo Tahhan¹

Introducción

¹ Abogado, Universidad Nacional de Tucumán. Especialista en Gestión Pública, Universidad Nacional de Santiago del Estero. Magíster en Administración Pública, Universidad Nacional de Santiago del Estero. Se desempeña como Secretario Judicial del Excelentísimo Superior Tribunal de Justicia del Poder Judicial de la Provincia de Santiago del Estero. Profesor Adjunto de la Cátedra de Derecho Internacional Público en la Facultad de Ciencias Políticas Sociales y Jurídicas en la Universidad Católica de Santiago del Estero. Profesor Adjunto de la Cátedra de Derechos Humanos en la Facultad de Ciencias Políticas Sociales y Jurídicas en la Universidad Católica de Santiago del Estero.

Los niños, niñas y adolescentes han estado presentes históricamente en los movimientos migratorios internacionales. En las últimas décadas se observa no sólo un aumento de la presencia de menores en los flujos migratorios sino, también, nuevas características y modalidades que asumen estos desplazamientos, muchas de las cuales acentúan los riesgos, la desprotección, y la violación de sus Derechos Humanos fundamentales (Ortiz, 2014).

Las niñas, niños y los adolescentes se han transformado en un nuevo actor de los fenómenos migratorios contemporáneos a escala global y dentro de la región latinoamericana; sin embargo, lo que denominamos infancia migrante no es un grupo homogéneo pues en esta categoría podríamos incluir a las niñas y a los niños que participan en las migraciones familiares, nacen en los países de destino, viven una filiación transnacional, proyectos

migratorios autónomos [no acompañados] o retornan a sus países de origen, entre otras (Cernadas y Salas, 2014).

Alcances de la ponencia

El propósito de la presente ponencia es el de analizar algunas de las principales relaciones entre migración, infancia y adolescencia desde una perspectiva de derechos. Así, se hace en una primera parte una breve revisión de la migración, marco desde el cual se aborda específicamente la migración de niñas, niños y adolescentes; en la segunda parte, se realiza una reseña de los instrumentos multilaterales más relevantes del marco internacional de los Derechos Humanos, dado que de ellos emanan los derechos de los niños/as y adolescentes migrantes —como titulares de los derechos inherentes a todas las personas y los específicos en razón de su condición de niños— y se introducen los principios jurídicos de Derechos Humanos que los Estados deben observar en todo momento, además, se puntualizan las obligaciones de los Estados en relación a los derechos de la niñez migrante y/o en necesidad de protección internacional².

Revisión de la migración internacional

La migración forma parte de la historia del ser humano desde sus orígenes; por lo tanto, la movilidad de las personas de una ciudad o región a otra dentro de un mismo país, o entre las fronteras de los países y regiones del mundo no es un fenómeno reciente. En toda la historia de la humanidad, en mayor o menor medida y bajo condiciones que pueden ser analizadas a partir de múltiples variables, los seres humanos han migrado. A saber, las diferentes formas que adoptan las migraciones pueden definirse —según Lelio Mármora (2002)— a partir de múltiples criterios, destacándose:

a) Direccionalidad. Ya sea que se trate de emigración o inmigración..

b) Tipo de migración. Pueden ser forzadas, como ocurre con los refugiados —[asilados—]; o pueden ser voluntarias. Específicamente, la migración voluntaria sucede por la voluntad de la persona que migra, en el ejercicio de su derecho a la libertad de tránsito y al cambio de residencia; mientras que, la migración forzada abarca aquellas situaciones en las que la persona se ha visto forzada a migrar porque su vida, integridad o libertad han sido

.....
2 Cfr. Consejo nacional de la infancia. Un nuevo Estado para las Niñas, Niños y Adolescentes. (2016). Niñas, niños y Adolescentes Migrantes. Propuestas Mesa Técnica. Documento de Trabajo 4. Gobierno de Chile.

amenazadas como consecuencia de diversas formas de persecución —por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas—, por el conflicto armado, la violencia generalizada, las violaciones de los Derechos Humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público —desastres naturales o aquellos provocados por el ser humano, entre otras causas—. Estas migraciones forzadas se clasifican en dos grandes categorías: los desplazados internos y los que cruzan las fronteras [refugiados].

- c) **Territorialidad.** De acuerdo con este criterio, las migraciones pueden ser internas o externas [internacionales].
- d) **Temporalidad.** La permanencia del migrante en el país receptor puede ser transitoria, por tiempo previamente determinado o permanente.
- e) **Legalidad.** Este factor tiene relación con la situación legal del migrante en el país de acogida; es decir, determinar si su residencia se ajusta o no a las normas internas, si tiene documentación emitida por el organismo respectivo que legalice su situación migratoria.
- f) **Calificación.** Distingue a las migraciones en función de la capacitación del migrante entre laboral o económica; por lo que, encontramos la mano de obra calificada y no calificada. (Cfr. Di Tella, Gajardo y Gamba, 2001, p. 460).

Una distinción necesaria: migrantes, refugiados, desplazados internos y apátridas

La Organización Internacional para las Migraciones³ define al migrante como cualquier persona que se desplaza o se ha desplazado a través de una frontera internacional o dentro de un país, fuera de su lugar habitual de residencia habitual, independientemente

.....

3 La OIM es, actualmente, la principal organización que trabaja conjuntamente con migrantes, gobiernos y otros organismos internacionales, regionales y no gubernamentales con el fin de atender a las necesidades y desafíos de la migración. Como antecedente inmediato de la OIM citamos al Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas (CIME), que fue creado en 1951 con el objeto de prestar asistencia a los refugiados, desplazados y migrantes europeos para su “reasantamiento” en ultramar. A saber, en 1980 el CIME pasó a ser el Comité Intergubernamental para las Migraciones (CIM) pues se reconoce su creciente labor de alcance mundial; así, en 1989 el CIM se convirtió en la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Actualmente, la OIM cuenta con 90 Estados miembros [de todas partes del mundo] y treinta y seis Estados con estatuto de observador; y, tiene su sede en Ginebra.

te de: 1) su situación jurídica; 2) el carácter voluntario o involuntario del desplazamiento; 3) las causas del desplazamiento; o 4) la duración de su estancia.

El término “migrante internacional” se utiliza para referirse a toda persona que se encuentra por fuera del Estado del cual es nacional; por ejemplo, el migrante internacional laboral o económico es toda persona que traspasa las fronteras de su país de origen para establecerse —en forma temporal o definitiva— en otro país de su elección, al que denominaremos receptor. Los motivos de la decisión de emigrar pueden ser numerosos, pero el componente que no falta es la necesidad de mejorar las condiciones económicas, laborales y de vida del migrante o del grupo familiar. También, el término “migrante interno” se refiere a toda persona que se encuentre dentro del territorio del cual es nacional, pero por fuera del lugar en el que nació o donde reside habitualmente.

Para la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados, un refugiado es una persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él (Cfr. 1951, Cap. 1, art. 1). La Declaración de Cartagena sobre los Refugiados contiene una definición más amplia que las del Convenio de 1951 y la del Estatuto del ACNUR; dicha definición se encuentra inspirada principalmente en el precedente de la Convención de la OUA, en ella se considera refugiados a las personas que “han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los Derechos Humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público” (1984, Tít. III, par. 3).

Los desplazados internos son, a menudo, mal llamados refugiados; a diferencia de estos, los desplazados internos no han cruzado una frontera internacional para buscar seguridad sino, que han permanecido en sus propios países. Incluso, si han huido por las mismas razones que los refugiados [conflicto armado, violencia generalizada, violaciones de Derechos Humanos, entre otras razones], los desplazados están legalmente bajo la protección de su propio gobierno —aun cuando el gobierno pueda ser la causa de su huida—; así, como ciudadanos, mantienen todos sus derechos y protección que contemplan tanto las normas de Derechos Humanos como el Derecho Internacional Humanitario.

En favor de las personas desplazadas se invocan los Principios Rectores de los desplazamientos internos de la ONU; estos principios recogen muchos de los más importantes principios de protección internacional aplicados a los desplazados internos. Los Principios reflejan los Derechos Humanos y el derecho humanitario internacional, con los que se avienen y se inspiran en elementos pertinentes del derecho de los refugiados. Estos cubren todas las fases del desplazamiento interno e intentan dar pautas a los Estados, a los actores no estatales, a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales.

Por otro lado, un apátrida es una persona a quien ningún Estado reconoce como nacional suyo; por ende, al no contar con nacionalidad, no está protegida por ninguna legislación nacional y, por lo tanto, es vulnerable ante situaciones que la mayoría nunca ha considerado. Las posibles consecuencias de la apatridia son profundas y afectan a todos los aspectos de la vida; ya sea por consecuencia de los conflictos armados, de la modificación de fronteras o de la manipulación de las leyes e instrumentos que administran la sociedad moderna, los apátridas no son deseados ni bienvenidos y quedan excluidos de la sociedad por fuerzas ajenas a su control. Ellos no sólo forman parte del grupo de personas más desprotegidas y marginadas del mundo sino, también, de las más invisibles. Al respecto, Hannah Arendt en *Los orígenes del totalitarismo*⁴ sostuvo que, quitarle la nacionalidad a una persona y convertirle en apátrida, equivale a quitarle la vida; puesto que, es como regresar al mundo primitivo de los hombres de las cavernas o los salvajes, podrían vivir y morir sin dejar rastro.

Principales definiciones relacionadas con la niñez migrante

A continuación se presentan las principales definiciones relacionadas con la niñez y adolescencia migrante⁵. Categorizar a la niñez y adolescencia migrante en alguna de las situaciones arriba mencionadas tiene como propósito conocer mejor sus necesidades y las características particulares de la situación que rodea la migración. No obstante, se debe enfatizar que una misma persona menor de edad puede ubicarse en más de una

4 Los orígenes del totalitarismo es un libro de Hannah Arendt que describe y analiza los dos movimientos totalitarios más importantes del siglo XX: el nazismo y el estalinismo. Fecha de publicación original: 1951; Editorial: Schocken Books

5 Siguiendo la Convención sobre los Derechos del Niño, se entiende por “niño”, o “persona menor de edad” toda persona menor de 18 años. Además se diferencia entre niñez (período que llega hasta los 12 o 13 años, dependiendo de lo establecido por la legislación nacional) y adolescencia (período que va de los 12 o 13 años hasta los 18 años).

de esas categorías, lo cual obliga a optar por una visión holística que tenga como propósito fundamental la garantía de los derechos de la niñez y adolescencia.

Las definiciones se formulan conforme el Estudio elaborado por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) Oficina Regional, Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) Oficina para Costa Rica y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) Oficina para Centroamérica, Haití, Panamá y República Dominicana en Mayo del 2013.

Migración: movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluye migración de refugiados, personas desplazadas, personas desarraigadas, migrantes económicos.

Migración irregular: personas que se desplazan al margen de las normas de los Estados de envío, de tránsito o receptor. No hay una definición universalmente aceptada y suficientemente clara de migración irregular. Desde el punto de vista de los países de destino significa que es ilegal el ingreso, la estadía o el trabajo, es decir, que el migrante no tiene la autorización necesaria ni los documentos requeridos por las autoridades de inmigración para ingresar, residir o trabajar en un determinado país. Desde el punto de vista de los países de envío la irregularidad se observa en los casos en que la persona atraviesa una frontera internacional sin documentos de viaje o pasaporte válido o no cumple con los requisitos administrativos exigidos para salir del país.

Niño/a migrante: no está definida como tal en los instrumentos internacionales. Se los considera respecto a la definición de migrante una categoría distintiva en razón de la edad, de acuerdo con la definición de niño contemplada en la Convención de los Derechos del Niño. Combinando ambas definiciones, los niños y niñas migrantes serían los menores de dieciocho años, que se encuentran fuera de su país de origen, bajo la jurisdicción de un Estado del cual no son nacionales, o en su caso, que no corresponde a su residencia habitual.

Niños, niñas y adolescentes no acompañados: quienes están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad.

Niños, niñas y adolescentes separados: quienes están separados de ambos padres o tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes.

Niños, niñas y adolescentes refugiados: que han sido obligados a salir de su país de nacionalidad o de residencia habitual debido a fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas y no puedan o, a causa de dichos temores, no quieran acogerse a la protección de tal país. O bien que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los Derechos Humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Niños, niñas y adolescentes solicitantes de la condición de refugiado (o solicitantes de asilo): que buscan protección internacional, ya sea individualmente o como parte de un grupo. Son considerados solicitantes de asilo aquellos a las cuales aún no se les ha dado una resolución firme respecto al reconocimiento de la condición de refugiado.

Niños, niñas y adolescentes en condiciones de explotación laboral: quienes no han alcanzado la edad mínima de admisión al trabajo, a la luz del Convenio sobre la edad mínima (núm. 138), 1973, de la OIT y la legislación nacional. También comprende a personas adolescentes cuyo trabajo está al margen del régimen especial de protección establecido en las legislaciones nacionales. Finalmente, comprende a cualquier persona menor de 18 años que realiza alguna de las peores formas de trabajo infantil definidas por el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, (núm. 182), 1999, de la OIT, así como por la legislación nacional

Niños, niñas y adolescentes víctimas de trata: Según el artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se define la trata de personas como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. Es importante enfatizar que al tratarse de “niños” (personas menores de 18 años) no es preciso recurrir a medios coercitivos para que se configure la trata de personas y el consentimiento de la víctima es irrelevante.

Doble vulnerabilidad de niñas, niños y adolescentes migrantes

Como ha recordado el Comité de los Derechos del Niño, las obligaciones del Estado en virtud de la CDN se aplican con referencia a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren dentro de su territorio y a los que estén por otro concepto sujetos a su jurisdicción. Estas obligaciones a cargo del Estado no pueden ser arbitrarias y unilateralmente recortadas y deben ser aplicadas dentro de las fronteras del país, incluso con respecto a los niños que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional. Por tanto, el disfrute de los derechos estipulados en la CDN no está limitado a los niños que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la CDN, son también aplicables a todos los niños, sin excluir a los niños y niñas solicitantes de asilo, refugiados, migrantes y víctimas de trata de personas o tráfico ilícito de migrantes. Se busca, en otras palabras, el generar un marco de protección en el que el “ser niño” prime sobre el hecho de ser “migrante”, “refugiado” o “víctima de trata de personas o tráfico ilícito de migrantes”, generando así un marco regulatorio de la migración en concordancia con el principio de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes⁶.

Principios jurídicos para garantizar los derechos de la infancia y adolescencia migrante

Los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes afectados por la migración están protegidos por la Convención sobre los Derechos del Niño [CDN], así como por el conjunto de tratados internacionales de Derechos Humanos; estos tratados deben ser cabalmente cumplidos por los Estados Parte, independientemente del estatus migratorio del niño, su origen, su nacionalidad o su edad pues en ellos se establecen principios jurídicos para garantizar sus derechos. Así, aquellos principios deben ser observados por los Estados Parte y tomados en cuenta para el diseño de políticas públicas, programas y, en especial, en todas las acciones relacionadas con la migración y la infancia; estos son:

- a) **Principio de interés superior del niño.** De acuerdo con el artículo 3 de la CDN (1989), en todas las medidas concernientes a los niños —que tomen las

6 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR Organización Internacional para las Migraciones, OIM. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF (2012). *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos.* ..

instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos— es preciso atender a la consideración primordial del interés superior del niño. Aquí, se enfatiza la condición del niño como sujeto con opiniones y sentimientos propios, derechos civiles y políticos; a la vez, que se le reconoce como beneficiario de protecciones especiales.

Como ha señalado el Comité de los Derechos del Niño en el párrafo 6 de su observación general núm. 14 (1989), el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se tenga en cuenta es un derecho sustantivo; es decir, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento que se aplica a los niños como individuos y como grupo. En el contexto de la migración el interés superior del niño, también, debe estar en el fundamento de la toma de decisiones concernientes a los niños, las niñas y los adolescentes; de manera que, todos sus derechos sean garantizados independientemente de su nacionalidad o del estatus migratorio propio o el de sus padres.

- b) Principio de no discriminación.** Este principio obliga al Estado a respetar y garantizar los derechos de cada niño sujeto a su jurisdicción, independientemente de la raza, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales (Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 2); así, el Estado debe tomar las medidas necesarias para proteger a los niños y a las niñas contra toda forma de discriminación.

Los Comités recomiendan a los Estados Partes adoptar medidas adecuadas para combatir la discriminación por cualquier motivo y proteger a los niños frente a formas de discriminación múltiples y concomitantes a lo largo del proceso de migración, también, en el país de origen y al regresar a él, o como consecuencia de su situación de residencia.

- c) Derecho a la participación.** El derecho a la participación está compuesto por el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan (Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 12; pár. 1); es decir, también el derecho a la información (Cfr. Convención sobre

los Derechos del Niño, 1989, arts. 13 - 17), a la asociación y a la reunión, así como a participar en los procedimientos que le conciernen.

El Comité de los Derechos del Niño en su observación general núm. 12 subraya que, en el contexto de la migración internacional deben aplicarse medidas adecuadas para garantizar el derecho del niño a ser escuchado, ya que los niños que llegan a un país pueden encontrarse en una situación especialmente vulnerable y desfavorecida; por ese motivo, es fundamental aplicar medidas para realizar plenamente su derecho a expresar sus opiniones sobre todos los aspectos que afectan sus vidas, esto como parte integrante de los procedimientos de inmigración y asilo con el objeto de que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta.

Además, los Estados deben adoptar medidas destinadas a empoderar a los niños afectados por la migración internacional para que participen en diferentes niveles mediante consultas, colaboraciones e iniciativas dirigidas por niños; y, también, a garantizar que las organizaciones de la sociedad civil —incluidas las asociaciones de niños y las organizaciones dirigidas por estos— puedan participar de manera efectiva en los diálogos y procesos en materia de políticas sobre la infancia en el contexto de la migración internacional —en los planos local, nacional, regional e internacional—.

d) *El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo.*

Otro de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en la Convención sobre Derechos del Niño es el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo —incluido el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social (Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 6)—. Algunas situaciones asociadas a la migración como, por ejemplo, la separación de la familia, la trata, el tráfico de personas o la explotación laboral, no solamente afectan el desarrollo de los niños sino, también, los deja desprotegidos; e, incluso, ponen en riesgo su vida.

e) *Principio de unidad familiar: no separación y reunificación familiar.*

El preámbulo de la CDN afirma que la familia es el “medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños” (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989); en este sentido, reconoce

que “para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, el niño debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, Preámbulo).

La familia es el primer entorno de protección de derechos de los niños pues, en su seno se sientan las bases para su pleno desarrollo emocional, físico, cognitivo y social; por ello, el Estado debe protegerla. El artículo 9 de la CDN consagra dos principios fundamentales relacionados con la unidad familiar: en primer lugar, establece que el niño o la niña deben permanecer con sus padres, excepto cuando dicha permanencia sea contraria al interés superior del niño; en segundo lugar, reconoce el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres.

f) Principio de no devolución.

En cumplimiento de las obligaciones resultantes de la CDN y, particularmente, en atención al principio de no devolución: “el Estado no trasladará al niño, la niña o el adolescente a un país donde haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable que los afecte, como por ejemplo, tortura, tratos degradantes y privación de libertad” (Naciones Unidas, 2005, p. 10).

Obligaciones de los Estados, en relación a niñas y niños en contexto de migración y/o necesitados de protección internacional. Garantías del debido proceso

De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el debido proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acción del Estado que pueda afectarles. Los órganos estatales involucrados en un proceso, ya sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, deben respetar el debido proceso legal. Teniendo en cuenta lo anterior, debe garantizarse a la niñez migrante el derecho de:

- a) Acceder al territorio, cualquiera que sea la documentación que posean o de la que carezcan, y ser remitidos a las autoridades encargadas de evaluar las necesidades de protección de sus derechos, sin merma de las garantías procesales.

- b) Ser notificados de la existencia de un procedimiento y de la decisión adoptada en el contexto de los procedimientos de inmigración y asilo; también, de sus implicaciones y de las posibilidades de recurso.
- c) Contar con un funcionario o juez especializado que se ocupe del procedimiento de inmigración y poder realizar en persona cualquier entrevista con profesionales formados en la comunicación con niños.
- d) Ser oídos y participar en todas las fases de los procedimientos y disponer de la asistencia gratuita de un traductor o intérprete.
- e) Tener acceso efectivo a la comunicación con funcionarios consulares y recibir asistencia consular, así como protección consular de sus derechos adaptada a las necesidades de la infancia.
- f) Contar con la asistencia de un procurador que tenga formación y experiencia en la representación de niños en todas las fases de los procedimientos y comunicarse libremente con su representante; igualmente, tener acceso a asistencia letrada gratuita.
- g) Conseguir que se considere una prioridad en la aplicación de medidas y procedimientos relacionados con la infancia; y, también, disponer de tiempo suficiente para preparar esos procedimientos y contar con todas las garantías procesales.
- h) Recurrir a la decisión ante un tribunal superior o a una autoridad independiente, con efecto suspensivo.
- i) En el caso de niños no acompañados y separados de sus familias, recibir el nombramiento de un tutor competente lo antes posible, que sirva de garantía procesal básica para el respeto de su interés superior.
- j) Ser plenamente informados durante todo el procedimiento, junto con su tutor y asesor jurídico; y recibir, también, información sobre sus derechos y cualquier otra información que pueda afectarles.

Derechos a garantizar

Derecho a un nombre, a una identidad y a una nacionalidad (artículo 29 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño)

La falta de inscripción de los nacimientos puede tener repercusiones negativas en el disfrute de los derechos de los niños, tal como ocurre en: el matrimonio infantil, la trata de niños, los reclutamientos forzados y el trabajo infantil. Las inscripciones de los nacimientos también pueden contribuir a lograr la condena de quienes hayan maltratado a un niño; mientras que, los niños no inscritos en un registro corren especial riesgo de convertirse en apátridas cuando han nacido de padres que se encuentran en una situación migratoria irregular debido a los obstáculos existentes en la adquisición de la nacionalidad en el país de origen de los padres y, también, de poder inscribirse en el registro y recibir la nacionalidad en su lugar de nacimiento.

a) Derecho a una nacionalidad y salvaguardias contra la apatridia

El artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño hace hincapié en la prevención de la apatridia especificando que, los Estados Partes velarán por la aplicación de los derechos del niño a ser inscrito en el registro, tener un nombre, adquirir una nacionalidad y conocer a sus padres y ser cuidado por ellos. Se consagra el mismo derecho para todos los hijos de trabajadores migratorios en el artículo 29 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

b) Derecho a la protección contra la explotación económica, incluidos los trabajos prematuros y peligrosos, a condiciones de empleo y a la seguridad social (artículos 25, 27, 52, 53, 54 y 55 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 26 y 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño)

Los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas y administrativas oportunas, teniendo en cuenta una dimensión de género, para regular y proteger el empleo de los niños migrantes en lo que respecta a la edad mínima para trabajar y los trabajos peligrosos.

c. Derecho a un nivel de vida adecuado (artículo 45 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño)

Los Estados deben garantizar que los niños que se encuentran en el contexto de la migración internacional tengan un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, psíquico, espiritual y moral; tal como está previsto en el artículo 27, párrafo 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, los Estados —de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios— adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables del niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo —en particular, con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda—.

d. Derecho a la salud (artículos 28 y 45 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 23, 24 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño)

Los Comités reconocen que la salud tanto física como mental de un niño puede verse afectada por diversos factores —incluidos factores determinantes estructurales, como: la pobreza, el desempleo, la migración y los desplazamientos de población, la violencia, la discriminación y la marginación—; también, son conscientes de que los niños migrantes y los refugiados pueden experimentar graves tensiones emocionales y tener necesidades de salud mental especial y a menudo urgente. Todos los niños migrantes deben tener el mismo acceso que los nacionales a la atención de la salud, sea cual fuere su situación migratoria; esto comprende todos los servicios de salud —ya sean preventivos o terapéuticos— y a la atención mental, física o psicosocial que se presta en centros sociales o en instituciones de asistencia sanitaria.

e. Derecho a la educación y la formación profesional (artículos 30, 43 y 45 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 28, 29, 30 y 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño)

Todos los niños en el contexto de la migración internacional —independientemente de su situación— tendrán pleno acceso a todos los niveles y a todos los aspectos de la educación —incluida la educación para la primera infancia y la formación profesional— en condiciones de igualdad con los nacionales del país en el que vivan; esta obligación implica que los Estados deben garantizar la igualdad de acceso a una

educación inclusiva y de calidad para todos los niños migrantes, cualquiera que sea su situación migratoria. Los niños migrantes deben disponer de programas de aprendizaje alternativos cuando sea necesario, participar plenamente en los exámenes y recibir certificados de sus estudios.

f. La niñez migrante en el Sistema Universal de Derechos Humanos

En las últimas décadas los niños y las niñas han sido objeto de una creciente protección por parte del derecho internacional de los Derechos Humanos; los Derechos Humanos se aplican a todos los grupos de edad. Si bien los niños y niñas tienen los mismos Derechos Humanos al igual que los adultos, también, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad; por ello, requieren de derechos concretos que reconozcan sus necesidades de protección especial.

Instrumentos de protección

a. La Convención sobre los Derechos del Niño

El principal instrumento internacional de protección de los derechos de la infancia es la Convención sobre los derechos del niño [CDN], adoptada en 1990 y ampliamente ratificada; esta define el enfoque de protección integral de la infancia. De allí, se deriva un conjunto de obligaciones específicas y complementarias para los Estados Parte que busca proteger todos los derechos reconocidos de los niños y de las niñas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Ello, evidentemente, incluye a los niños y niñas migrantes, así como a los hijos e hijas de migrantes pues la condición migratoria de ambos resulta irrelevante a los efectos de dar cumplimiento a las exigencias de la CDN.

b. La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares [CTM] constituye el principal instrumento internacional de protección de los derechos de las personas migrantes; fue aprobada en 1990, pero entró en vigor en el 2003. En virtud de la CTM se podría afirmar que, niño o niña migrante es toda persona menor de 18 años que se encuentre fuera del Estado del cual es nacional con la intención o necesidad de residir allí o en otro Estado al cual se dirige, o que encontrándose en el país del que es nacional o residente podría

migrar en un futuro cercano; esta interpretación reafirma que la configuración de una persona como niño o niña migrante significa una doble protección, dada su condición de niño y de migrante.

Es preciso comprender que la Convención no crea nuevos derechos para los migrantes —incluyendo a los niños y niñas— sino que, busca garantizar el trato igualitario y las mismas condiciones, “Todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad” (Resolución 45/158, Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 1990, art. 29).

Otros Instrumentos Internacionales cuyas disposiciones se aplican a la niñez migrante

Además de los dos instrumentos internacionales que regulan de forma específica los derechos de los niños y las niñas —la Convención sobre los derechos del niño y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares—, existen otros tratados internacionales de Derechos Humanos cuyas disposiciones también se aplican a los niños y a las niñas migrantes en tanto seres humanos.

a. Observaciones generales conjuntas del Comité de Derechos del Niño y del Comité de Trabajadores Migratorios y de sus familiares de Naciones Unidas⁷

Se refieren a los principios generales relativos a los Derechos Humanos de los niños y de las niñas en el contexto de la migración internacional y, también, a las obligaciones de los Estados en materia de derechos Humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno. Los dos Comités de las Naciones Unidas han unido esfuerzos para establecer estándares sobre un tema tan complejo como la migración y sus impactos en los derechos de los niños y las niñas; tal como lo precisa la OG n°3 y 22, estos documentos tienen

7 Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional; Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; y, Observación general conjunta y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.

como objetivo guiar a los Estados para el cumplimiento de las dos Convenciones —la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares— en lo que se refiere a la protección y garantía de los derechos de los niños y las niñas en contexto de movilidad. En los estándares resaltantes de estas 2 OGs:

- Se reitera el principio por el cual los niños y las niñas en contexto migratorio deben ser tratados ante todo como niños y niñas. No debe importar su condición migratoria o la de sus padres.
- Se recuerda que, de acuerdo con la Convención sobre Derechos del Niño, un niño o una niña lo es hasta sus 18 años. Para la determinación de la edad, los Estados no deben usar pruebas médicas basadas en exámenes dentarios u óseos.
- Los Estados nunca pueden detener a un niño o una niña por motivos migratorios; por lo tanto, se establece a la detención como último recurso posible y sólo aplicable en caso de motivos penales.
- Las instituciones de protección a la infancia deben ser las responsables en materia de niños y niñas en el contexto de migración. Cuando los niños o las niñas son identificados por parte de instituciones migratorias deben ser inmediatamente referidos a las autoridades de infancia competentes.
- Las obligaciones de los Estados se aplican dentro de su jurisdicción; lo que incluye a los niños y las niñas que todavía no han entrado al territorio. Aquí, se entiende que las zonas internacionales de los aeropuertos forman parte de la jurisdicción de los Estados y, por lo tanto, los Estados deben cumplir con sus obligaciones de respeto y garantía a los derechos de estos niños y niñas.
- Las políticas públicas deben ser interinstitucionales; es decir, que las políticas en materia de salud, educación, justicia, migración y género en todos los niveles [nacional, regional y local] deben incluir a la niñez en contexto de migración. Por lo tanto, las dos OGs incluyen a lo largo de las directrices y estándares consideraciones de género y de discapacidad.
- Reconocen: los efectos de la falta de canales de migración regular; las políticas restrictivas migratorias y de asilo; la expulsión y detención por motivos

migratorios en la migración de niños y niñas, así como de sus familiares en condiciones peligrosas que pueden generar situación de violencia y abuso en los países de tránsito y destino. Por ello, se establecen mecanismos para evitar la apatridia.

b. Pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular

Los Jefes de Estado y de Gobierno y Altos Representantes, reunidos en Marruecos los días 10 y 11 de diciembre de 2018 —reafirmando la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes— y decididos a contribuir de manera importante a la mejora de la cooperación sobre la migración internacional en todas sus dimensiones, aprobaron el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular.

El Pacto Mundial presenta un marco de cooperación no vinculante jurídicamente que se basa en los compromisos acordados por los Estados Miembros en la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. Su propósito es fomentar la cooperación internacional sobre la migración entre todas las instancias pertinentes —reconociendo que ningún Estado puede abordar la migración en solitario— y respetar la soberanía de los Estados y sus obligaciones en virtud del derecho internacional.

Dicho pacto ofrece un panorama completo de la migración internacional y reconoce que es necesario aplicar un enfoque integral para optimizar los beneficios generales de la migración, abordando al mismo tiempo los riesgos y desafíos a los que se enfrentan las personas y las comunidades en los países de origen, tránsito y destino. Ningún país puede encarar los retos de este fenómeno mundial y aprovechar sus oportunidades en solitario. Con este enfoque integral, pretendemos facilitar la migración segura, ordenada y regular, reduciendo la incidencia de la migración irregular y sus efectos negativos mediante la cooperación internacional y una combinación de medidas expuestas en este Pacto Mundial

Este Pacto Mundial se basa en un conjunto de principios rectores, que son transversales e interdependientes, a saber:

- a) Centrarse en las personas.** El Pacto Mundial tiene una importante dimensión humana, que es inherente a la experiencia misma de la migración; por ello, promueve el bienestar de los migrantes y los miembros de las comunidades en los países de origen, tránsito y destino. Así pues, el Pacto Mundial se centra en las personas.

- b) Cooperación internacional.** El Pacto Mundial es un marco de cooperación no vinculante jurídicamente, que reconoce que ningún Estado puede abordar la migración en solitario por ser esta un fenómeno intrínsecamente transnacional que requiere cooperación y diálogo a nivel internacional, regional y bilateral. Su autoridad dimana de su carácter consensuado, su credibilidad, su titularidad colectiva y el hecho de que su aplicación, seguimiento y examen sean conjuntos;
- c) Soberanía nacional.** El Pacto Mundial reafirma que los Estados tienen el derecho soberano a determinar su propia política migratoria y la prerrogativa de regular la migración dentro de su jurisdicción, de conformidad con el derecho internacional de los Derechos Humanos.
- d) Estado de derecho y garantías procesales.** El Pacto Mundial reconoce que el respeto del estado de derecho, las garantías procesales y el acceso a la justicia son fundamentales para todos los aspectos de la gobernanza migratoria.
- e) Desarrollo sostenible.** El Pacto Mundial se basa en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, en la que se reconoce que la migración es una realidad pluridimensional de gran pertinencia para el desarrollo sostenible de los países de origen, tránsito y destino que exige respuestas coherentes e integrales.
- f) Derechos Humanos.** El Pacto Mundial se basa en el derecho internacional de los Derechos Humanos y defiende los principios de no regresión y no discriminación; entonces, la aplicación del Pacto Mundial asegurará el respeto, la protección y el cumplimiento efectivos de los Derechos Humanos de todos los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, durante todas las etapas del ciclo de la migración. También, reafirmamos el compromiso de eliminar todas las formas de discriminación contra los migrantes y sus familias; tales como: el racismo, la xenofobia y la intolerancia.
- g) Perspectiva de género.** El Pacto Mundial garantiza que se respeten los Derechos Humanos de las mujeres, los hombres, las niñas y los niños en todas las etapas de la migración; además, que se comprendan y satisfagan adecuadamente sus necesidades específicas y que se los empodere como agentes de cambio. En este sentido, se incorpora la perspectiva de género.
- h) Perspectiva infantil.** El Pacto Mundial promueve las obligaciones jurídicas internacionales vigentes en relación con los derechos del niño, y defiende

el principio del interés superior del niño en todo momento como consideración primordial en cualquier situación que afecte a los menores en el contexto de la migración internacional —incluidos los menores no acompañados y separados—.

- i) **Enfoque pangubernamental.** El Pacto Mundial considera que la migración es una realidad pluridimensional que no puede ser abordada por un solo sector normativo del gobierno; por ende, para formular y aplicar políticas y prácticas migratorias eficaces es necesario adoptar un enfoque pangubernamental que asegure la coherencia normativa horizontal y vertical en todos los sectores y niveles del gobierno.
- j) **Enfoque pansocial.** El Pacto Mundial promueve una amplia colaboración entre múltiples interesados para abordar la migración en todas sus dimensiones mediante la inclusión de los migrantes, las diásporas, las comunidades locales, la sociedad civil, los círculos académicos, el sector privado, los parlamentarios, los sindicatos, las instituciones nacionales de Derechos Humanos, los medios de comunicación y otros interesados en la gobernanza migratoria.

La niñez migrante en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Si bien no existe un tratado específico sobre los derechos de niños y niñas migrantes en el ámbito interamericano, esta protección surge del artículo 7 de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre y del artículo 19 de la Convención americana sobre los Derechos Humanos [CADH]; estas garantías han motivado la producción de una amplia cantidad de informes por parte de CIDH, así como una vasta jurisprudencia por parte de la Corte IDH, e incluso la emisión de una Opinión Consultiva específica sobre el tema (Beltrán y otros, 2014).

La Convención Americana de Derechos Humanos consagra el deber estatal de respeto y garantía de los Derechos Humanos respecto de “toda persona que esté sujeta a la jurisdicción” (1969, Part. I; Cap. I, art. 1) del Estado de que se trate; es decir, que se encuentre en su territorio o que de cualquier forma sea sometida a su autoridad, responsabilidad o control —en este caso, al intentar ingresar al mismo y ello sin discriminación alguna por cualquier motivo de los estipulados en la citada norma (1969, Part. I; Cap. I, art.1.1) —; también, consagra el deber de supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención y expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a

la efectiva observancia de dichas garantías. (Cfr. Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, Part. I; Cap. I, art. 2), es decir, la obligación de adoptar medidas de protección a favor de toda niña o niño en virtud de su condición de tal: “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” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, Part. I; Cap. I, art. 19).

Los derechos de la niñez migrante en la jurisprudencia y en las Opiniones Consultivas de la Corte IDH

a. Corte IDH, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, OC 21/2014, Serie A N° 21, 19 de agosto de 2014

La OC-21/2014⁸ fue solicitada en 2011 por los países que, en ese entonces, conformaban el Mercado Común del Sur [MERCOSUR]; es decir: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Así, se propuso esclarecer cómo se deben articular las leyes y políticas migratorias con los sistemas de protección de los derechos de la niñez y, además, qué condición de vulnerabilidad debe primar: la condición de niño o la condición de migrante.

Partiendo de la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran las niñas y niños migrantes en razón de su edad y condición migratoria, la OC 21/2014 analiza con precisión los estándares, principios y obligaciones que los Estados deben implementar con el propósito de garantizar la protección integral de sus derechos, como también para asegurar el acceso a la justicia de estos y sus familiares en condiciones de igualdad; en este sentido, a lo largo del desarrollo de la OC 21/2014, el Tribunal va reafirmando —ya sea de manera general o en situaciones concretas— el principio central de que niños y niñas son titulares —además de los Derechos Humanos que corresponden a todas las personas— de derechos especiales adicionales al tratarse de personas que —en razón de su edad y su desarrollo físico y emocional— necesitan de protección especial. Por esto, la Corte determina la importancia del deber de los Estados de respetar los derechos y garantías de toda persona sujeta a su jurisdicción, sin discriminación en razón de su condición migratoria; por lo tanto, la OC 21/2014 se erige en una guía práctica, sencilla y sumamente detallada de las obligaciones de los Estados en la materia. En resumen, la Corte IDH opinó que (Cfr. Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, Obligaciones generales y principios rectores):

.....
8 La Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto del 2014 fue solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay.

1. Es niña o niño toda persona menor de 18 años de edad, y que los Estados deben priorizar el enfoque de los Derechos Humanos, desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y su desarrollo integral; estos deben primar sobre cualquier consideración de la nacionalidad o del estatus migratorio [Régimen Jurídico de la Infancia por sobre el Migratorio].
2. Los Estados se encuentran obligados a identificar a las niñas y niños extranjeros que necesiten de protección internacional dentro de sus jurisdicciones a través de una evaluación inicial, con el fin de proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado que sea necesario acorde a su condición de niña o niño [Protección Internacional].
3. Lo que debe regir en todo proceso migratorio, sea administrativo o judicial, que involucre a niñas o niños [Garantías del debido proceso]:
 - a) El derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio.
 - b) El derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado.
 - c) El derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales.
 - d) El derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete.
 - e) El acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular.
 - f) El derecho a ser asistido por un representante legal.
 - g) El deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados.
 - h) El derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada.
 - i) El derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos.
 - j) El plazo razonable de duración del proceso.

4. Utiliza una definición amplia de familia que no se restringe a la noción tradicional de familia biológica, sino que abarca también a otros, especialmente considerando el contexto migratorio en el cual los lazos familiares de un niño se pueden ver alterados. En aquellas situaciones en que el niño tiene la nacionalidad del país, gracias al principio *ius soli* — el cual otorga la nacionalidad del lugar de nacimiento— y los padres son sujetos de una posible expulsión, los Estados no pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo; debiendo tomar, así, otras medidas para que los padres permanezcan junto a sus hijos en el país de residencia [Derecho a la vida familiar].

Además de la citada opinión consultiva, en el ámbito de la Corte IDH existe un importante cúmulo de jurisprudencia que contribuye a establecer los estándares de protección de los derechos de los niños y las niñas migrantes en el ámbito del continente americano, a continuación veremos algunas sentencias destacadas.

b. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia del 8 de septiembre de 2005

Este caso trata de la responsabilidad internacional del Estado de la República Dominicana por la negación de la emisión de las actas de nacimiento a favor de dos niñas de ascendencia haitiana, vulnerando así un conjunto de derechos de estas menores. Considerando el derecho a la nacionalidad de los hijos de personas migrantes en la República Dominicana, la Corte consideró que:

- a) El estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos.
- b) El estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos.
- c) La condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad si no adquieren la del Estado en donde nacieron.

Finalmente, la Corte IDH estableció que el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos; y de forma contraria al interés superior del niño, incurriendo en un tratamiento discriminatorio. Esa condición determinó que las niñas estuviesen al margen del ordenamiento jurídico del Estado y fuesen mantenidas como apátridas, lo que las colocó en una situación de extrema vulnerabilidad en lo que respecta al ejercicio y goce de sus derechos.

c. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2013

En lo que respecta al procedimiento de expulsión de la familia Pacheco Tineo relacionado con la calidad de extranjeros en situación irregular, la Corte recordó la relación intrínseca que existe entre el derecho a la protección de la familia y los derechos de niñas y niños; en ese sentido, estimó que el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella —reconocido en el artículo 17 de la CADH— conlleva a que el Estado se encuentre obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños sino, también, a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por ello, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de este derecho pues, inclusive las separaciones legales del niño de su familia —que sólo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño— son excepcionales y, en lo posible, temporales.

Además, sostuvo que la participación de los niños adquiere especial relevancia cuando se trata de procedimientos que puedan tener carácter sancionatorio, en relación con una infracción al régimen migratorio, abiertos contra niños migrantes o contra su familia; ya que este tipo de procedimientos pueden derivar en la separación de la familia y en la consecuente afectación del bienestar de los niños. La Corte IDH consideró que los niños involucrados tenían derecho a que se protegieran de manera especial sus garantías del debido proceso y a la protección de la familia en los procedimientos administrativos que derivaron en su expulsión y en la de sus padres. En suma, la Corte advirtió que los niños debieron haber sido considerados parte interesada o activa por las autoridades en esos procedimientos, pues resultaba evidente que su conclusión o resultados podrían afectar sus derechos o intereses.

Reflexión final

Esta ponencia se propuso visibilizar los derechos de estos seres humanos doblemente vulnerables y buscó enfatizar la idea de que los niños, las niñas y los adolescentes migrantes se encuentran en una situación de doble vulnerabilidad, dada por la combinación de su condición de niños y su condición de migrantes; situación de doble vulnerabilidad que ha justificado una multiplicidad de instrumentos e iniciativas universales y regionales orientados a proteger a los niños y las niñas migrantes ante las amenazas al goce de sus Derechos Humanos, consolidando progresivamente su estatus de sujetos de derecho.

Referencias

Beltrão, J. F., de Brito Filho, M., Claudio, J., Gómez, I., y Pajares, E. (2014). *Derechos humanos de los grupos vulnerables. Guía Docente*. Barcelona, España: Universitat Pompeu Fabra.

Cernadas, P. C., García, L., y Salas, A. G. (2014). Niñez y adolescencia en el contexto de la migración: principios, avances y desafíos en la protección de sus derechos en América Latina y el Caribe. *REMHU. Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, 22(42), pp. 9-28.

Consejo nacional de la infancia. Un nuevo Estado para las Niñas, Niños y Adolescentes. (2016). *Niñas, niños y Adolescentes Migrantes. Propuestas Mesa Técnica. Documento de Trabajo 4*. Gobierno de Chile. Recuperado de http://www.creciendoconderechos.gob.cl/docs/4._Ninas_ninos_y_adolescentes_migrantes.pdf

Convención sobre el estatuto de los refugiados. Naciones Unidas, Ginebra, Suiza, 28 de julio de 1951. Recuperado de <https://www.acnur.org/5bo766944.pdf>

Convención sobre los Derechos del Niño. Unicef, 20 de noviembre de 1989. Recuperado de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Declaración de Cartagena sobre los Refugiados. Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá. Problemas Jurídicos y Humanitarios. Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984. Recuperado de <https://www.acnur.org/cartagena30/declaracion-de-cartagena-sobre-los-refugiados/#:~:text=Adoptada%20por%20el%20E2%80%9CColoquio%20Sobre,22%20de%20noviembre%20de%201984.>

Di Tella, T. S., Chumbita, H., Gajardo, P., & Gamba, S. (2001). *Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas*. Buenos Aires, Argentina: Emecé.

Opinión Consultiva OC-21/14, derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de agosto de 2014. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_esp.pdf

Ortiz, E. (2014). *Consejo nacional de la infancia. Un nuevo Estado para las niñas, niños y adolescentes*. Santiago de Chile, Chile: Ministerio Secretaria General de la Presidencia.

Pacto de San José, Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH]. Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos (B - 32), San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Resolución 45/158, Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1990. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>



AREANDINA
Fundación Universitaria del Área Andina