

Leonel Mauricio Peña Solano
José Alfonso Valbuena Leguízamo
Diana Patricia Arias Henao
Eliana Paola Galindo Buriticá
Emilio Ramírez Cuervo

Debates contemporáneos sobre derechos humanos

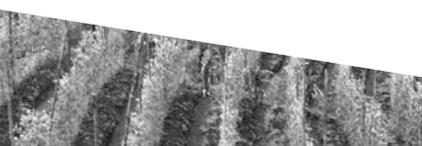


2015



UNIAGRARIA
Fundación Universitaria Agraria de Colombia

LA U VERDE
DE COLOMBIA



Debates contemporáneos sobre Derechos Humanos: Reflexiones sobre la Aplicabilidad de los Derechos Humanos a inicios del siglo XIX

Fundación Universitaria Agraria de Colombia - UNIAGRARIA –

Asamblea General

Teresa Escobar de Torres
Presidenta

Consejo Superior

Álvaro Zúñiga García
Presidente

Teresa Arévalo Ramírez
Teresa Escobar de Torres
Jorge Orlando Gaitán Arciniegas
Héctor Jairo Guarín Avellaneda
Emiro Martínez Jiménez
Álvaro Ramírez Rubiano

Rector

Jorge Orlando Gaitán Arciniegas

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Albino Segura Penagos

Autores

Leonel Mauricio Peña Solano
José Alfonso Valbuena Leguizamo
Diana Patricia Arias Henao
Eliana Paola Galindo Buriticá
Emilio Ramírez Cuervo

Compiladores

Albino Segura Penagos
José Alfonso Valbuena Leguizamo
Leonel Mauricio Peña

Dirección Editorial

Sandra Edith Nossa M.

Concepto Gráfico

Diseño, Composición e Impresión
Entrelibros e-book solutions
www.entrelibros.co

Diseñadora

Laura García Tovar

Diseño de portada

Gladys Carolina Chavez Caballero

ISBN: 978-958-59092-7-4

Como citar esta obra:

Peña S., L. M. (Comp.) (2015). *Debates Contemporáneos sobre Derechos Humanos. Reflexiones sobre la Aplicabilidad de los Derechos Humanos a Inicios del Siglo XXI*. Bogotá, D. C., Colombia: Fundación Universitaria Agraria de Colombia (Uniagraria).

Debates contemporáneos sobre Derechos Humanos: Reflexiones sobre la Aplicabilidad de los Derechos Humanos a inicios del siglo XIX by Universidad Agraria de Colombia –UNIAGRARIA is licensed under a Creative Commons Reconocimiento-NoComercialCompartirIgual 3.0 Unported License.

La publicación ‘Debates contemporáneos sobre Derechos Humanos: Reflexiones sobre la Aplicabilidad de los Derechos Humanos a inicios del siglo XIX’ es producto del área de investigación jurídica de la Universidad Agraria de Colombia -UNIAGRARIA- impreso bajo el ISBN 978-958-59092-7-4 digital con el ISBN 978-958-59092-8-1, en idioma Español. Es un producto editorial protegido por el Copyright © y cuenta con una política de acceso abierto para su consulta, sus condiciones de uso y distribución están definidas por el licenciamiento Creative Commons (CC).

Contenido

	INTRODUCCIÓN.....	5
	1. GLOBALIZACIÓN JURÍDICA Y PRODUCCIÓN DOGMÁTICA CRÍTICA: EN TORNO A LAS FIGURAS DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS	
	LEONEL MAURICIO PEÑA SOLANO.....	7
	2. LA MASACRE DE MAPIRIPÁN	
	DIANA PATRICIA ARIAS HENAO.....	51
	3. CONSIDERACIONES SOBRE LA VIOLACIÓN ‘LEGAL’ DE LOS DERECHOS HUMANOS POR MEDIO DE LA APLICACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA COMO ENMASCARAMIENTO DE LA PENA CRIMINAL	
	LEONEL MAURICIO PEÑA SOLANO.....	83
	4. VALOR JURÍDICO DEL PIDESC Y DE LAS OBSERVACIONES GENERALES DEL COMITÉ DESC EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS LATINOAMERICANOS	
	JOSÉ ALFONSO VALBUENA LEGUÍZAMO.....	101

5. **GENOMA Y DERECHOS HUMANOS**
ELIANA PAOLA GALINDO BURITICÁ 121
6. **EDUCACIÓN Y DERECHOS HUMANOS:
ANÁLISIS DE SU RELACIÓN DESDE
LA PERSPECTIVA DE “LOS CUATRO PILARES
DE LA EDUCACIÓN” DEL INFORME DE UNESCO**
EMILIO RAMÍREZ CUERVO 137

Introducción

Con el libro de varios autores titulado ‘Debates Contemporáneos sobre Derechos Humanos’, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Fundación Universitaria Agraria de Colombia da inicio a una serie de publicaciones enfocadas a reflexionar sobre la aplicabilidad de los derechos humanos (DD.HH.) en la actualidad.

Los aportes académicos aquí incluidos servirán para dilucidar algunas preguntas sobre *¿Cuáles son los bienes básicos de los que los individuos deben poder disfrutar?, ¿Quién es el depositario del poder?, ¿Cuáles son los límites de ese poder?, ¿Cuáles son los límites entre lo público y lo privado?, ¿Qué obligaciones se tienen para con los demás individuos?, o ¿Qué obligaciones tiene el Estado para con los particulares?’* (González, 2001) en la perspectiva de entender los DD.HH. como teoría de la justicia, que ofrece una respuesta a muchos de los principales interrogantes que plantea la convivencia humana en sociedad. En este sentido, las diferentes concepciones de los derechos humanos, remiten a hablar de los diferentes modelos de Estado y las diversas concepciones de justicia, lo cual pondría el asunto en el terreno de lo político o de la política.

Este debate, desde la doctrina universal de los DD.HH., ha sido obviado, por no decir ignorado, con el argumento (a nuestro modo de ver errático, pues no consulta la realidad que desconoce tales derechos) que señala a estos como garantía de los ciudadanos, que los Estados deben respetar independientemente del modelo económico y social dominante, del tipo de régimen o del

CAPÍTULO I

gobierno que subsista.

El profesor Leonel Peña expone en un primer texto acerca de la ‘Globalización jurídica y producción dogmática crítica: En torno a las figuras de control de convencionalidad y principio de complementariedad en los tribunales internacionales de los derechos humanos’. En un segundo texto hace un acercamiento sobre las ‘Consideraciones sobre la violación “legal” de los derechos humanos por medio de la aplicación de la detención preventiva como enmascaramiento de la pena criminal’.

El Dr. Alfonso Valbuena expone un análisis sobre el ‘Valor jurídico del PIDESC y de las observaciones generales del Comité DESC en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos’. La Dra. Diana Arias abordará el tema de ‘La masacre de Mapiripán’, hecho luctuoso que ocurriera en Colombia en julio de 1997 en el municipio Mapiripán, Departamento del Meta.

La profesora Paola Galindo relaciona la información genética con los derechos humanos en el trabajo ‘Genoma y derechos humanos’. Finalmente, el Dr. Emilio Ramírez abordará la problemática de la ‘Educación y derechos humanos: Análisis de su relación desde la perspectiva de “los cuatro pilares de la educación” del informe de la Unesco’.

Bienvenidas estas reflexiones sobre la aplicabilidad de los DD. HH. en la actualidad.



Globalización
jurídica y
producción
dogmática
crítica: en torno
a las figuras
de control de
convencionalidad
y principio de
complementariedad
en los tribunales
internacionales
de los derechos
humanos

Leonel Mauricio Peña Solano¹

La dogmática penal, acorde con los derechos humanos y los del Estado constitucional de derecho, debe asumir la función de reforzarlo en su permanente pugna con las pulsiones autoritarias y represivas que nunca desaparecen del todo en su propio seno.

Eugenio Raúl Zaffaroni²

- 1 Candidato a Doctor en Derecho y Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Magister en Derechos Humanos y Democratización de las Universidades Carlos III de Madrid y Externado de Colombia. Ex Magistrado Auxiliar de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Consultor Internacional. Ha sido docente en la Universidad Nacional de Colombia, Universidad del Rosario, Universidad Agraria de Colombia, Universidad Autónoma de Colombia, entre otras.
- 2 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La dogmática como racionalización peligrosa. En: VELÁSQUEZ, Fernando. POSADA, Ricardo. CADAVID, Alfonso. MOLINA, Ricardo. SOTOMAYOR, Juan Oberto. (Coords). Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro homenaje a Nodier Agudelo Betancur. Bogotá, D. C., Colombia: Ibáñez, 2013. Págs. 327–328.

Introducción

En el marco de desarrollo del derecho en la globalización, en tiempos de interconexión, comunidad, pluralismo y un ambiente generalizado en torno a la protección universal de los DD.HH. como base y fundamento de la ciencia jurídica, la producción normativa, la generación de una nueva cultura jurídica y, fundamentalmente, de concreción de los distintos modelos de Estado constitucional de derecho, pueden llegar a ser más intensas las dudas que las certezas acerca de lo tangible del camino que se pretende recorrer y de los efectos a producir.

Estas inquietudes, por el contrario de minar la posibilidad de construir una ciencia del derecho que responda a criterios de coherencia y razonabilidad, superado el paradigma formalista clásico y ubicándose en la naturaleza y volatilidad contemporánea, si no postmoderna, de las ciencias y los objetos de conocimiento, indica diferentes campos en los cuales ha de librarse la lucha conceptual, y por lo mismo jurídico-institucional, acerca del nuevo quehacer del derecho.

Entre los esfuerzos políticos y académicos implicados en esta dinámica se encuentra, por una parte, la centralidad de los desarrollos constitucionales o

³ El presente análisis está estructurado en tres partes de las cuales este escrito corresponde a la primera. Ésta discute, en el marco de desarrollo de las transformaciones contemporáneas del derecho, la posibilidad de desarrollar una “dogmática crítica” como herramienta metodológica de análisis y construcción del derecho en la postmodernidad, y su relación general con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el derecho internacional penal y los procesos de constitucionalización e internacionalización del derecho. La segunda parte indaga específicamente por la figura del control de convencionalidad de las leyes, y la tercera por el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional.

neoconstitucionales, según se mire, en la producción del derecho y la configuración de la base legitimante necesaria del modelo de Estado constitucional de derecho, lo cual tiene lugar en los cimientos de la consolidación de los Estados democráticos.

En segundo lugar, con especial desarrollo a partir del final de la segunda gran guerra, el papel protagónico de las cartas de derechos humanos, que transitaron rápidamente en la segunda mitad del siglo XX, desde las declaraciones de principios hacia los sistemas protección fundados en pactos vinculantes y mecanismos de tutela por vía judicial, incluido el desarrollo de una jurisdicción penal internacional para la persecución de las más graves violaciones de derechos que implican lesiones flagrantes a criterios de “humanidad”, y que hoy no sólo generan efectos en el ámbito internacional, sino que también proyectan su accionar a los Estados individualmente considerados.

Y, por último, las bases metodológicas de la producción de la ciencia jurídica, en mucho no por convicción, pero sí por las necesidades que implican la volatilización de sus elementos fundantes y la aparición de los elementos antes referidos, se debaten entre la tendencia a la más radical superficialidad (comparaciones normativas internacionales sin criterios de equiparación y análisis; formalismo reforzado desde la pura legalidad; análisis fundados exclusivamente en la utilidad de los efectos; generalizaciones globalizantes sin coherencia con las realidades locales, etc.) y la configuración de elementos críticos lejanos de los radicalismos como fundamento de una dogmática jurídica, a la medida de los nuevos tiempos, campos e interacciones.

Es en este sentido que puede afirmarse que resulta vano desarrollar análisis que estén fuera de su tiempo, de su propio contexto, sin embargo, esta afirmación resulta paradójica dado que las ciencias se debaten entre la futilidad de lo efímero y la recuperación del pasado, y a su vez, tal y como se enmarca en esta reflexión, en un campo multiforme y dinámicamente cambiante entre lo global y lo local, entre el ámbito del derecho internacional y la constitucionalización del derecho de los Estados.

Esta situación paradójica, y no otra, es lo que hoy, en términos de Bourdieu y Teubner (2000), configura el campo de lo jurídico, y en nuestra particular concepción, el campo del derecho de la postmodernidad; por lo cual será desde aquí, y no desde las particularidades de nuestros tiempos, que en todo caso allí están implicadas y serán verificadas en particular, que se indagará sobre nuestro objeto de investigación: la dinámica de glocalización del derecho.

Introducción sobre una “dogmática crítica”

Construir piezas que resulten relevantes para el derecho no es tarea fácil, aunque para algunos esta situación no les detiene al momento de escribir extensos tratados carentes de sentido o de fundamentación, que han hecho que la “dogmática jurídica” se convierta en una especie de campo propicio para los enciclopedismos y las compilaciones acríticas de documentos que tienen que ver con la legalidad, pero que no necesariamente constituyen el “derecho”.

Manuel Atienza (2008, p. 218), con particular sentido de la simplicidad y profundidad en sus escritos, plantea dos elementos de particular importancia; el primero de ellos, el que señala en su texto ‘Derecho y Argumentación’, acerca de cómo los pensadores contemporáneos del derecho, independientemente de cuál sea su vertiente (en el marco de la superación de la rigidez no matizada del Iusnaturalismo frente al Positivismo y el Realismo Jurídicos), reconocen la importancia de la argumentación en el derecho y cómo una buena dogmática del derecho debe deshacer ciertas prácticas excesivamente formalistas, y admitir que elementos de discursos y tradiciones filosóficas diferentes pueden reforzar la tendencia o el punto que se quiere expresar como preponderante.

Es así como entre los rasgos más significativos de los discursos actuales sobre el derecho, resultan de particular interés los enlistados por Atienza (2008, p. 219) en los numerales 6, 9 y 10 del texto ya citado, donde muestra que el tránsito de lo meramente formal hacia lo sustancial, incluso en el ámbito de la validez del derecho, implica que el éste se construye tanto dentro como fuera de sí mismo.

El derecho contemporáneo, o el pensamiento sobre él, plantean la necesidad tanto de entender la importancia de su dimensión práctica sobre su función instrumental (construcción interna), como de su indudable conexión con otros saberes, especialmente las ciencias sociales (construcción fuera de sí mismo).

En este sentido, emprender la tarea de construir “buena dogmática jurídica” implica -a mi entender- varias exigencias básicas, de las cuales la primera, consiste en recuperar la dogmática jurídica desde el ámbito de lo superficial-compilativo o por otro lado de lo eminentemente “retórico” en el sentido del uso común de esta palabra, y llevarla a lo que podría llamarse una “dogmática-crítica” o “conscientemente política”, en los términos de Alberto Bovino y Christian Curtis (2001).

En segundo lugar, existe una exigencia de carácter estilístico que también es importante, la cual consiste en presentar ante la grandilocuencia de los discursos que no llegan a desarrollar análisis de fondo de los problemas o los objetos planteados, la necesidad de un nuevo uso del lenguaje en el cual la simplicidad y claridad al escribir faciliten la llegada a los debates y puntos problemáticos que se quieren expresar. Un buen ejemplo de esta forma de usar el lenguaje apropiadamente para hacer una buena dogmática del derecho, se encuentra en los textos tanto de Norberto Bobbio como de Manuel Atienza, entre otros.

Y en tercer lugar, la importancia de carácter metodológico de ubicar de manera clara el problema jurídico que se busca resolver, su distinción frente a pseudoproblemas que pueden desviar el curso de la investigación o simplemente convertirla en inocua, y la construcción de respuestas claras y coherentes frente al mismo que puedan obtener “el mayor consenso racional por parte de la comunidad jurídica” (Atienza, 1995, p. 224).

Dificultades en torno al objeto de estudio

Realizar un ejercicio dogmático no puede darse en el vacío, en primera instancia no puede reducirse a una actividad intelectual basada en la especulación metafísica de reducción de complejidad de una institución, un fenómeno o un problema, o a la deducción desde la abstracción de las formas del pensamiento puro hasta la conformación de una racionalidad localizada.

A su vez, en segundo lugar, tampoco puede fundarse en un simple análisis de las circunstancias fácticas en las que se da el objeto de conocimiento, a partir de las cuales de manera inductiva se teorizaría sobre su devenir e importancia.

En este sentido, el abordaje desde una visión de “dogmática crítica” se encuentra a medio camino entre la teorización abstracta que se hace mundo y la observación crítica que funda la generación de regularidades.

Esto no puede verse como un simple eclecticismo vacío, sino, por el contrario, como un esfuerzo de generar conceptualizaciones con base en los hechos, en la evaluación u orientación a las consecuencias, descripción de las fuerzas internas y externas al mismo mundo de “lo jurídico”, y a la apertura a otras ciencias, disciplinas y saberes que resultan implicados, especialmente las ciencias sociales, la política, la economía, la cultura y la historia⁴.

Con base en ello se puede afirmar que el actual desarrollo del derecho internacional en dos ámbitos aparentemente independientes, e incluso antagónicos, como lo son el del derecho penal y el de los derechos humanos⁵, dadas las finalidades autónomas de cada uno, el primero como espacio de criminalización

⁴ Un buen ejemplo de este entrecruzamiento de ámbitos de saber en el cual la historia juega un rol determinante, se puede observar en: ROBERTSON, Geoffrey. *Crímenes contra la humanidad. La lucha por una justicia global*. Madrid: Siglo XXI, 2008.

⁵ En un desarrollo posterior de esta investigación hay que determinar si existe un tercer ámbito independiente o si es una zona de entrecruzamiento de estos dos, como lo es el del Derecho Internacional Humanitario, entendido éste como un derecho construido en el ámbito específico de la existencia de un conflicto armado distinto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como derecho aplicable en tiempos o contextos de paz (entendida como inexistencia de este conflicto), o como un campo en el que confluye la protección abstracta de los derechos humanos en un contexto de punibilización de los actos que se dan en el marco de la guerra contra sujetos que se encuentran fuera de ella.

de responsables por violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos como base de los bienes jurídicos “dignidad humana” y sentido de “humanidad en general”, unido a un espíritu general de prevención y eliminación de las causas eficientes de la realización de los actos más graves de ofensa de la humanidad tanto en tiempos de paz como de guerra; y el segundo, como espacio de supervisión del cumplimiento de los tratados internacionales de los derechos humanos por parte de los Estados, la sanción de los mismos por estos hechos ilícitos, la generación progresiva de mayores estándares de protección de los derechos de los connacionales amparados por los sistemas regionales y la adecuación de los ordenamientos jurídicos internos y los sistemas de derecho al contenido de dichos ámbitos materiales de protección.

En todo caso, este espacio que puede verse caracterizado por una aparente contradicción entre los ámbitos implicados, en la práctica también muestra un espectro amplio de interacción. La responsabilidad internacional del Estado por violaciones de los derechos humanos internacionalmente consagrados -incluidas las configuradas mediante la expedición y aplicación de leyes de autoamnistía- y la responsabilidad penal individual de agentes perpetradores de violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, son dos caras de la misma medalla, en la lucha contra las atrocidades, la impunidad y la injusticia (Cançado, 2001).

Este campo de confluencia-divergencia-interacción se configura materialmente en la existencia misma de los sistemas regionales de protección de los DD.HH.; como espacio de concreción del paso dinámico de la política (retórica de protección mediante declaraciones) de los DD.HH. a la configuración de un ámbito asegurado de acceso y aplicación de justicia, y en el de la institución de la recién creada y puesta en funcionamiento Corte Penal Internacional, la cual supera la contingencia de los Tribunales Internacionales *Ad Hoc*, que en muchos casos son vistos y en la práctica han demostrado ser claramente cortes de justicia de vencedores contra vencidos, y en su vocación de ser permanente, aparentemente generaría una regularidad en cuanto a los contenidos y las formas de juzgamiento de conductas que estarían ofendiendo el catálogo de valores que estarían en el nivel de la conciencia universal.

A su vez, la Corte Penal Internacional también se encuentra en un camino compartido pero divergente con relación al desarrollo de sistemas internacionales de protección de los DD.HH., de modo tal que tendrá que pronunciarse sobre materias que si bien no han sido decididas de fondo por los tribunales propios de dichos sistemas, sí se ha avanzado por parte de éstos en la configuración de estándares amplios de protección respecto de los cuales se ha de concentrar la corte en el futuro, dado que incluso para estos tribunales una visión exclusivamente “penal”, sin atención a elementos centrales del derecho internacional de los DD.HH., no sólo resulta inoportuna, sino incluso contraria a la costumbre internacional y a los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos.⁶

Dada la naturaleza, la actualidad y el tipo de respuestas institucionales y consecuencias jurídico-políticas que se esperan por buena parte de la doctrina y los actores sociales respecto del accionar de la Corte Penal Internacional, y dado el alto grado de consolidación actual del que gozan los sistemas regionales de protección de los DD.HH., en esta primera parte nos concentraremos principalmente en la primera como elemento paradigmático en lo que serían los límites y contenidos de configuración de una dogmática crítica⁷.

La creación y puesta en marcha de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, como tribunal permanente para la investigación y juzgamiento en el ámbito criminal de las conductas que “ofenden a la humanidad en su conjunto”, y que básicamente coinciden con delitos de guerra y con los llamados “crímenes

⁶ En este sentido vale la pena tener en cuenta el conjunto de debates que se han dado al interior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Almonacid Arellano* y otros contra Chile, *Barrios Altos* contra Perú y *Las Palmeras* contra Colombia, en los cuales la Corte entró a determinar precisos límites en torno a su jurisdicción respecto de la jurisdicción penal internacional, lo cual si bien fue sano en su momento, generó un vacío y un piso de incertidumbres que ha de ser ocupado en algún instante por la Corte Penal Internacional. Esto también se ha dado en el marco de la Corte Internacional de Justicia, en particular en lo referente a la aplicación de la Convención contra el Genocidio en el caso *Bosnia-Herzegovina* contra *Serbia-Montenegro*, en el cual taxativamente se da un rechazo de la evaluación hecha de la responsabilidad internacional por parte del Tribunal Penal para la ExYugoslavia TPIY, siendo el caso *Tadic* contra el Fiscal, el más representativo.

⁷ El mayor número de elementos relevantes relativos a la configuración de una dogmática crítica en el ámbito del derecho internacional de los DD.HH. se centran en la figura del control de convencionalidad, y los procesos de internacionalización de los Estados constitucionales y la constitucionalización del derecho internacional de los DD.HH. Este análisis configura el punto nodal de la segunda parte de este estudio.

de sistema”, además de dar una nueva dinámica a los saberes que componen el derecho internacional penal, y por lo mismo tanto al derecho penal como al derecho internacional en su propia individualidad, suponen muchos otros problemas que escapan al espectro normativo constituido desde el llamado Estatuto de Roma, y van a instalarse en consideraciones de carácter sociológico y político, que una “buena dogmática” no puede dejar de considerar e integrar.

Asimismo, dado que el origen de la Corte Penal Internacional se encuentra en el seno de la mayor institución intergubernamental mundial, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), está implicado un alto grado de diplomacia y selección política de los llamados a ser investigados, lo cual puede convertir al tribunal en una instancia de manipulación política contra enemigos débiles, algo así como una justicia para vencidos (Zolo, 2007); sin embargo, otro origen de la Corte se encuentra en el conjunto de luchas sociales glocalizadas⁸, que presionaron muy fuerte para que los Estados adoptaran el Estatuto de Roma y que de esta firma dependiera la evaluación universal acerca del real compromiso estatal (gubernamental) mundial, en torno a luchar contra la impunidad en los casos de comisión de crímenes de lesa humanidad.

Adicional a este panorama contradictorio aparecen otros elementos que hacen aún más complejo el asunto: la relación entre la jurisdicción de la Corte (así esté limitada por el principio de complementariedad) y la soberanía de los Estados; la crisis generalizada del discurso penal y en particular de los fines de la pena; la negativa a aceptar la jurisdicción de la Corte por las grandes potencias mundiales (Estados Unidos, China e India, entre otros), quienes a su vez son de las naciones con mayor número de denuncias por comisión de las conductas que observa y persigue el Estatuto de Roma; la falta de definición legal del delito de agresión; las consecuencias que supondría la intervención de la Corte en procesos de negociación de la paz en países en conflicto, entre otros.

Todos estos elementos permiten observar que realizar un análisis de la institución de la Corte Penal Internacional puede llevar a distintas vías,

⁸ Para un panorama general de la idea de cruce entre globalización y localización, ver: **SANTOS, Boaventura de Sousa**. *Los procesos de globalización*. En: *La Caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. Bogotá: ILSA, 2003. P. 208 y s.s.

dependiendo de la idea que se parta acerca de la construcción de dogmática jurídica.

Por una parte, puede realizarse una construcción dogmática formalista tradicional, anclada en una visión positivista del fenómeno jurídico; que efectivamente permitiría desarrollar una descripción bastante fiel y neutra del contenido lingüístico del Estatuto de Roma, sus conexiones con el derecho internacional en general, y puentes de comunicación con el Estatuto propio del derecho penal, y del derecho internacional humanitario y de los DD.HH. Para este ensayo esta opción no es deseable.

En este sentido el análisis (e inclusión construcción) dogmática, parte principalmente de los postulados de Manuel Atienza (Atienza, 1995, p. 223-224) y de Christian Courtis (2001, p. 183 y s.s.; 2009, p. 17 y s.s.), en cuanto se propone una mirada del fenómeno jurídico antes descrito, abierto a la intertextualidad de los discursos sobre el derecho, teniendo en cuenta los problemas políticos y sociológicos implicados; pero sobre todo partiendo de una evaluación realista de la institución, con el fin de tener una postura crítica de lo realmente existente, y a la vez prospectiva de los caminos probables y los caminos posibles para la superación de los problemas y la consolidación de los aciertos.

La ubicación de este objeto de conocimiento permite observar elementos que hacen sumamente rico su estudio dogmático-crítico, pero sobretodo oportuno por el contexto temporal y político que hoy se vive en torno a esta institución jurídica.

Por una parte, si bien se ha reconocido por varios autores que se da una especial construcción, sino de una dogmática específica, sí de algunos elementos dogmáticos por parte de la actividad de los jueces, dado el grado de evolución de los casos sometidos a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, acompañados de la inexistencia actual de decisiones de fondo que comprometan la visión de los jueces que la componen, permite evaluar unas pocas acciones, especialmente relacionadas con los llamamientos a juicio y las órdenes de detención que prefiguran tendencias que serán verificadas en el tiempo, pero que

a su vez van dejando ver falencias del sistema; tanto en el ámbito operativo, como en su fundamento jurídico, político y filosófico, que van a ser directamente proporcionales a la construcción progresiva de la dogmática necesaria para este nuevo saber-poder jurídico.

Por otro lado, la construcción normativa básica sobre la cual se despliega el elemento analítico-crítico de la dogmática, remite a un número limitado de tratados y regulaciones aplicables, pero que a su vez, dada la amplitud del tema y el entrecruzamiento de ámbitos de saber antes descritos entre los DD.HH. y el derecho penal, hace que tengan que ser tenidas en cuenta normas externas que le den orientación y contenido. Por esto la evaluación normativa de esta institución es de carácter abierto, dado que se concentra hacia su interior por el mandato legal internacional de obedecer como institución a las regulaciones que surgen del Estatuto de Roma, de las reglas de procedimiento y pruebas y de los elementos de los crímenes, aprobados por la ONU; pero por otro lado, deben ser tenidos en cuenta como reglas de *Soft Law* y como ámbitos jurisdiccionales correlativos, los fallos de los tribunales internacionales de DD.HH., los fallos de tribunales penales internacionales *Ad Hoc* como el de Ruanda, el de la Ex Yugoslavia, el de Nüremberg, el de Tokio; las convenciones de Ginebra sobre Derechos Internacional Humanitario; los principios y declaraciones internacionales, especialmente en materia de lucha contra la impunidad, de derechos de los no combatientes, de crímenes de sistema, entre otros.

Finalmente, como ya se había señalado, resulta particularmente relevante el debate político que surge de la existencia misma de la Corte Penal Internacional, especialmente en lo que tiene que ver con la puesta en observación de la visión tradicional del concepto “soberanía nacional”, frente al de la necesidad de una lucha internacional contra la corrupción y la impunidad reinante en torno a la justiciabilidad de las conductas más oprobiosas contra los DD.HH.⁹; y por otro lado, el de los poderes que resultan implicados, dado que uno de los actores principales en la comisión de los delitos tipificados por el Estatuto de Roma

⁹ Un análisis bastante amplio de esta situación es abordada por el estudio: **CASSESE, Antonio. DELMAS-MARTY, Mireille (eds).** *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*. Bogotá: Norma, 2004. Especialmente los capítulos 1, 2 de la parte 1, y el capítulo 2 de la parte 5.

y perseguidos por los órganos del sistema penal internacional, en cabeza de la Corte, es el gobierno nacional de los diferentes Estados signatarios, pudiendo ser éste un órgano de poder anterior en el tiempo o actualmente operante; lo cual dificulta las cosas con relación a las presiones políticas que son recibidas por los miembros de la Corte, la mayor crisis del concepto de “soberanía nacional” con respecto al de la competencia universal, el de la falta de concreción de medidas coercitivas tomadas por la Corte Penal Internacional dado que depende de la colaboración misma de los países implicados, y la arrogancia de los implicados que se escudan en su poder actual o pasado y la independencia de los Estados para garantizar la impunidad de sus actos¹⁰.

Hacia la construcción de una “dogmática crítica”

En el análisis de lo que sería la construcción de una “dogmática crítica” o en palabras de otros autores de una “buena dogmática jurídica”, que como el uso mismo del lenguaje lo indica, se diferencia de la forma en que se sigue haciendo dogmática compilativa-acrítica, Christian Courtis (2009) plantea tres tareas básicas que debe desempeñar esta “Nueva Dogmática: (a) Una tarea expositiva, ordenadora, sistematizadora, (b) una tarea de *Lege lata*, descriptiva con elementos prescriptivos o normativos, (c) y una tarea de *Lege Ferenda* o crítico-prescriptiva”.

Sea cual fuere la tarea que se asuma, incluidas estas tareas al momento no solo del análisis de las normas, sino también de la jurisprudencia (e incluso de los discursos sobre la justicia o de la constitución de piezas procesales en las

¹⁰ Esta tendencia entre los líderes de gobierno implicados en graves violaciones a los DD.HH. y el derecho internacional humanitario, muestran la pertinencia del análisis propuesto por Mauricio García sobre los comportamientos incumplidores, pero llevados aquí a su máxima escala, o a una escala de conflicto jurídico internacional, donde a una mezcla entre incumplidor político y cultural hay que adicionarle el juego estratégico que plantea evadiéndose de la responsabilidad con base en las falencias del mismo sistema de justicia. Asimismo, la conducta del incumplidor no remite sólo a su forma de actuar y de entender el mundo, sino también a las debilidades institucionales que se lo permiten y de cierta forma lo alientan a reforzar su comportamiento, las cuales han de constituirse en algunos de los elementos sobre los cuales con mayor ahínco ha de desarrollarse el análisis crítico. Ver: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Los incumplidores de reglas*. En: *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2009. Págs. 237 y s.s.

que se vea involucrada la decisión del juez, como sería en el desarrollo actual de la competencia de la Corte Penal Internacional), las cuales suelen cumplirse de forma coincidente o acumulada, la “buena dogmática” parte de plantear con claridad cuál es el ámbito y el alcance que se les va dar a estas tareas en el estudio específico.

Un ejemplo de esto lo configuran la tesis doctoral del profesor Rodolfo Arango (2005) y la propuesta de Rodrigo Uprimny y Diana Guarnizo (2008) en el homenaje al profesor internacionalista Héctor Fix-Zamudio¹¹. Ambos trabajos con un tema en común como lo son los llamados “Derechos Sociales”, pero con enfoques distintos dentro de las tareas que realiza la Dogmática Jurídica, de acuerdo con la magnitud y los fines esperados al momento de la elaboración de cada uno de ellos.

El trabajo del profesor Arango (2005, p. xi y 59-61) pretende “clarificar el concepto de derechos sociales fundamentales y fundamentarlo”, señalando que estos derechos “son derechos individuales. No son ni metas políticas, ni derechos colectivos”, para lo cual se vale de la filosofía analítica para mostrar cómo éstos son auténticos “derechos subjetivos”.

El estudio del profesor Arango se distingue por su claridad conceptual, busca hacer entender cada uno de los elementos que componen el concepto de derechos sociales y busca ponerlos en debate con una tendencia generalizada por los Estados, consistente en entenderlos como metas políticas indicadoras del desarrollo o como derechos colectivos cuya titularidad no se encuentra en el sujeto sino en la sociedad por lo cual su tutela depende de procedimientos no inmediatos en su respuesta y dependientes del accionar de grupos ciudadanos.

Este texto muestra claramente lo que sería una dogmática crítica con la forma como se venían observando los derechos sociales, desde el cual se observa como si se logra enfocar de manera correcta el problema de investigación,

¹¹ UPRIMNY YEPES, Rodrigo. GUARNIZO, Diana. *La prohibición de regresividad y la protección de los derechos sociales: un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana*. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo. (Coords). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Tomo IV. *Derechos Fundamentales y tutela constitucional*. México: UNAM, 2008.

se pueden superar numerosos clichés y lugares comunes a los cuales ha llegado la “dogmática tradicional”, sin presentar una respuesta a encrucijadas tanto teóricas como prácticas del derecho, como sería el caso del trabajo analizado.

Por otro lado, el trabajo del profesor Uprimny Yepes, plantea con claridad su postura frente a la construcción de una “buena dogmática jurídica” cuando señala que “el objetivo principal de este artículo será mostrar la relevancia de la discusión colombiana que permita avanzar en una dogmática apropiada sobre el alcance de la obligación de no retroceso a nivel del derecho constitucional comparado. El texto no se limitará entonces a presentar las decisiones de la CCC, sino que intentará extraer de esa evolución jurisprudencia, y de los debates que ha suscitado, algunas líneas doctrinales sobre la posible interpretación apropiada de este principio. No se trata pues de un texto puramente descriptivo de una evolución jurisprudencial, ni de una propuesta de dogmática separada de la práctica judicial, sino de un esfuerzo de reconstrucción crítica y racional, a partir de una práctica judicial real, de los elementos centrales que podrían configurar una doctrina apropiada sobre la prohibición de retroceso”¹².

También resulta un texto claro, que muestra cómo se cumplen las tareas de la dogmática jurídica respecto del análisis jurisprudencial y como la dogmática puede privilegiar la función práctica respecto de la instrumental en sus análisis.

Una tarea así frente al análisis de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional implicaría superar los estudios existentes hasta hoy, los cuales o pretenden generar un saber neutro con relación al desarrollo de la institución misma, de los cuales los principales exponentes serían los profesores miembros del llamado Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional,

¹² UPRIMNY YEPES, Rodrigo. GUARNIZO, Diana. *La prohibición de regresividad y la protección de los derechos sociales: un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana*. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo. (Coords). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Tomo IV. *Derechos Fundamentales y tutela constitucional*. México: UNAM, 2008.

liderado por el profesor Kai Ambos¹³, o ponen de relevancia problemas teóricos e institucionales sin casi ningún grado de sistematicidad¹⁴.

Asimismo, las implicaciones que tiene la asunción de la competencia de la Corte Penal Internacional deben ser analizadas de manera crítica con relación a los objetivos de la misma institución, pero también del Derecho Internacional, como es la de la obtención de la paz de las naciones.

Es así que para el ámbito colombiano, si bien se escuchan voces que alienan la llegada de la justicia penal internacional sobre las conductas consideradas globalmente como crímenes atroces, otras más conscientes, proponen realizar un análisis mesurado de la situación política actual y la necesidad de buscar caminos alternativos para la desactivación del conflicto armado interno y la obtención de la pacificación; lo cual, ante la presencia de actores armados históricamente consolidados, abiertamente rebeldes ante la institucionalidad y las normas, la aplicación del Estatuto de Roma sin mayor reflexión sobre sus consecuencias, muy probablemente haría imposible la obtención de este fin, con lo cual la institucionalidad y la normatividad penal internacional, desde una visión formalista miope, terminaría destruyendo su propia razón de ser.

Una dogmática crítica o conscientemente política, como a la que pretendo acercarme frente a este tema, orientada a las consecuencias, permitiría concentrarse más en la coherencia entre medios y fines de la acción institucional

¹³ Entre los textos más destacados: AMBOS, Kai. *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2007. AMBOS, Kai (Ed.) *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2006. AMBOS, Kai. *La Corte Penal Internacional*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007. AMBOS, Kai (Coordinador). *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post-Roma*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. AMBOS, Kai. *La Parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006. AMBOS, Kai. *Temas del Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. AMBOS, Kai. *Temas del Derecho Penal Internacional y Europeo*. Madrid: Marcial Pons, 2005. AMBOS, Kai., DE HOYOS, Mònserat (eds). *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*. Granada: Editorial Comares, 2008. AMBOS, Kai., MALARINO, Ezequiel (Eds). *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.

¹⁴ Un ejemplo de esto son el buen número de libros que compilan artículos y presentaciones contingentes que se dan en el marco de conferencias académicas sobre el derecho penal internacional, entre los cuales destaca: MORENO HERNÁNDEZ, Moisés (Coord). *Globalización e internacionalización del Derecho Penal. Implicaciones político-criminales y dogmáticas*. México: Centro de estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, 2003.

penal internacional en la acción práctica, para lo que se acaba de introducir, y para el derecho internacional de los DD.HH. en lo que sigue, de tal modo que sea posible superar el discurso esnobista de la persecución penal global total y de los bienes jurídicos intangibles de “sentido de humanidad”, y poner el énfasis en el fortalecimiento de los sistemas nacionales y regionales de prevención del delito y desalentamiento de las conductas incumplidoras de las reglas que generan más dolor a la humanidad en concreto.

El derecho internacional de los derechos humanos: Del ámbito de los tribunales internacionales a la adecuación del orden jurídico estatal

Así como la configuración de un tribunal penal internacional encargado de perseguir a perpetradores de las conductas más graves que ofenden a la comunidad internacional, supone una serie de problemas conceptuales, políticos y jurisdiccionales, dado su carácter permanente y la inclusión de las personas naturales individualmente consideradas como sujetos de derecho internacional, no resulta menos pacífica la consideración de los procesos globalizadores y relocalizadores del derecho en la actualidad.

Si bien el de los DD.HH., al igual que el de la democracia, han sido considerados como los discursos bases y espectros de desarrollo de la ciencia jurídica y la organización social y política aceptable en la actualidad, una especie de rasero mínimo de las expectativas globales acerca de la constitución y funcionamiento del Estado y la sociedad, a su vez, también desde autorizadas voces e interpretaciones también pueden ser considerados como discursos normalizadores y mecanismos formales e informales de control en las sociedades neoliberales.¹⁵

¹⁵ Una buena parte de esta crítica está dada por los análisis en clave de lecturas postmodernas que se han desarrollado por los *Critical Legal Studies*, especialmente desde Irlanda, destacando estudios como el del profesor Costas Douzinas acerca de la pérdida de los elementos utópicos del discurso de los DD.HH. a favor de la funcionalización de los mismos para facilitar la reproducción de mecanismos de profundización de los modelos económicos neoliberales y en general de la sociedad de consumo masivo mundializada. Ver: DOUZINAS, Costas. *El fin de los derechos humanos*. Bogotá: Legis, 2008, y DOUZINAS, Costas. GOODRICH, Peter. HACHAMOVITCH, Yifat. (Eds). *Politics, postmodernity and critical legal studies: the legality of the contingent*. London, New York: Routledge, 1994.

Tanto es así que para algunos autores en lugar de un Estado constitucional o liberal de derecho, lo que se ha configurado es un Estado global de derecho, que bajo la apariencia de un fundamento dado desde la protección y garantía de los DD.HH. en realidad lo que se oculta es el cumplimiento de fines propios del neoliberalismo desde el Estado. En este sentido se afirma que los orígenes y la evolución del campo del Estado global (o globalizado de derecho) han sido marcados por dos proyectos transnacionales ideológicos y políticos que, aunque coinciden en el tiempo y comparten un interés esencial en la difusión del (Estado de derecho), promueven concepciones diferentes del mismo. Por un lado, el proyecto neoliberal global ha efectuado una inversión sin precedentes en la reforma judicial y del Estado de derecho, a través de algunas de las agencias promotoras de la liberalización económica en el mundo, como la USAID, el Banco Mundial y, en América Latina, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

La atención principal que le presta el neoliberalismo a las instituciones que contribuyen a mejorar el funcionamiento del mercado se ha traducido en la aceptación y la difusión de la versión ligera del Estado de derecho en todo el mundo desde los años 80. De hecho, después del “giro institucional” que adoptó el Consenso de Washington, a mediados de los 90, frente al fracaso de la terapia de choque neoliberal que había impuesto antes en América Latina y Asia, esta concepción ligera del Estado de derecho se ha convertido en un elemento fundamental de la teoría y la práctica de ese proyecto (Rodríguez, 2008, p. 18).

Por otro lado, se ha desarrollado un proyecto transnacional, igual de ambicioso, que ha adoptado una combinación de las versiones ligera y densa del Estado de derecho, y que vive en tensión con el proyecto neoliberal. A éste lo llamo el proyecto neoconstitucional global.

El neoconstitucionalismo global y su concomitante “juristocracia” tiene raíces históricas en el movimiento de los derechos humanos y se incorporó a las constituciones con generosas declaraciones de derechos y mecanismos de control constitucional que proliferaron en toda América Latina desde los 80; es decir, al mismo tiempo que lo hicieron las reformas neoliberales. Las élites na-

cionales y transnacionales que defendían estos proyectos de reforma contrastantes han forjado relaciones complejas y contradictorias entre ellas, en las que a veces cooperan, otras veces se enfrentan y otras compiten por la posición dominante en el campo (Rodríguez, 2008, p. 18-19).

En este orden de ideas, la supranacionalización de la justicia se expresa tanto por la difusión de valores comunes como por la imposición de principios de funcionamiento de objetivos, de medios que se sustituyen a fines, todo ello en el marco de una evolución relacionada con el neo-liberalismo (Comaille, 2010, p. 78).

Esta situación denunciada por los teóricos, especialmente sociólogos cercanos a las lecturas postmodernas, muestra como en la sociedad globalizada o de la globalización que hoy se vive y que se suele asimilar al concepto de condición postmoderna¹⁶; esta asimilación permite inferir que coexisten de forma ambivalente discursos y prácticas alienantes y emancipatorias que se pueden identificar en el campo hegemónico y contrahegemónico de la resignificación del mundo contemporáneo. Estas pugnan por el desvelamiento y reconfiguración de metarrelatos que a su vez fundan nuevas formas de saber-poder. (...) Ante esta coexistencia ambivalente, las luchas por una acción emancipatoria pasan por los conceptos de multitud e imperio, de acuerdo con la lectura de Hardt y Negri,¹⁷ en los cuales el imperio, como nueva forma de poder unívoco transnacional y deslocalizado, encuentra su opositor en las luchas sociales producidas en el marco de una ciudadanía global, también deslocalizada, que comprende y maneja las posibilidades comunicacionales del imperio para generar nodos de resistencia y construcción alternativa que pueden ser validadas por el derecho en la práctica (Peña, 2012, en prensa).

Esta ambivalencia, propia de la sociedad postmoderna y de su influencia en el derecho, se refleja en la necesidad de desvelar en qué momentos el discus-

¹⁶ Ver: LYOTARD, Jean-François. *La condición postmoderna. Informe sobre el saber*. Madrid: Cátedra, 1994, también: LYOTARD, Jean-François. *La posmodernidad (explicada a los niños)*. Barcelona: Gedisa, 1994.

¹⁷ Ver: HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. *Imperio*. Buenos Aires: Paidós, 2002, y en el mismo sentido: HARDT, Michael, NEGRI, Antonio. “La larga marcha de la democracia”. En: *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*. Barcelona: Debate, 2004.

so de los DD.HH. se plantea como herramienta de dominación y en qué otros amplía las condiciones de reivindicación de derechos individuales o colectivos frente a los Estados y los poderes constituidos en general.

En este mismo sentido, la ambivalencia está dada entre los usos políticos, dirigidos a la generación de una retórica del reconocimiento y protección del derecho, y como contraparte los usos jurídicos en general de estos discursos, los cuales se han fundado en largas luchas y transformaciones de la sociedad que han derivado en la configuración de discursos y dogmas normativos, acompañados en la mayoría de casos de mecanismos que les dan materialidad.

En este último caso también se da un campo de interacciones que pueden ser coincidentes o ambivalentes, dado que se debate entre las pretensiones universalistas de protección más allá y como garantía de la probable inacción o acción ilícita de los Estados, y las de orden nacional que con base en el principio de soberanía y autodeterminación de los pueblos, pretenden hacer valer un determinado orden histórico institucional en el cual a su vez se desarrollan y concretan las disputas por el poder de definición y configuración del derecho, entre sujetos connacionales y élites detentadoras del poder político y/o económico.

Esto último en términos del campo entrecruzado entre el desarrollo y garantía de los DD.HH., bien sea desde los sistemas internacionales de protección o desde los fundamentos de los Estados constitucionales de derecho en el ámbito local, encuentran el punto nodal de interacción en los procesos de constitucionalización del derecho internacional, en términos del desarrollo de cláusulas judiciales de armonización, invalidación por vía de coherencia del derecho nacional y supraordenación, o, por el contrario, mediante procesos de internacionalización del derecho constitucional que caminan por la senda del antiguo precepto kelseniano de configuración de una norma fundamental supraexistente al derecho nacional y su constitución; pero en términos de valores que informan y configuran el estándar universal de protección de los DD.HH.

La “supremacía constitucional” se está redimensionando a partir del surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo pasado.¹⁸

La internacionalización del derecho constitucional consiste en el proceso de inclusión del derecho internacional dentro del derecho constitucional interno de un país, de modo tal que las normas internacionales ocupen un lugar definido dentro del sistema de fuentes del respectivo Estado. La constitucionalización del derecho internacional consiste en un proceso distinto, en virtud del cual se acepta que los tratados sobre derechos humanos tienen una dimensión constitucional, es decir, que son constituciones del orden internacional, que implican la supremacía y respeto de los derechos humanos (Quinche, 2009, p. 169).

Así, la principal figura que opera como puente entre el derecho internacional de los DD.HH. y el derecho constitucional Estatal, en el proceso de constitucionalización del derecho internacional lo configura el “control de convencionalidad”, el cual va a entrar a configurar, como ya veremos, o la institución nacional del bloque de constitucionalidad, o se configurará en un criterio hermenéutico obligatorio en cuanto a la reproducción de los estándares internacionales de protección desde la constitución y derivado hacia el resto del ordenamiento jurídico.

La figura del control de convencionalidad como realización de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos

Analizar la figura del control de convencionalidad implica estar ante la figura más importante de concreción de un orden jurídico nacional fundado en los derechos humanos, lo cual implica el paso de la dimensión política, en mucho eminentemente retórica, de la configuración del derecho internacional de los

¹⁸ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional*, En: FIX-ZAMUDIO, Héctor, VALADÉS, Diego. (Coords). *Formación y perspectivas del Estado en México*. México D.F: UNAM, 2010. Pág. 185

DD.HH. a la construcción auténtica de un “Estado constitucional y democrático de derecho”.

En este sentido el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, ha insistido en que, cada vez más, la idea de que los órdenes interno e internacional convergen en una “decisión política fundamental”, tanto doméstica como regional: prevalece la norma que más favorezca los derechos del ser humano, eje de ambos. En fin de cuentas, los órdenes nacional e internacional, conducidos por un criterio *pro homine* de amplio espectro, “deben necesariamente coexistir en la promoción, garantía y defensa de los derechos de la persona humana” (García, 2007, p. 151-152).

Lo cual no aparece en la historia como una casualidad, sino que por el contrario, en palabras del profesor Jacques Comaille, las condiciones del ejercicio del derecho y de la justicia en nuestras sociedades han cambiado al mismo tiempo que el estatus del derecho y de la justicia en relación con la política (Comaille, 2010, p. 70).

El mecanismo de control de convencionalidad no es exclusivo del Sistema Interamericano de Protección, por el contrario, hace parte de los fundamentos mismos del derecho internacional de los DD.HH., dado que su existencia y aplicación configura el punto de conexión entre los ámbitos internacional y nacional; pero además es la garantía más importante de concreción y coherencia entre los compromisos internacionales de los Estados y su realización en el orden interno, mediante la garantía y respeto de los derechos fundamentales. Esto implica que las cláusulas de protección de los DD.HH. trascienden el ámbito retórico y se instalan, de forma obligatoria, en el ámbito constitucional de cada Estado, pero también se convierten en base necesaria para la transformación y reconstrucción de una cultura jurídica inspirada en estos fenómenos.

El hecho de asumir a las convenciones internacionales sobre derechos humanos como verdaderas constituciones del orden internacional, viene siendo planteado indistintamente en escenarios judiciales de ciencia política y de derecho internacional. Así lo hizo la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Ireland vs. United Kingdom* (1979), donde se proclamó que la Convención Euro-

pea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales era la carta constitucional de Europa; postura luego acogida por el Tribunal Europeo de Justicia en el caso *Parti ecologiste “Les Verts” vs. European Parliament* (1986).¹⁹ Igualmente, y en el plano de la ciencia política, se estudian las condiciones de construcción del orden internacional occidental, destacando como una de las características fundamentales, la del establecimiento y construcción de un orden constitucional (Patiño, 2005, Capítulo V). Del mismo modo y en la idea de construir un orden jurídico constitucional de respeto a los derechos humanos, resulta plausible el proceso de internacionalización del derecho constitucional, como labor de “aplicar los grandes lineamientos doctrinarios donde los consensos se han consagrado y reconocer que aquellas posiciones imbricadas, ausentes de unanimidades, no sólo entre miembros de las cortes internacionales, sino entre éstos y los jueces de los máximos tribunales nacionales, merecen la aplicación de la regla de la normal prudencia”^{20, 21}

En este sentido, en el ámbito interamericano también está desarrollada la figura del control de convencionalidad. El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CIDH) impone la siguiente obligación internacional a los Estados que la suscriben:

ART. 2. *Deber de adoptar disposiciones de derecho interno.* Si en 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.

¹⁹ KLABBERS, Jan. “Constitucionalismo ‘lite’ ”. En: URUEÑA, René. *Derecho de las organizaciones internacionales*. Bogotá: Universidad de los Andes, Temis, 2008, pp. 419 a 445. Hay allí la referencia a diversos pronunciamientos judiciales internacionales, así como a los desarrollos de la constitucionalización del derecho internacional en referencia a las organizaciones internacionales.

²⁰ ALBANESE, Susana. “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”. En: ALBANESE, Susana (coord.) *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: EDIAR, 2008, p. 45.

²¹ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *El control de convencionalidad y el sistema colombiano*. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. No. 12, julio – diciembre de 2009. Pág. 176

En este sentido se puede afirmar que el contenido del artículo 2 de la Convención Americana, en virtud del cual los Estados Partes están obligados a armonizar su ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de la Convención Americana, abre efectivamente la posibilidad de un *control de convencionalidad*, con miras a determinar si los Estados partes han efectivamente cumplido o no la obligación general del artículo 2 de la Convención Americana²².

Quiere decir esto que, si bien los Estados nacionales han entrado en un proceso progresivo de promulgación constitucional y adecuación de su ordenamiento jurídico interno de forma derivada desde la carta política, apenas se ve en el horizonte de este proceso, la conciencia estatal de la obligación internacional de incorporar la cláusula de control de convencionalidad en su propia legislación constitucional.

El control de convencionalidad, consistente en la revisión permanente que debe realizarse desde el mismo Estado y en sede judicial en el ámbito internacional, de la coherencia entre el derecho internacional de los DD.HH. y los catálogos de derechos humanos reconocidos y garantizados en la constitución o la ley interna, busca de manera contundente reforzar el ámbito de protección legal de los derechos humanos por parte del Estado, haciéndolos coincidentes con el DIDH; pero más allá de esto, impulsando la configuración de mecanismos concretos de tutela de los mismos, dado que la experiencia en cuanto al desarrollo de precedentes judiciales, tanto en el sistema interamericano como el Europeo, indica que derecho sin mecanismo de tutela, garantía y protección se reputa como derecho violado o inexistente.

Esto implica que tanto el orden jurídico derivado de la constitución como la carta política misma, son objeto de revisión del control de convencionalidad dado que el Estado, en uso de sus atribuciones legales internas, lo que formuló al momento de suscribir la Convención Americana fue una extensión del pacto

²² CIDH. Voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade, a la Sentencia de Interpretación de la Sentencia de fondo, *Caso Trabajadores cesados del Congreso contra Perú*. Sentencia de noviembre 30 de 2007. Serie C No. 174, párrafo 9.

político constitucional sustentado en el refuerzo de los derechos fundamentales y por lo tanto del Estado constitucional de derecho mismo.²³

Así, la Corte Interamericana ha realizado su control de coherencia entre el contenido de la Convención y la ley estatal, del mismo modo que con la constitución política cuando es desde su propio contenido que se genera la in consonancia con la norma internacional de protección de los DD.HH. Un cierto número de casos resueltos ilustran mejor el punto. Así por ejemplo y al nivel de las normas constitucionales, la Corte Interamericana, además de declarar la responsabilidad internacional del Estado chileno, le ordenó modificar el artículo 19 de su Constitución Política, a efectos de asegurar el cumplimiento del derecho a la libertad de expresión, mediante la supresión de la censura previa.²⁴

Dentro de la misma línea y en el nivel de las normas legales, la Corte le ha ordenado a diversos Estados modificar normas de su sistema legislativo. Así, declaró que una norma del Código Penal de Ecuador era violatoria *per se* del artículo 2 de la Convención, lo que implicaba su retiro del ordenamiento²⁵; le ordenó a Perú que modificara las normas que permitían el juzgamiento de civiles por militares, a través de la “justicia sin rostro”, por ser contrarias a la Convención²⁶; y más recientemente, dispuso en contra de México que en un plazo razonable debía “completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano”.²⁷

Ya en el plano estrictamente judicial, el alcance de las decisiones de la Corte Interamericana también ha sido notable. Así, ordenó nuevas investigaciones sobre las ya realizadas por jueces internos, que incluían un fallo de la Cor-

²³ Ver: FERRAJOLI, Luigi. *El paradigma del Estado Constitucional de Derecho*. En: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia. Volumen 1. Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta, 2011. Págs. 801 y s.s.

²⁴ CIDH. *Caso “La última tentación de Cristo” contra Chile*. Sentencia de febrero 5 de 2001. Serie C No. 73, punto resolutive No. 4.

²⁵ CIDH. *Caso Suárez Rosero contra Ecuador*. Sentencia de noviembre 12 de 1997. Serie C No. 35, párrafo 98 y punto resolutive No. 5.

²⁶ CIDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú*. Sentencia de mayo 30 de 1999. Serie C No. 52, punto resolutive No. 14.

²⁷ CIDH. *Caso Castañeda Gutman contra Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de agosto 6 de 2008. Serie C No. 184, punto resolutive No. 6.

te Suprema de Guatemala²⁸; le ordenó al mismo Estado “dejar sin efectos” la pena impuesta a un ciudadano, señalando que debía “emitir otra que en ningún caso podrá ser la pena de muerte”²⁹. Igualmente, y en la misma dimensión, la Corte le ha ordenado al Estado colombiano en diversas ocasiones que reabra investigaciones cerradas en contra de miembros del Ejército por paramilitarismo.³⁰(...) (Quinche, 2009, p. 165).

Por otra parte y en el plano de lo que hoy se llama “justicia transicional”, la Corte ha tomado decisiones trascendentales para el Sistema Interamericano, al declarar contraria a la Convención toda forma de amnistía, perdones o indultos generales; 12 regla está a la que le fueron dados efectos generales, al considerar que toda forma de amnistía general es violatoria *per se* de la Convención Americana; 13 lo que implica de suyo la obligatoriedad de la regla jurisprudencial para la totalidad de los Estados partes y no solamente para Perú. Tanto es esto así, que dicha regla ha derivado en obligaciones jurídicas concretas para los Estados partes y para los jueces internos (núcleo específico del control de convencionalidad).

De esta manera, la Corte dejó sin efectos fallos proferidos por jueces chilenos a la vez que le ordenaba al país “asegurarse que el Decreto Ley No. 2191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano”.¹⁴ Más aún, tiempo después en el *Caso La Cantuta contra Perú*, la Corte, al precisar el alcance de su jurisprudencia, concluyó tajantemente, que (Quinche, 2009, p. 166) las decisiones de esta Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes y que, por ende, la sentencia dictada en el *caso Barrios Altos* está plenamente incorporada a nivel normativo interno. Si esa sentencia fue determinante en que lo allí dispuesto tiene efectos generales, esa declaración conforma *ipso iure* parte del derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medi-

²⁸ CIDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) contra Guatemala*. Sentencia de noviembre 19 de 1999. Serie C No. 63, punto resolutive No. 8.

²⁹ CIDH. *Caso Raxcacó Reyes contra Guatemala*. Sentencia de septiembre 15 de 2005. Serie C No. 133, punto resolutive No. 8.

³⁰ CIDH. *Caso de “La Masacre de Mapiripán” contra Colombia*. Sentencia de septiembre 15 de 2005. Serie C No. 134, punto resolutive No. 7.

das y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa Sentencia.³¹

Regresando sobre los fundamentos histórico-institucionales, el concepto de control de convencionalidad empieza a desarrollarse en el Sistema Interamericano de protección a partir del caso de Myrna Mack Chang, y más exactamente en el voto razonado del juez Sergio García Ramírez, quien señaló en el párrafo 27 de su escrito que para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio -sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del control de convencionalidad, que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.³²

Este concepto empieza a ser desarrollado de mejor forma y como fruto del consenso de los jueces de la corte en la sentencia del caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, donde la Corte Interamericana indicó que 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

³¹ CIDH. *Caso La Cantuta contra Perú*. Sentencia de noviembre 29 de 2006. Serie C No. 162, párrafo 186.

³² Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Párr. 27

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.³³

Recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Dacosta Cadogán contra Barbados* ratifica la interpretación hecha en el caso *Boyce y otros contra el mismo Estado*, en el cual aplica el contenido del artículo 2 de la Convención, incluso a preceptos constitucionales que resultan contrarios a los estándares internacionales de protección de los DD.H. así:

El Tribunal toma nota del compromiso del Estado de cumplir con la Sentencia de *Boyce y otros*, y de modificar su legislación interna para cumplir con la Convención Americana, específicamente en lo que se refiere a la Sección 2 de la LDCP y la Sección 26 de la Constitución. No obstante, el Tribunal resalta que, en el presente caso, la responsabilidad internacional del Estado surgió cuando se aplicó a la presunta víctima una ley que era incompatible con la Convención Americana, independientemente de la intención del Estado de modificar esa legislación en el futuro cercano (...) Por consiguiente, a la luz de la jurisprudencia de la Corte, y en tanto la Sección 26 de la Constitución de Barbados impide el escrutinio judicial de la Sección 2 de la LDCP, que a su vez viola el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente, la Corte considera que el Estado no ha cumplido con sus obligaciones establecidas en el artículo 2 de la Convención.³⁴

Otros casos donde la Corte Interamericana avanzó sobre la configuración del control de convencionalidad, bien por vía de decisión consensuada o como fruto de votos aclaratorios o disidentes, son los siguientes:

³³ Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Párr. 124

³⁴ Corte IDH. Caso *Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Septiembre de 2009. Serie C No. 204. Párrafos 74 y 75.

La Constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Los tratados de derechos humanos tienen una dimensión ‘constitucional’, aquí mencionada no en sentido de su posición en la jerarquía de norma de derecho interno, que de todos modos está rehén de lo que determinan las constituciones nacionales proyectándose de ahí con variaciones al orden internacional, sino más bien en el sentido mucho más avanzado de que construyen, en el propio plano *internacional*, un orden jurídico *constitucional* de respeto a los derechos humanos.³⁵

La naturaleza y límites del Control de Convencionalidad en el ámbito interno: La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.³⁶

En cuanto a la obligatoriedad del Control de convencionalidad por el poder judicial en el ámbito interno: Cuando un Estado ha ratificado

³⁵ CIDH. Voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade, a la Sentencia de Interpretación de la Sentencia de fondo, *Caso Trabajadores cesados del Congreso contra Perú*. Sentencia de noviembre 30 de 2007. Serie C No. 174, párrafo 7.

³⁶ CIDH. Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*. Sentencia de enero 27 de 2009. Serie c No. 186, párrafo 180.

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 competencias 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 este tipo de acciones.³⁷

En cuanto a las cláusulas constitucionales de Exclusión: El artículo 26 de la Constitución de Barbados previene que tribunales puedan declarar la inconstitucionalidad de leyes vigentes que hayan sido promulgadas antes de la entrada en vigor de la Constitución (...) Dicha sección se conoce como una “cláusula de exclusión” dado que no permite que dichas leyes se sometan a una revisión de constitucionalidad de normas, y por lo tanto, las “excluye” del alcance de tales procesos. En efecto, la Sección 26 no permite la impugnación de aquellas leyes vigentes, previas a la Constitución, con el propósito de revisar su constitucionalidad aun cuando el fin de dicha revisión sea analizar si la ley viola derechos y libertades fundamentales. (...) Por lo tanto, en virtud de la “cláusula de exclusión”, la constitucionalidad de la Sección 2 de la LDCP no puede ser impugnada a nivel interno (...) en el presente caso, el artículo 26 de la Constitución de Barbados le niega a sus ciudadanos en general, y a las presuntas

³⁷ Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, Párrafo 128.

víctimas en particular, el derecho de exigir protección judicial contra violaciones al derecho a la vida.³⁸

Estos elementos se han ido decantando en la doctrina y la práctica de la protección judicial de los DD.HH., sin embargo, el debate glocalizado acerca de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos y la internacionalización de la constitución, o mejor e incluso, del Estado constitucional y democrático de derecho, continúa de tal modo que cada ámbito busca en la máxima flexibilidad posible tratar de mantener incólume su importancia, presencia o primacía respecto de los ámbitos interactuantes, mediante una rica construcción dogmática que se pone a prueba y transforma especialmente en instituciones como el control de convencionalidad o el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional, como se verá en la segunda parte de este estudio.

Por lo pronto quisiera concluir esta primera parte, reproduciendo los apartes del 6 al 12 del voto disidente del juez Antonio Augusto Cançado Trindade en el asunto referente a la interpretación de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú³⁹, en el cual este juez, con su acostumbrada brillantez, no sólo analiza la realidad del avance del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano y el Europeo, sino que anticipa los elementos centrales de la discusión que se aborda en la segunda parte, acerca de los puntos de contacto, coincidencia y divergencia en los discursos y las prácticas relativas a la llamada “internacionalización de la constitución” y la “constitucionalización del derecho internacional”, así:

6. El derecho público interno esperó más de un par de siglos para alcanzar un grado de cohesión y jerarquización de modo a dotarse de un mecanismo de control de “constitucionalidad” de las leyes y

³⁸ CIDH. Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169. Párrafos 75, 76, 79.

³⁹ CIDH. Voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade, a la Sentencia de Interpretación de la Sentencia de fondo, *Caso Trabajadores cesados del Congreso contra Perú*. Sentencia de noviembre 30 de 2007. Serie C No. 174, párrafos 6–12.

los actos administrativos⁴⁰. Dicho control pasó a ser un medio para la protección de los derechos de la ciudadanía en general, y *a fortiori*, de todas las personas bajo la jurisdicción estatal, en un Estado de derecho⁴¹. Estos desarrollos en el derecho interno repercutieron, como no podría dejar de ocurrir, en la doctrina jusinternacionalista, que de ellos tomó nota⁴². A partir de mediados del siglo XX se pasó a hablar de “internacionalización” del derecho constitucional, y más recientemente, en las dos últimas décadas, de “constitucionalización” del derecho internacional.

7. Una y otra corrientes de pensamiento fomentaron una mayor cohesión en el ordenamiento jurídico, y ambas una mayor interacción entre los ordenamientos jurídicos internacional e interno en la protección de los derechos humanos⁴³. En el marco de esta más amplia dimensión doctrinal, se vino a reconocer que, en el plano internacional propiamente dicho, los tratados de derechos humanos tienen una *dimensión “constitucional”*, aquí mencionada no en sentido de su posición en la jerarquía de normas en el derecho interno, que de todos modos está rehén de lo que determinan las constituciones nacionales proyectándose de ahí con variaciones al orden internacional, sino más bien en el sentido mucho más avanzado de que construyen, en el propio plano *internacional*, un orden jurídico *constitucional* de respeto a los derechos humanos.

⁴⁰ Cf., v.g., M. Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, N.Y., Bobbs-Merrill Co., 1971, pp. 16-24 y 85-100; M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 21-22 y 75-76.

⁴¹ M. Cappelletti, *La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, México, UNAM, 1987, p. 239.

⁴² Cf., v.g., B. Mirkine-Guetzévitch, “Le droit constitutionnel et l’organisation de la paix”, 45 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1933) pp. 667-774; P. de Visscher, “Les tendances internationales des constitutions modernes”, 80 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1952) pp. 511-578; A. Cassese, “Modern Constitutions and International Law”, 192 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1985) pp. 331-476. - En una inspirada monografía publicada en 1944, el visionario jurista griego Nicolas Politis sostuvo que “les règles du droit des gens peuvent, moyennant certaines conditions, faire l’objet d’un contrôle juridictionnel”; N. Politis, *La morale internationale*, N.Y., Brentano’s, 1944, p. 67.

⁴³ Cf. A.A. Cançado Trindade, “Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)”, 202 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 9-435.

8. La Corte Europea de Derechos Humanos, al referirse a la Convención Europea de Derechos Humanos, utilizó efectivamente la expresión “instrumento constitucional del orden público europeo (*instrument constitutionnel de l’ordre public européen*)” en el caso *Loizidou versus Turquía* (Excepciones Preliminares, 1995, párr. 75), y la Corte Interamericana comenzó a pronunciarse al respecto en el presente caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (fondo y reparaciones, Sentencia del 24.11.2006); podía y debía ahora haber desarrollado su razonamiento en la presente Sentencia de Interpretación, para aclarar su posición en atención al punto 7(a) de la demanda de Interpretación de Sentencia presentada (el 05.02.2007) por los peticionarios en el *cas d’espèce*. Para eso, cuenta con una disposición clave de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, su artículo 2, - que no encuentra paralelo en la Convención Europea de Derechos Humanos, - la cual puede promover la referida “constitucionalización”.

9. La “constitucionalización” del Derecho Internacional (un nuevo desafío a la ciencia jurídica contemporánea) es, a mi juicio, mucho más significativa que la atomizada y variable “internacionalización” del Derecho Constitucional (esta última, ya estudiada hace más de cinco décadas). El artículo 2 de la Convención Americana, en virtud del cual los Estados Partes están obligados a armonizar su ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de la Convención Americana, abre efectivamente la posibilidad de un “control de convencionalidad”, con miras a determinar si los Estados Partes han efectivamente cumplido o no la obligación general del artículo 2 de la Convención Americana, así como la del artículo 1(1).

10. De ese modo, se puede alcanzar un *ordre public* internacional con mayor cohesión de respeto a los derechos humanos. La “constitucionalización” de los tratados de derechos humanos, a mi juicio, acompaña, así, *pari passu*, el control de su convencionalidad. Y

este último puede ser ejercido por los jueces de tribunales tanto nacionales como internacionales, dada la *interacción* entre los órdenes jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección.

11. Permítome, a continuación, recordar que, en mi Voto Razonado en el caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso versus Perú* (fondo y reparaciones, Sentencia del 24.11.2006), señalé que “Como vengo sosteniendo hace tantos años, los recursos efectivos de derecho *interno*, a los cuales se refieren expresamente determinadas disposiciones de los tratados de derechos humanos, integran la propia protección *internacional* de los derechos humanos.⁴⁴ (...)”

(...) Los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad*, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana. El caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso* plantea la cuestión, para estudios futuros sobre el tema del acceso a la justicia, si la falta de claridad en cuanto al *conjunto* de los recursos internos puede también conllevar a una denegación de justicia.

Me permito aquí recordar que, en mi Voto Razonado en el reciente caso *Goiburú y Otros versus Paraguay* (Sentencia del 22.09.2006), señalé que la Corte dio, en aquel caso, un paso adelante en cuanto a las prohibiciones del *jus cogens*, en el sentido en que yo venía pro-

⁴⁴ A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, University Press, 1983, pp. 279-287; A.A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2a. ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 243 y 265.

pugnando hace ya algún tiempo en el seno del Tribunal⁴⁵, al reconocer que dicho derecho imperativo abarca igualmente el derecho de acceso a la justicia *lato sensu*, o sea, el derecho a la prestación jurisdiccional plena. (...)” (párrs. 2-4).

12. Me permito agregar, en la misma línea de pensamiento, dos breves puntos adicionales atinentes a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Primero, el ejercicio del control de convencionalidad cabe, a mi juicio, como ya señalado, tanto a los jueces nacionales como a los internacionales (i.e., los de la Corte Interamericana). Es por eso que siempre he tenido una cierta dificultad con el puro *renvoi* de alguna cuestión pendiente ante la Corte a los órganos nacionales para la solución del diferendo, por entender que la Corte debería, siempre que fuera posible, presentar ella misma dicha solución. Segundo, la obligación general del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos abre camino para su “constitucionalización”, o sea, la “constitucionalización” de una convención internacional (enteramente distinta de la pretendida internacionalización del derecho constitucional, y mucho más avanzada que esta última).

⁴⁵ En efecto, en mi Voto Razonado en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (Sentencia del 25.11.2003), sostuve que se impone el *derecho al Derecho*, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana (párrs. 9-55).

Referencias

- Albanese, S. “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”. En: ALBANESE, S. (coord.) *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: EDIAR, 2008.
- Ambos, K. (2001). *Temas del Derecho Penal Internacional*. Bogotá, D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Ambos, K. (Coord.). (2002). *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post-Roma*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ambos, K. (2005). *Temas del Derecho Penal Internacional y Europeo*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Ambos, Kai (Ed.). (2006). *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V.
- Ambos, K. (2006). *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung.
- Ambos, K. (2007). *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung.
- Ambos, K. (2007). *La Corte Penal Internacional*. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni Editores.
- Ambos, K., De Hoyos, M. (eds). (2008). *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*. Granada: Editorial Comares.
- Ambos, K., Malarino, E. (Eds.). (2008). *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung.

- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá, D. C., Colombia: Legis.
- Atienza, M. (1995). Diez Consejos para escribir un buen trabajo de Dogmática. En: *ISONOMÍA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. No. 3.
- Atienza, M. (2008). *Ideas para una Filosofía del Derecho. Una propuesta para el mundo latino*. Lima, Perú: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Atienza, M. (2008). *Derecho y Argumentación*. En: Atienza, Manuel. *Ideas para una Filosofía del Derecho. Una propuesta para el mundo latino*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Bourdieu, P. Teubner, G. (2000). *La Fuerza del Derecho*. Bogotá, D. C., Colombia: Siglo del Hombre.
- Bovino, A., Courtis, C. *Por una dogmática conscientemente política*. En: Courtis, Christian (Comp). *Desde Otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba. 2001.
- Cançado Trindade, A. A. (2001). *Voto Razonado a la Sentencia de Fondo del caso Barrios Altos vs. Perú de 14 de marzo de 2001*. En: Corte Interamericana De Derechos Humanos. *Serie C: Resoluciones y Sentencias*. No. 75.
- Cassese, A., Delmas-Marty, M. (eds). (2004). *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*. Bogotá, D.C., Colombia: Norma.
- Comaille, J. (2010). ¿Es la justicia la nueva “razón” política universal?. En: *Revista Pensamiento Jurídico*. No. 27, enero-abril. Bogotá, D.C., Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Courtis, C. (Comp). (2001). *Desde Otra Mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires, Argentina: Eudeba.
- Courtis, C. (2009). *Ecos Cercanos. Estudios sobre derechos humanos y justicia*. Bogotá, D. C., Colombia: Siglo del Hombre.
- Courtis, C. *El juego de los juristas: ensayo de caracterización de la investigación dogmática*. En: *Ecos Cercanos. Estudios sobre derechos humanos y justicia*. Bogotá, D. C., Colombia: Siglo del Hombre. 2009.
- Douzinas, C. (2008). *El fin de los derechos humanos*. Bogotá: Legis.

- Douzinas, C., Goodrich, P. y Hachamovitch, Y. (Eds). (1994). *Politics, postmodernity and critical legal studies: the legality of the contingent*. London, New York: Routledge.
- Ferrajoli, L. (2011).** *El paradigma del Estado Constitucional de Derecho*. En: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*. Vol. 1. Teoría del Derecho. Madrid, España: Trotta.
- Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldivar Lelo de Larrea, A. (Coords). (2008). *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo IV. Derechos Fundamentales y tutela constitucional. México D. F.: UNAM.
- Ferrer Mac-Gregor, E. *El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional*, En: **FIX-ZAMUDIO, Héctor, VALADÉS, Diego. (Coords).** *Formación y perspectivas del Estado en México*. México D.F.: UNAM, 2010.
- Fix-Zamudio, H., Valadés, D. (Coords). (2010). *Formación y perspectivas del Estado en México*. México D.F.: UNAM.
- García Ramírez, S. (2007). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México, D.F.: Editorial Porrúa, 2007.
- García Villegas, M. (2009). *Los incumplidores de reglas*. En: *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*. Bogotá, D. C., Colombia: Siglo del Hombre.
- González Amuchastegui, J. (2001). *Concepto y Fundamento de los Derechos Humanos*. Bogotá, D. C., Colombia: Defensoría del Pueblo.
- Hardt, M. y Negri, A. (2002). *Imperio*. Buenos Aires, Argentina: Paidós.
- Hardt, M., Negri, A. (2004). “*La larga marcha de la democracia*”. En: *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*. Barcelona, España: Debate.
- Klabbers, Jan. “*Constitucionalismo ‘lite’*”. En: **URUEÑA, René.** *Derecho de las organizaciones internacionales*. Bogotá, D.C.: Universidad de los Andes; Temis, 2008.
- Lyotard, J. (1994). *La condicion postmoderna. Informe sobre el saber*. Madrid, España: Cátedra.
- Lyotard, J. (1994). *La posmodernidad (explicada a los niños)*. Barcelona, España: Gedisa.
- Moreno Hernández, M. (Coord). (2003). *Globalización e internacionalización del Derecho Penal. Implicaciones político-criminales y dogmáticas*. México, D.F.: Centro de estudios de Política Criminal y Ciencias Penales.

Patíño, C. (2005). *El origen del poder en Occidente. Estado, guerra y orden internacional*. Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre Editores.

Peña Solano, L. M. (2012). *De la pérdida del centro a la consolidación del “todo” (logos-ethos). “Entre el Pluralismo y la Alternatividad en una consideración Posmoderna del Derecho”*. (En Prensa).

Quinche Ramírez, M. F. (2009). *El control de convencionalidad y el sistema colombiano*. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. No. 12, julio-diciembre.

Robertson, G. (2008). *Crímenes contra la humanidad. La lucha por una justicia global*. Madrid, España: Siglo XXI, 2008.

Rodríguez Garavito, C. A. (2008). *La globalización del Estado de derecho: el neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*. Bogotá, D.C., Colombia: Uniandes.

Santos, B. de S. *Los procesos de globalización*. En: *La Caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. Bogotá: ILSA, 2003.

Uprimny Yepes, R. y Guarnizo, D. *La prohibición de regresividad y la protección de los derechos sociales: un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana*. En: **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo. (Coords).** *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Tomo IV. *Derechos Fundamentales y tutela constitucional*. México, D. F.: UNAM, 2008.

Urueña, R. (2008). *Derecho de las organizaciones internacionales*. Bogotá, D. C., Colombia: Universidad de los Andes; Temis.

Velásquez, F., Posada, R., Cadavid, A., Molina, R. y Sotomayor, Juan Oberto. (Coords). (2013). *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro homenaje a Nodier Agudelo Betancur*. Bogotá, D. C., Colombia: Ibáñez.

Zolo, D. (2007). *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*. Madrid, España: Trotta.

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Corte IDH. Caso Suárez Rosero contra Ecuador. Sentencia de noviembre 12 de 1997. Serie C No. 35.

CIDH. Caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú. Sentencia de mayo 30 de 1999. Serie C No. 52.

Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) contra Guatemala. Sentencia de noviembre 19 de 1999. Serie C No. 63.

CIDH. Caso “La última tentación de Cristo” contra Chile. Sentencia de febrero 5 de 2001. Serie C No. 73.

Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.

Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes contra Guatemala. Sentencia de septiembre 15 de 2005. Serie C No. 133.

CIDH. Caso de “La Masacre de Mapiripán” contra Colombia. Sentencia de septiembre 15 de 2005. Serie C No. 134.

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

CIDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

Corte IDH. Caso La Cantuta contra Perú. Sentencia de noviembre 29 de 2006. Serie C No. 162.

CIDH. Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

Corte IDH. Voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade, a la Sentencia de Interpretación de la Sentencia de fondo, Caso Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú. Sentencia de noviembre 30 de 2007. Serie C No. 174.

CIDH. Caso Castañeda Gutman contra Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de agosto 6 de 2008. Serie C No. 184.

Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal contra Panamá. Sentencia de enero 27 de 2009. Serie C No. 186.

CIDH. Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C No. 204.

CAPÍTULO II

La masacre de Mapiripán



Diana Patricia Arias Henao⁴⁶

Resumen

La masacre de Mapiripán ocurrió en julio de 1997 y en 2012 aún la verdad no ha sido revelada. Usos y abusos del derecho interno e internacional son las características de los marcos jurídicos susceptibles de manipulación y de caminos retóricos para transitar la cruenta violencia que desplegaron los grupos paramilitares bajo el mando de Carlos Castaño, el apoyo logístico de miembros del Ejército Nacional y vínculos ideológicos materiales de altos cargos políticos del Estado colombiano.

PALABRAS CLAVE: justicia interna, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Masacre de Mapiripán, responsabilidad internacional.

⁴⁶ Abogada litigante bilingüe, conciliadora extrajudicial en derecho, especialista en Derecho de las Telecomunicaciones y Magíster en Relaciones Internacionales, candidata a Doctora en Relaciones Internacionales, con amplios conocimientos en las distintas ramas de la ciencia jurídica y política, comercio exterior y negocios internacionales, amplio manejo de las actividades jurídicas de Telecomunicaciones, medios y procesos comunicacionales; experta en Derecho Constitucional, Derecho Internacional, Derecho Internacional Penal, Justicia Transicional, Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional Ambiental, Geopolítica, Geoestrategia, Política Exterior y Economía Internacional. Asesora jurídica-política con probada capacidad de adaptabilidad a los procesos de cambio, con sentido de definición de prioridades y capacidad de liderazgo. Docente e investigadora universitaria internacional en asuntos jurídicos, políticos y comerciales. ariashenaoabogados@hotmail.com.

Abstract

The Slaughter of Mapiripán occurred in July 1997 and in 2012 the truth has not yet been revealed. Uses and abuses of domestic and international law are the characteristics of legal frameworks capable of handling and rhetorical ways to move the bloody violence that deployed the paramilitary groups under the command of Carlos Castaño, the logistical support of National Army and ideological links materials of high political office of the Colombian state.

KEYWORDS: Internal Justice, Inter-American System of Human Rights, Mapiripán Slaughter, International Responsibility.

Introducción

El derecho internacional y su aplicación en el sistema internacional en general y en Colombia, en particular, se encuentra en auge y su importancia se incrementa. No obstante, la línea que separa el orden internacional y el interno ha empezado a hacerse borrosa, y cada vez más dentro del mundo globalizado, las materias jurídicas se convierten en intermísticas, es decir, de tratamiento e interés nacional e internacional.

A pesar del énfasis de seguridad y defensa de los últimos gobiernos colombianos en la formulación y gestión de sus políticas públicas y por ende en el desarrollo legislativo de sus marcos normativos, el señalamiento jurídico internacional al Estado aumenta, pero sus acercamientos políticos merman las consecuencias jurídicas al igual que los estándares soberanos.

El escenario internacional representa un salvavidas para los ciudadanos de sistemas jurídicos corruptos y violadores de DD.HH. A pesar de los sinsabores que deja el sistema jurídico nacional e interamericano sobre la verdad real y su reflejo en la verdad procesal, se produce un verdadero control de convencionalidad⁴⁷ (CC) en el caso de la masacre de Mapiripán.

La Corte IDH creó el concepto de CC “que recientemente fue acogido por la doctrina y figura en la jurisprudencia de varios países americanos... plant-

⁴⁷ Todo lo referido en el presente escrito acerca del control de convencionalidad (CC) hace parte de un material previamente elaborado por la autora dentro en el marco de su investigación doctoral, pero por su estrecha vinculación con la temática que se trata ha sido insertado al estudio de Mapiripán como propuesta de transformación entre las normas internacionales e internas en conflicto.

ea alternativas para el control judicial interno de convencionalidad... implica la consulta sobre convencionalidad de normas elevada a un tribunal superior competente para atender y resolver la consulta. De esta manera se sirve a la armonización de la jurisprudencia nacional y se evita la multiplicación de decisiones judiciales discrepantes” (García, 2011).

El CC fue rechazado en un inicio por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y como señala Rey Cantor (2008), sucedió un cambio jurisprudencial desde el Caso Suárez Rosero⁴⁸ al Caso Castillo Petruzzi⁴⁹.

Así, su primera aparición se dio en el Caso Myrna Mack Chang⁵⁰ en 2003, y dentro del SIDH ocurrió el 26.4.2006, cuando la Cort.IDH se pronunció en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile, de la siguiente forma: “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”⁵¹.

El CC es un “mecanismo que debe ser llevado a cabo, primero por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una comparación entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *Ius Cogens* o de la jurisprudencia de la Corte IDH; y luego esa tarea debe ser ejercida por (ella), si... el caso llega a sus estrados” (Hitters, 2009, p. 109-128). Su aplicación se caracteriza por el principio de subsidiariedad internacional y procede de oficio.

La masacre de Mapiripán ocurrió en 1997 y en 2005 el Estado colombiano reconoció su responsabilidad en la misma, sin embargo, el número de víctimas

48 Corte IDH, Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Sentencia de 12.11.1997, Serie C No. 35, párr. 98; véase también el Voto Razonado del Juez Caneado Trindade en el caso “La Última Tentación de Cristo” (Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” [Olmedo Bustos y otros] Vs. Chile, Sentencia de 5.22001, Serie C No. 73, párr. 13.

49 Cort.IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, Sentencia de 30.5.1999, Serie C No. 52.

50 CIDH Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Sentencia de 25.11.2003, Serie C No. 101.

51 <http://derechoshumanos-unab.blogspot.com/2012/05/el-control-de-convencionalidad-derecho.html>. Control de Convencionalidad: Derecho a la Carta. Párrafo 124.

fatales de la masacre no pudo ser determinado exactamente pues la mayoría de los cuerpos fueron descuartizados y arrojados al río Guaviare, y ese mismo año la Cort.IDH condenó a Colombia a reparar a los familiares de las víctimas, entre otras medidas.

Una vez reparados, en 2011 el Estado colombiano denunció en escenarios nacionales e internacionales que personas fueron reparadas haciéndose pasar por falsas víctimas. Empezaremos por explicar brevemente la estructura del SIDH y los hechos fácticos y jurídicos de la masacre, en los ámbitos nacional e internacional, para posibilitar al lector, decidir su posición al respecto.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)

Su misión es velar por la promoción y protección de los DD.HH. y constituye un mecanismo que pueden activar los ciudadanos de los Estados americanos para obligar a los Estados violadores de los DD.HH. a reparar a sus víctimas.

La estructura jurídica principal del SIDH se constituye en dos órganos autónomos de la OEA: (i) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con sede en Washington, D.C. y (ii) La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cort.IDH), ubicada en San José de Costa Rica. Sus fundamentos se soportan sobre la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁵² (1948), la Carta de la OEA (1948) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁵³, firmada 1969 y vigente desde 1978.

Los Estados miembros de la OEA son: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Repú-

⁵² Primer documento internacional de derechos humanos de carácter general.

⁵³ En noviembre de 1969 se celebró en San José de Costa Rica la Conferencia Especializada Interamericana sobre DD.HH. Los EM de la OEA convinieron la CADH, que entró en vigor el 18 de julio de 1978, al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación.

blica Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

La CADH a 2013 fue ratificada por 25 países: Argentina, Barbados, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay, Venezuela⁵⁴, y Trinidad y Tobago.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Se compone de siete personas expertas en el tema de DD.HH., quienes actúan a título personal y no representan los Estados de los cuales son originarios o nacionalizados. Son entonces, elegidos por meritocracia en la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de un listado presentado por los Estados miembros (EM), y se prohíbe que existan dos expertos de la misma nacionalidad.

Aparte de promover y proteger los DD.HH., sirve de órgano consultivo de la OEA. Su acto originario fue la Resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile (1959), comisionando por primera vez en 1960. El periodo de los comisionados es de cuatro años y pueden ser reelegidos por un período igual.

En 1965 la CIDH recibió y procesó denuncias o peticiones sobre casos individuales de violación de DD.HH. A diciembre de 2011 cuenta con 19.423 casos procesados o en procesamiento y sobre todos ellos elabora un informe detallado al público en general. Entre sus funciones principales se encuentran:

Funciones aplicadas a EM:

- Estimular la conciencia de los DD.HH. en los pueblos de América.

54 www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp.

- Formular recomendaciones a los gobiernos para que adopten medidas progresivas en favor de los DD.HH.
- Preparar estudios e informes, programas-presupuestos.
- Solicitar a gobiernos informes sobre DD.HH.
- Atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la OEA, le formulen.
- Practicar observaciones in loco en un Estado, con la anuencia o invitación del gobierno.

Funciones de la CIDH aplicadas a EM de la CADH:

- Diligenciar peticiones y otras comunicaciones.
- Comparecer ante la Cort.IDH en los casos previstos.
- Solicitar a la Cort.IDH las medidas provisionales pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento.
- Consultar a la CIDH acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados regionales sobre DD.HH.
- Someter a la consideración de la Asamblea General (AG) de la OEA proyectos de protocolos adicionales.
- Someter a la AG de la OEA propuestas de enmienda a la Convención.

Funciones de la CIDH aplicadas a EM-OEA que no son partes de la CADH:

- Observancia de los DD.HH.
- Examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y dirigirse a los gobiernos con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones.
- Verificar si los procesos y recursos internos fueron debidamente aplicados y agotados.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cort.IDH)

Órgano judicial de la OEA que goza de autonomía frente a los demás órganos de la misma. Su propósito es aplicar e interpretar la CADH y otros tratados del mismo tema, a los cuales se somete el llamado SIDH.

Son idiomas oficiales el español, francés, inglés y portugués. En 2012, 25 Estados americanos se han ratificado o adherido a la Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Venezuela y Uruguay⁵⁵. Trinidad y Tobago se retiró denunciando el tratado constitutivo. Perú denunció sin la debida forma la Convención, por lo que aún es parte.

Se compone de siete jueces nacionales de los EM de la OEA, elegidos por siete años con posibilidad de una única reelección, elegidos por meritocracia, sin que pueda haber más de un juez de la misma nacionalidad y no representan a sus Estados, sino actúan *intuitu personae*.

Sesionó por primera vez el 29 de junio de 1979 en la Washington, D. C., y su instalación oficial fue en septiembre de 1979 en San José de Costa Rica. En su sesión No. 9, la AG de la OEA aprobó el Estatuto de la Cort.IDH y en 1980 aprobó el Reglamento Interno que fue reformado en 2009.

Adicionalmente, en 1980 se creó, con sede en San José de Costa Rica, el Instituto Interamericano de DD.HH., mediante convenio entre la Cort.IDH y Costa Rica, que busca promover académica e investigativamente los DD.HH., haciendo hincapié en las enfermedades crónicas de la región. Este instituto apoya al SIDH en la protección a los DD.HH.

55 <http://www.corteidh.or.cr/historia.cfm>

Las principales funciones de la Cort. IDH, dentro de su competencia contenciosa y consultiva, pueden sintetizarse así:

Funciones Corte Interamericana de Derechos Humanos :

1. Competencia contenciosa

- EM de la OEA que han ratificado la CADH.
- Tiene competencia en casos relativos a interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención, siempre que los Estados partes hayan aceptado la competencia.
- Conoce casos de vulneración de un derecho o libertad protegidos por la Convención, siendo necesario el agotamiento de los recursos internos.
- Las personas, grupos o entidades que no son Estados no tienen capacidad de presentar casos ante la Corte, pero sí pueden recurrir ante la CIDH. La Comisión puede llevar un asunto ante la Corte, siempre que el Estado cuestionado haya aceptado su competencia. La CIDH siempre comparece ante la Corte.
- El procedimiento contradictorio termina con sentencia motivada, obligatoria, definitiva e inapelable y en los debidos casos llevará los salvamentos respectivos.
- En caso de duda sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, si se solicitó dentro de los 90 días siguientes a la notificación de la decisión.

2. Competencia Consultiva

- Los EM de la OEA pueden consultar a la Corte acerca de la interpretación de la CADH o de otros tratados de DD.HH. regionales. Así mismo, pueden consultarla, en su especialidad, los órganos de la OEA.
- A solicitud de un EM de la OEA, puede dar opiniones sobre la compatibilidad entre leyes locales y tratados.

La Cort.IDH ha sido blanco de críticas, en especial, por su politización (García y Verdugo), pero el caso de Mapiripán ha multiplicado las dudas de funcionamiento de la misma.

Hechos de la masacre de Mapiripán (Julio 15-20 de 1997)

Los antecedentes de la masacre se remontan al 12 de julio de 1997, cuando desde los *aeropuertos militarizados* de Necoclí y Apartadó, del Urabá antioqueño, partieron dos aviones que transportaron a los paramilitares y las respectivas municiones que generarían la macabra matanza. Estos aviones aterrizaron en otro *aeropuerto militarizado, policial y con batallón anti-narcóticos*, en San José del Guaviare, en el departamento del Meta.

Según la Fiscalía General de la Nación, el Ejército Colombiano permitió el aterrizaje y que abordaran libremente los camiones que allí esperaban al grupo, pues según las audiencias jurídicas donde se manifestaron los hechos, se confirmó que el mismo 15 de julio de 1997 el General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez, recibió del Mayor Hernán Orozco Castro, Comandante de la VII Brigada, un comunicado oficial informando los posibles hechos.

En el Urabá, los miembros de las Fuerzas Armadas de la Brigada XVII, bajo la comandancia del General Rito Alejo del Río, amigo cercano del ex presidente Álvaro Uribe Vélez, y condenado por actos vinculados con el paramilitarismo e investigado por homicidio, coordinó el embarque.

Ahora bien, una vez desembarcaron en el Guaviare, los paramilitares dirigidos y enviados por Carlos Castaño, pernoctaron en la inspección de policía de Charras y manifestaron públicamente en la plaza central la muerte a todo el que pagara vacunas a las FARC y al amanecer del 15 de julio se dirigieron a Mapiripán, y durante cinco días cometieron actos de barbarie y masacraron a su población, controlaron las comunicaciones y las instituciones.

La masacre se caracterizó, además de la constante crueldad y sevicia de los asesinatos, por el descuartizamiento de los cuerpos y su desaparición al arrojar las partes de las víctimas al río Guaviare, lo que generó la consecuente indeterminación del número de las personas que fueron masacradas, y que según la versión de Carlos Castaño, se trató de 49 personas.

En cuanto a los responsables de la masacre, se encuentran como actores materiales bajo las ordenes de Carlos Castaño a: Salvatore Mancuso, Vicente Castaño alias ‘Profesor Yarumo’, Cumbia, y de 40 a 60 paramilitares a su mando, dentro de la estructura terrorista. No obstante, quedan dudas sobre la autoría intelectual de la misma.

Por ejemplo, se comprobó durante las audiencias de justicia y paz, en el proceso contra “el ex paramilitar Humberto Victoria Oliveros, alias ‘Don Raúl’... que un grupo de ganaderos financiaron con 50 millones de pesos la masacre”⁵⁶.

Instancias nacionales

Las etapas de investigación y juzgamiento realizadas en Colombia, fueron objeto de duras críticas nacionales e internacionales.

La instancia nacional fue cuestionada por el abogado de las víctimas, Luis Guillermo Pérez⁵⁷, mediante una acción de tutela que emprendió ante la Corte Constitucional, logrando con el fallo que el caso de los militares implicados en la masacre fueran objeto de juicio por parte de la justicia ordinaria, pues su trámite en un inició ocurrió respetando el fuero militar.

Una duda constante del proceso jurídico de Mapiripán, como se mencionó anteriormente, fue la falta de determinación del número exacto de las víctimas de la masacre, omitiendo la responsabilidad del Estado en la debida identificación, en aquella época, por parte de la Unidad Nacional de DD.HH. de la Fiscalía General de la Nación.

⁵⁶ Ganaderos financiaron masacre de Mapiripán: Exparamilitar <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-321684>. 18.1.2012. El Espectador.

⁵⁷ Miembro del Colectivo de Abogados.

Sin embargo, declaró como víctimas a personas que no lo eran. Falsas víctimas reconocidas como tales por el Estado en fecha 4.3.2005, y previamente, por sus tribunales nacionales penales, disciplinarios y contencioso.

Mapiripán ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El 6 de octubre de 1999 el Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” –El Colectivo- y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, denunciaron la masacre en procedimiento jurídico internacional ante la CIDH.

El 22 de febrero de 2001, en sesión No. 110 la CIDH aprobó el Informe de Admisibilidad N° 34/01, conforme el cumplimiento de lo establecido en los artículos 46 y 47 de la CADH.

El 9 de marzo de 2001 la CIDH instó a las partes, sin éxito alguno, a llegar a una solución amistosa. El 8 de febrero de 2002 adoptó medidas cautelares a favor de testigos en el proceso judicial. El 12 de abril del mismo año dictó medidas cautelares al Teniente Coronel Hernán Orozco Castro, quien se desempeñaba como comandante interino del Batallón “Joaquín París”, cuando se produjo la masacre.

El 4 de marzo de 2003, en sesión No. 117° y de acuerdo al artículo 50, la CIDH aprobó el Informe de Fondo No. 38/03 y concluyó la responsabilidad internacional del Estado colombiano, en los siguientes términos: “Colombia es responsable por la violación de los derechos a la vida, integridad y libertad personales de las víctimas de la masacre... del derecho al debido proceso y la protección judicial de las víctimas y sus familiares, previstos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, así como del incumplimiento de su obligación de asegurar el respeto de los derechos previstos en dicho Tratado, en virtud de su artículo 1” y procedió a formularle recomendaciones, cuyas características y naturaleza jurídica no conllevan obligatoriedad pero sí al sometimiento del caso ante la Cort.IDH.

El 5 de junio de 2003 la CIDH remitió al Estado el mencionado Informe y le otorgó un plazo de dos meses para que comunicara las medidas que adoptaría y se sirviese manifestar su posición acerca del posible sometimiento del caso ante la Cort.IDH, notificando a los peticionarios el informe y solicitándoles comunicar su posición respecto del posible sometimiento del caso a la Cort.IDH.

El 9 de julio de 2003 los peticionarios confirmaron su intención del juzgamiento de la Cort.IDH. El 22 de agosto de 2003, después de dos prórrogas otorgadas por la CIDH, Colombia informó acoger las recomendaciones formuladas.

La CIDH presentó la demanda ante la Cort.IDH el 5 de septiembre de 2003, conforme los artículos 50 y 61 de la CADH, fundándose en la denuncia radicada bajo el No. 12.250 la Secretaría de la CIDH el 6 de octubre de 1999.

Los fundamentos de derecho objeto de investigación pueden sintetizarse en los siguientes artículos: 1.1 (Obligación de respetar los derechos); 4 (Vida); 5 (Integridad personal); 7 (Libertad personal); 8.1 (Garantías judiciales); 19 (Niños); 22 (Circulación y residencia); 25 (Protección judicial).

Mapiripán ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte confirmó su competencia para conocer del caso denunciado, conforme los requisitos establecidos en el artículo 62.3 de la CADH, argumentando que el Estado colombiano es miembro de la misma desde el 31 de julio de 1973 y reconoció la competencia contenciosa de la misma el 21 de junio de 1985.

El 28 de octubre de 2003 la Secretaría, previo examen preliminar del Presidente al texto de la demanda, notificó a las partes los plazos de contestación y de designación de representantes jurídicos. Adicionalmente, comunicó al Estado sobre su derecho de designar un juez *ad hoc*.

El 26 de enero de 2004, los representantes presentaron su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas. Por su parte, el 2 de abril de 2004 el Estado

presentó su escrito de excepciones preliminares, contestación de la demanda y de observaciones a las solicitudes y argumentos. El 19 de mayo de 2004 la CIDH y los representantes presentaron sus alegatos escritos sobre las excepciones preliminares.

El 28 de mayo de 2004 Colombia presentó un escrito de réplica a las observaciones que el Presidente resolvió no aceptar, pues se trataba de un acto procesal que no estaba previsto dentro del trámite jurídico internacional.

El 26 de enero de 2005 los representantes solicitaron conforme el artículo 45 del Reglamento de la Corte, que se ordenara al Estado suministrar toda la información correspondiente a las diversas diligencias probatorias surtidas internamente, referentes a la masacre.

El 28 de enero de 2005 el Presidente expidió Resolución de conformidad con los artículos 44 y 47.3 del Reglamento, requirió a testigos y otorgó plazo improrrogable de siete días a la CIDH y el Estado, para que presentaran sus observaciones. Además, convocó a los interesados a audiencia pública para el 7 de marzo de 2005 y ordenó al Estado suministrar la información en el sentido de lo solicitado por los representantes.

El 7 de marzo de 2005 se celebró la audiencia pública sobre excepciones preliminares y sobre el reconocimiento de responsabilidad.

La Corte dictó sentencia sobre los hechos reconocidos⁵⁸ y declaró continuar con el conocimiento sobre hechos ocurridos no abarcados en el reconocimiento de responsabilidad formulado por el Estado y continuó con la audiencia pública fondo, las reparaciones y costas, y escuchó los testimonios y peritaje.

El 8 de abril de 2005 el Estado, la Comisión y los representantes presentaron sus alegatos finales escritos. Así mismo, presentaron *amicus curiae*⁵⁹: el

⁵⁸ 1 Cfr. Caso de la "Masacre de Mapiripán". Excepciones Preliminares y Reconocimiento de Responsabilidad. Sentencia de 7 de marzo de 2004. Serie C No. 122. un paso hacia el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

⁵⁹ Los *Amicus Curiae* son memoriales ante órganos judiciales nacionales o internacionales que aportan argumentos a favor de una posición. <http://cejil.org/amicus-curiae>. Consultado el 7.17.2012.

9.5.2005 la Fundación Manuel Cepeda Vargas; el 15.5.2005 el Centro Internacional por la Justicia Transicional presentó; y el 30.8.2005 la *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme*.

La Cort.IDH solicitó información concerniente al proceso ayudas de programas de nacimiento, de matrimonio y de defunción.

El 22 de agosto de 2005 los representantes solicitaron que la Ley 975 de 2005 fuera considerada como un hecho superviniente en el presente caso, y que la Corte se pronunciara al respecto en la sentencia.

La sentencia o resolución⁶⁰ de la Cort.IDH declaró, por unanimidad, que el Estado violó los fundamentos de derecho invocados por los peticionarios y debe, entre otras medidas: determinar la responsabilidad intelectual y material de los autores y colaboradores o auspiciadores; individualizar e identificar, en un plazo razonable, a las víctimas ejecutadas y desaparecidas, así como sus familiares y garantizar sus condiciones de seguridad así como otros ex-pobladores de Mapiripán, que se hayan visto desplazados puedan regresar a Mapiripán, en caso de que así lo deseen; construir un monumento⁶¹ apropiado y digno para recordar los hechos; implementar programas de educación en DD.HH. y DIH permanentes dentro de las fuerzas armadas.

Mapiripán después del SIDH y jurisprudencia de responsabilidad internacional relativa al caso

Dentro de los trámites de la polémica Ley de Justicia y Paz, atentatoria del derecho internacional y local, pero campantemente vigente, se conocieron las falsas víctimas indemnizadas.

La Corte supervisa el cumplimiento íntegro de esta sentencia y dará por concluido el trámite jurídico interamericano cuando Colombia cumpla cabalmente lo ordenado.

⁶⁰ Serie C No. 134 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/Articulos/seriec_134_esp.doc

⁶¹ Monumento criticado, pues no lleva ningún nombre, específicamente para evitar controversias por la indeterminación de las víctimas.

En cuanto a las reparaciones se ordenó al Estado a que “individualice e identifique las víctimas ejecutadas y desaparecidas, así como sus familiares... tomando en cuenta las normas pertinentes en la materia, tales como las establecidas en el Manual de Naciones Unidas sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias”⁶².

Por su parte, la Resolución No. 1/03 dictaminó sobre juzgamiento de crímenes internacionales que: “los Estados deben considerar que los crímenes internacionales -tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra- aun cuando atañen a toda la comunidad internacional por su gravedad, afectan principalmente al Estado en cuya jurisdicción ocurrieron y de manera especial a la población de dicho Estado. Por tal motivo el principio de territorialidad debe prevalecer en caso de conflicto de jurisdicciones. Asimismo... exhorta a los Estados a que adopten las medidas necesarias para considerar estos crímenes internacionales como delitos que dan lugar a extradición”.

Falsas víctimas

El Estado denunció en 2011 fraude en la sentencia condenatoria de la Cort. IDH, por el conocimiento de al menos doce falsas víctimas de las 20 reparadas. Por ejemplo, personas que se habían declarado desaparecidas o muertas en la masacre, aparecieron vivas o murieron en circunstancias ajenas a los hechos acontecidos en julio de 1997 en el departamento del Meta.

⁶² Sentencia Cort.IDH, Mapiripán. (párr. 305).

Algunos de los casos más renombrados:

Beneficiario	M. Defensa Millones pesos	Hecho alegado Mapiripán	Hecho real
Familia Pinzón	258	Asesinato Jaime Riaño	Falleció 1989
Wilson Molina	395	Su propio asesinato	Desplazado en 1999 y en 2003 realizó cambio de cédula.
Mariela Contreras	1.751	1 familiar asesinado y 2 desaparecidos	Muerte anterior a los hechos y los desaparecidos uno fue dado de baja en las FARC y el otro se desmovilizó de la guerrilla en 2008.

No obstante, el caso más impactante dentro de la figura de las falsas víctimas lo protagoniza tristemente la señora Mariela Contreras, quien denunció en instancias nacionales e internacionales y fue reparada por el Estado, por el asesinato de un familiar y la desaparición de otros dos de los suyos dentro de los hechos ocurridos en Mapiripán.

Posteriormente, tras recibir casi dos mil millones de pesos, admitió en audiencia que la desaparición de sus dos hijos y la muerte de su esposo, ocurrieron en circunstancias ajenas a la masacre... su esposo fue asesinado por guerrilleros antes de 1997... Hugo Armando, uno de los hijos... realmente estuvo militando desde 1995 hasta el 2008 en la guerrilla⁶³.

⁶³ <http://m.eltiempo.com/justicia/fiscalia-denuncia-falsos-muertos-en-masacre-demapiripan/10636224/1/home>. Consultado el 17.7.2012.

Y, no obstante a sus contradictorias y comprobadas declaraciones, acusa al colectivo de abogados CCAJAR como brazo jurídico de las FARC, mientras expone que: “los abogados se aprovecharon de su ignorancia”⁶⁴, sostiene que no conocía sobre el trámite de “demanda por una indemnización... creía que ellos buscaban a la gente y eso era lo único que... quería en ese momento... nunca dije que mis hijos estuvieran muertos, yo les dije que estaban desaparecidos” (Caicedo, 2011).

El colectivo ha manifestado públicamente que su actuación como defensores de los DD.HH. “se basó en las declaraciones de las víctimas y las decisiones de tribunales nacionales a nivel penal, disciplinario y contencioso administrativo, que fueron tenidas en cuenta por el Estado de Colombia para reconocer el 4 de marzo de 2005, su responsabilidad internacional por la masacre de Mapiripán”⁶⁵.

Adicionalmente, han manifestado devolver inmediatamente el dinero recibido por honorarios, solicitando el número de cuenta para consignar los valores, sin embargo, el Estado se ha rehusado a recibirlo y actualmente el Colectivo denunció el hecho ante la Procuraduría General de la Nación.

En lo particular, se considera que no debería devolverse el dinero, pues el colectivo actuó de buena fe y con los soportes jurídicos entregados por los órganos encargados del Estado. Y coincidimos con la posición del colectivo respecto a estar incurriendo la beneficiaria en falso testimonio: “Ella nos dio su versión de lo que pasó con sus familiares y esa misma declaración la sostuvo ante la Fiscalía... Si ella ahora dice que no fue víctima de Mapiripán es ella quien debe aclarar sus actuaciones ante la justicia y el Estado tendría que proceder a demandarla por falso testimonio”⁶⁶.

64 El Espectador, 28 de octubre de 2011. Consultado el 17.7.2012.

65 www.colectivodeabogados.org/CCAJAR-Comunicado-a-la-opinion-1.11.2011. Consultado el 17.7.2012.

66 ¿Cuáles son las dudas y certezas de lo ocurrido en Mapiripán? <http://www.semana.com/nacion/mapiripan-dudas-certezas-masacre/174190-3.aspx>

Es de resaltar que frente a los nuevos hechos, el 26 de octubre de 2011, el Colectivo acusó a la Fiscalía General de la Nación por la omisión en la identificación de cadáveres que generaron las falsas denuncias.

No obstante, este entramado de negras actuaciones, no debe esconder la realidad macabra de la situación violenta en el Estado colombiano. Por eso, exponemos una pequeña parte del testimonio de un familiar reparado y víctima real: “A mi papá lo mataron, le metieron piedras en el cuerpo y lo tiraron al río. Nunca encontraron su cadáver... (El Colectivo me informó) que al final ellos se quedarían con un porcentaje del dinero que recibíamos”⁶⁷, del proceso adelantado en el marco del SIDH.

Por esto rechazamos la deslegitimación del SIDH, pues no debe impactar más que “hasta las masacres en Colombia se las roben o se hable de desfalco y no de reparación”⁶⁸, que el hecho de que el Estado coadyuva a asesinar con sevicia mediante grupos paramilitares y omisiones y ayudas de sus agentes oficiales, a personas inocentes y en condiciones de marginalidad, pues efectivamente sin la esfera internacional la cruel realidad de Mapiripán habría quedado impune.

¿Mala fe y premeditación estatal posterior a su actuación en el genocidio?

El Estado colombiano informó en 2007 a la Cort.IDH que existía incertidumbre acerca de dos casos de reparación por personas que se habían hecho pasar por víctimas de la masacre de Mapiripán, y sin embargo no lo eran.

Ante el anterior comunicado oficial, la Cort.IDH el 26.11.2008 le informó al Estado que tuvo conocimiento de esos hechos desde 2002, pero que sin embargo, solo notificó de los mismos hasta después de fallado el caso mediante sentencia o resolución y sostiene que el Estado no puede alegar los nuevos hechos en la etapa de supervisión del fallo.

67 www.semana.com/nacion/mapiripan-ahora-victimas-debemos-estado-culpables-masacre/167978-3.aspx Por Sally Palomino, periodista semana.co. Consultado el 7.17.2012.

68 Foro Universidad Sergio Arboleda. Carrusel de las víctimas! Hasta las masacres en Colombia se las roban. Manifestación del hijo del general Uscátegui www.uscateguiesinocente.com. Consultado el 17.7.2012.

Estimó que el SIDH juzga fundamentándose en los hechos y pruebas aportadas por las partes y recordó que cuando ocurren violaciones a los DD.HH. el Estado está obligado a investigar y no puede trasladar la carga de la investigación a las víctimas, ni a sus representantes.

Al parecer “un caso de errores compartidos. Del Estado y su aparato militar y de justicia. De unos particulares que quisieron hacer negocio con un hecho lamentable de la historia reciente del país... Del... (SIDH), por su propia naturaleza y estructura. El SIDH es falible... La justicia humana es falible, sea nacional o trasnacional, la Corte IDH funciona como justicia subsidiaria. Por esta razón, a ella no le corresponde investigar los crímenes nacionales, pues ésta es una labor de los aparatos investigativos internos”⁶⁹.

Como estrategia preventiva para evitar hechos como la reparación a falsas víctimas el gobierno creó la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Aunque debería bastar con la óptima actuación de los entes ya creados como la Fiscalía General de la Nación.

Soberanía y armonización de ordenamientos jurídicos por control de convencionalidad (CC)

El CC propicia la aplicación de normas locales acordes con el *corpus iuris* internacional. Existe un CC difuso y uno concentrado. El difuso lo realizan los órganos de poder judicial del Estado, conforme derecho constitucional y DIDD. HH. El concentrado lo ejerce la Cort.IDH, aplicando la CADH en procedimientos contenciosos.

En Colombia y en sendos ordenamientos jurídicos, los jueces “forzados por las circunstancias, han incluido como variable real de sus decisiones a la CADH y a los estándares y reglas articulados por las sentencias de la Cort.IDH” (Quinche, 2009, p.163-190).

⁶⁹ [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/notia1112105_\(las_lecciones_que_deja_el_caso_mapiripan\)](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/notia1112105_(las_lecciones_que_deja_el_caso_mapiripan)). Consultado el 17.7.2012.

Así, en diversos fallos de jurisdicción ordinaria... “como la primera sentencia proferida por la jurisdicción de Justicia y Paz... contra el paramilitar Wilson Salazar Carrascal, alias ‘el loro’⁷⁰; diversas sentencias de la jurisdicción penal, especialmente por homicidio, en las que el sistema de reparaciones acoge las reglas de la Cort.IDH⁷¹; y decisiones de la justicia administrativa, en procesos ordinarios de reparación por daño... contra el Estado... se ha dado también aplicación a la Convención y al contenido de decisiones de la Cort.IDH”⁷².

Entonces, mientras que “los tribunales constitucionales controlan la constitucionalidad, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la convencionalidad de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público -y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano... pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”⁷³.

El CC entonces, “no se ocupa en sí de las cuestiones locales, sino que su tarea es la de inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sujetas a su competencia” (Albar y Cancado, 1998, p.584), ni de modificar el derecho local “y por ende no se convierte en una cuarta instancia que deja sin efecto las leyes de los países” (Hitters, 2008, p. 1.169). Pretendiendo evitar que el Estado “incurra en responsabilidad estatal (arts. 1.1 y 2)” (Hitters, 2007, p. 875).

Estructurándose su naturaleza jurídica en una “especie de casación regional que sirve para unificar la interpretación jurídica de los países plegados al modelo, que abarca en el ámbito interamericano más de trescientos millones de habitantes”⁷⁴.

⁷⁰ Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia 3.19.2009. No. 11001600253200680526.

⁷¹ Juzgado 56 Penal del Circuito de Bogotá. Sentencia condenatoria 1.29.2009. No. 110013104056-2008-00016-00 NI 2008-00016.

⁷² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 3ra. Sentencia 1.28.2009. 30340 (R-20030015801).

⁷³ Corte IDH, Caso Tibi. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

⁷⁴ Tratado de la UE, art. 56: recurso de casación ante el Tribunal de Luxemburgo, contra las sentencias dictadas por el órgano Jurisdiccional de Primera Instancia de dicha Comunidad.

El CC refuerza el derecho a la verdad, obligando al Estado a investigar las violaciones de DD.HH. como deber jurídico propio y garantizando que las reclamaciones de reparación no configuren cargas procesales excesivas que revictimicen a los lesionados y sus causahabientes.

Posibilita además, en el caso de que aparezcan “nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables... pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada”⁷⁵.

En consecuencia, la violación de obligaciones internacionales o supranacionales conlleva la adecuación de los ordenamientos jurídicos internos, sin que esto genere riesgo alguno a la soberanía, sino por el contrario cristaliza su armonización intermística y configura un verdadero Estado soberano, en el supuesto donde los sujetos de derecho internacional contemporáneo actúen conforme el deber ser.

De esta forma, “si los preceptos domésticos... legislativos o de cualquier otro carácter, y las prácticas estatales de cualquiera de los tres poderes no protegen debidamente las libertades fundamentales enunciadas por el derecho internacional, la nación debe adecuarlas y, en su caso, suprimir aquellas que desbordan el esquema o crear las que corresponda. Estamos hablando del deber general del Estado de adecuación de las reglas domésticas (arts. 1.2 y 2 de la Convención)⁷⁶.”

La consolidación plena del CC podría generar una congestión judicial interamericana mayor a la que ya presentan los ordenamientos jurídicos internos, lo que probaría las violaciones sistemáticas estatales que configuran una especie de terrorismo soberano, y sus cimientos están listos y aceptados desde la obligación a los miembros del artículo segundo de la CADH, de armonizar su ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección interamericana, pudiendo configurar un orden público interamericano.

⁷⁵ Caso de la masacre de La Rochela contra Colombia. Sentencia 11.5. 2007. Serie C No. 163, párrafo 197.

⁷⁶ Caso «Instituto de Reeducción del Menor», Sentencia 2.9.2004, Serie C N° 112, nota 135, HITTERS, Juan Carlos, Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales, Ley 2007-C, p. 875, nota 23.

Así, una verdadera soberanía debe estar armonizada con las normativas internacionales que acoge voluntariamente y aquellas que tácitamente lo obligan como el *Ius Cogens*. El CC no choca con los ordenamientos jurídicos internos, pues estos a través de la teoría voluntarista los acogieron y, previamente, expresaron su deseo de pertenecer a los organismos internacionales que los vigían y sancionan. El viejo problema visible de ser los Estados jueces y partes, en un mismo asunto.

La efectividad de los ordenamientos jurídicos internos debe reflejarse en la inactividad de los instrumentos internacionales de protección de derechos. Tal y como lo establece el artículo 93 de la Constitución Política, dejando clara la prevalencia de las normas internacionales sobre las internas en materia de DD.HH.

Conclusiones

- Sí existió la masacre de Mapiripán y el Estado reconoció su responsabilidad por el apoyo militar directo en el descuartizamiento de seres humanos humildes e indefensos con la responsabilidad material de las AUC, pero aún no se determina la responsabilidad intelectual.
- Es el Estado el que debe determinar las víctimas y, actualmente, sigue omitiendo su deber de determinarlas.
- Si existen falsas víctimas, este hecho no anula la cruel realidad y la responsabilidad del Estado.
- Las sentencias internacionales contribuyen a un Estado colombiano con menor impunidad y con mayor control de generar actos en contravía de la humanidad.
- El fuero militar es un escenario restrictivo al deber ser.
- La masacre de Mapiripán tuvo la suerte de ser una masacre mediática, pues limitó la impunidad crónica que viven muchas masacres que no son mediatizadas.
- En derecho internacional, luego de masacres una corriente orquestada desde la derecha y el gobierno que pretenden mitificar las masacres... por ejemplo, en Ruanda también hay quienes sostienen que la masacre entre hutus y tutsis es una leyenda.

- La masacre no puede centrarse en un aspecto cuantitativo. El negacionismo afecta el derecho a la verdad.
- Se está aprovechando las falsas víctimas. ¿Acaso será un pacto previo funcional a la deslegitimación del SIDH? Indiscutiblemente, el punto de atención no debe ser las falencias jurídicas procesales y los intereses particularísimos, sino los hechos fácticos de la masacre, la crueldad desplegada por autores no estatales y estatales, el sufrimiento de cada víctima y familiar, el miedo de cada uno de los colombianos y el sinsabor de los espectadores de la comunidad internacional.

Referencias

- Albar, G. y Cancado Trindade, A. (1998). Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos. En: El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Costa Rica: Cox Editores.
- Caicedo, J. A. (2011). La Guerra Jurídica sin Máscara. Recuperado de: <http://www.restauracionacional.org/?cat=282>.
- Consejo de Estado de la República de Colombia. (2009). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 3ra. Sentencia 1.28.2009. 30340 (R-20030015801).
- Cort.IDH. (1997). Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentencia de 12.11.1997, Serie C No. 35, párrafo. 98.
- Cort.IDH. (1999). Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Sentencia de 30.5.1999, Serie C No. 52.
- Cort.IDH. (2004). Caso de la “Masacre de Mapiripán”. Excepciones Preliminares y Reconocimiento de Responsabilidad. Sentencia de 7 de marzo de 2004. Serie C No. 122. Un paso hacia el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.
- Cort.IDH. (2007). Caso Instituto de Reeducación del Menor. Sentencia 2.9.2004, Serie C N° 112, nota 135. En: HITTERS, Juan. (2007). Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales, Ley 2007-C, p. 875, nota 23.
- Cort.IDH. (2007). Caso de la masacre La Rochela contra Colombia. Sentencia 11.5.2007. Serie C No. 163, párrafo. 197.
- Cort.IDH. Corte IDH, Caso Tibi. voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párrafo. 3.
- García Ramírez, S. (2003). Voto razonado. Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de 25.11.2003, Serie C No. 101.

García Ramírez, S. (2011). *Revista IUS* ISSN 1870-2147 vol.5 no.28 Puebla 12.2011 control judicial interno de convencionalidad Sergio García UNAM, México.

García, J. F. y Verdugo, S. Libertad y Desarrollo, Radiografía Política al Sistema Interamericano de DD.HH.

Hitters, J. (2007). Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales, La Ley 2007-C.

Hitters, J. (2008). ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?. La Ley 2008-E.

Hitters, J. (2009). Control de Constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. *Estudios constitucionales*. 10.4067/S0718-52002009000200005. Año 7, N° 2.

Juzgado 56 Penal del Circuito de Bogotá. Sentencia condenatoria 1.29.2009. No. 110013104056-2008-00016-00 NI 2008-00016.

Quinche Ramírez, M. F. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. 163 núm. 12, julio-diciembre.

Rey Cantor, E. (2008). Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos. México, D. F.: Editorial Porrúa.

Tratado de la Unión Europea. 1992.

Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia 3.19.2009. No. 11001600253200680526.

Referencias electrónicas

[http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti11112105_\(las_lecciones_que_deja_el_caso_mapiripan\)](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti11112105_(las_lecciones_que_deja_el_caso_mapiripan)). Consultado el 17.7.2012.

<http://cejil.org/amicus-curiae>. Consultado el 7.17.2012.

www.colectivodeabogados.org/CCAJAR-Comunicado-a-la-opinion 1.11. 2011. Consultado el 17.7.2012.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/Articulos/seriec_134_esp.doc

<http://www.corteidh.or.cr/historia.cfm>

<http://derechoshumanos-unab.blogspot.com/2012/05/el-control-de-convencionalidad-derecho.html>. Control de Convencionalidad: Derecho a la Carta. Consultado el 14.7.2012.

<http://www.elspectador.com/noticias/judicial/articulo-321684>. 18.1.2012. El Espectador.

<http://m.eltiempo.com/justicia/fiscalia-denuncia-falsos-muertos-en-masacre-demapiripan/10636224/1/home>. Consultado el 17.7.2012.

<http://www.restauracionacional.org/?cat=282> Jorge Alberto 12.12.2011.

<http://www.semana.com/nacion/mapiripan-dudas-certezas-masacre/174190-3.aspx>

www.semana.com/nacion/mapiripan-ahora-victimas-debemos-estado-culpables-masacre/167978-3.aspx. Consultado el 7.17.2012.

www.uscateguiesinocente.com. Consultado el 17.7.2012.

CAPÍTULO III

Consideraciones sobre la violación 'legal' de los derechos humanos por medio de la aplicación de la detención preventiva como enmascaramiento de la pena criminal



Leonel Mauricio Peña Solano ⁷⁷

Observado los discursos oficiales, los cuales incluyen también las diversas expresiones doctrinarias y de aplicación de la ley por parte de la jurisprudencia de las altas cortes en Colombia, existe una visión excesivamente formalista del problema que representa la detención preventiva ante la sociedad colombiana. Es así como para hablar de la situación de las personas a quienes se les aplica tal medida de aseguramiento, se les describe como aquellos a quienes se les imponen medidas de tipo cautelar, las cuales, como lo expresa la Corte Constitucional:

“constituyen actos jurisdiccionales de naturaleza preventiva y provisional que, de oficio o a solicitud de parte, se ejecutan sobre personas, bienes y medios de prueba para mantener respecto de estos un estado de cosas similar al que existía al momento de iniciarse el trámite judicial, buscando la efectiva ejecución de la providencia estimatoria e impidiendo que el perjuicio ocasionado con vulneración de un derecho sustancial se haga más gravoso como consecuencia del tiempo que tarda el proceso en llegar a su fin...”⁷⁸.

⁷⁷ Candidato a Doctor en Derecho y Abogado de la misma Universidad. Magister en Derechos Humanos y Democratización de las Universidades Carlos III de Madrid y Externado de Colombia. Ex Magistrado Auxiliar de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Consultor Internacional. Ha sido docente en la Universidad Nacional de Colombia, Universidad del Rosario, Universidad Agraria de Colombia, Universidad Autónoma de Colombia, entre otras.

⁷⁸ Sentencia C-634 de 2000

Por lo cual, desde una revisión de este tipo se puede llegar fácilmente a la conclusión de que la detención preventiva, más allá de poner en juego derechos fundamentales de quienes están sujetos a ella, son personas que deben ceder los mismos ante las exigencias de la colectividad y, más concretamente, de la juridicidad, con lo cual, de algún modo quedaría borrada su vivencia y, con más exactitud, el sufrimiento de su encarcelación a favor de un orden institucional que a la vez se fundamenta y legitima en un supuesto estado de garantía y promoción de derechos fundamentales.

La Corte Constitucional señaló, por ejemplo, en materia de detención preventiva revisada desde el derecho fundamental de la libertad personal que:

“... El postulado constitucional y abstracto de la libertad individual encuentra una legítima limitación en la figura de la detención preventiva cuya finalidad, evidentemente, no está en sancionar al procesado por la comisión de un delito, pues está visto que tal responsabilidad sólo surge con la sentencia condenatoria, sino en la necesidad primaria de asegurar su comparecencia al proceso, dándole vía libre a la efectiva actuación del Estado en su función de garante de los derechos constitucionales”.⁷⁹

Desde la revisión formal de la construcción de la ley, han aparecido en la historia cierta cantidad de contradicciones que por vía doctrinaria han intentado salvar la relación detención preventiva–derechos fundamentales. Pero en todo caso, superando este nivel del análisis e introduciéndonos en el de la comprobación material de la situación de respeto de los derechos humanos y de promoción de éstos, a partir de la totalidad del ordenamiento jurídico, en nuestro caso, en materia procesal penal, hallamos en primer lugar que “no sólo en la fase de ejecución de las penas (y de las medidas de aseguramiento, sino que también...) en la fase de creación y aplicación de las normas del sistema penal, la división de los colombianos en “buenos” y “malos” hecha arbitrariamente, instrumentaliza a los seleccionados a favor del Estado y del *Status quo*: la “gran mayoría” de “buenos” representaría el consenso” (Martínez, 1999, p. 29), con

⁷⁹ *Ibidem*.

lo cual, los otros, los que se encuentran por fuera de los criterios de “normalidad” oficial que representa el hecho de no transgredir la ley del Estado, “los malos”, representarían una población marginal a la cual se le puede violar derechos fundamentales a favor de la “normalidad social” representada en la juridicidad, usando como justificación la argumentación legal del cumplimiento formal de la constitución en el proceso de la aplicación irrestricta de las leyes.

En segundo lugar y derivado de lo anterior se encuentra que “en un análisis diagnóstico de los sistemas de justicia penal en cualquier país del mundo el sistema penitenciario es, sin lugar a dudas, el que presenta un cuadro de mayor gravedad, con problemas que tienen que ver con la vida, la seguridad, la salud de miles de personas y con la violación sistemática de estos y otros derechos fundamentales, que son violados, paradójicamente, por el sistema de justicia creado, justamente, para tutelarlos” (Carranza, 1999).

Finalmente, se encuentra que pese a los discursos oficiales y la generación de una conciencia social en torno de la peligrosidad de los delincuentes y de la provisionalidad y precariedad de la medida de la detención preventiva, lo cual la convierte en una medida respetuosa con respecto al principio de presunción de inocencia y de la libertad individual, debemos decir que “dentro del tema penitenciario, el subtema de los ‘presos sin condena’ es el más alarmante, por cuanto se trata de presos que no han sido formalmente condenados, pero que están cumpliendo materialmente una condena, aunque un gran número de ellos será posteriormente declarados inocentes (sobreseídos o absueltos)” (Carranza, 1999).

A partir de estas reflexiones indagaremos acerca de la realidad, valga la redundancia, material o fáctica, de la situación de los detenidos preventivamente en Colombia, apuntando hacia observar si efectivamente con esta medida lo que se busca es lograr más altos niveles de bienestar y seguridad del orden jurídico, de las instituciones y de la ciudadanía, o si estamos perpetuando y legitimando un procedimiento harto conocido en los sistemas inquisitivos propios de la edad media⁸⁰ como lo es el de la anticipación de la pena en la búsqueda

⁸⁰ Para ampliar este tema ver: IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Presunción de Inocencia y Prisión sin condena*. Tomado de: ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA. Revista: CIENCIAS PENALES. Agosto 1997, Año 9, N° 13.

de pruebas incriminantes, mediante la negación de los principios y garantías procesales básicos que le asisten al imputado, lo mismo que el respeto de la totalidad de sus derechos fundamentales, propio de la inclusión en un espacio reconocido por servir para la violación sistemática de los mismos: la cárcel⁸¹.

El discurso oficial indica que, evidentemente, las características legales propias en medio de las cuales aparece la institución de la detención preventiva en Colombia, no permiten de ninguna manera el confundirla con la ejecución de la pena; es más, si bien se considera que en medio de la ejecución de la pena criminal se está ante la suspensión de algunos derechos del sujeto penado, puesto que es parte de la sanción esa pérdida de derechos, en la detención preventiva no se da el fenómeno de la suspensión, limitación y/o pérdida de derechos por parte del imputado; sino que, por el contrario, la situación de retención bajo custodia de la guardia carcelaria lo que va a hacer es a solidificar la acción del orden jurídico, salvaguardar su seguridad y garantizar la realización efectiva de la justicia.

La Corte Constitucional recientemente ha señalado:

*“La institución de la detención preventiva es compatible con la Constitución y no resulta contraria a la presunción de inocencia, en cuanto que, precisamente, tiene un carácter preventivo, no sancionatorio. Es por eso que la Corte Constitucional ha distinguido entre ella y la pena...”*⁸².

En otra sentencia, mucho más precisa sobre el contenido de las diferencias entre detención y pena, ha dicho la Corte:

“Una cosa es detener al individuo contra el cual existen indicios graves acerca de que pueda ser responsable penalmente, para que esté a disposición de la administración de justicia mientras se adelanta el

⁸¹ Sobre el tema ver: BERGALLI, Roberto. *Cárcel y Derechos Humanos*. Tomado de: ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA. Revista: CIENCIAS PENALES. Julio 1993, Año 5, N° 7.

⁸² Sentencia C-774 de 2001. Asimismo se ha pronunciado sobre el tema en las sentencias: C-301 de 1993, C-106 de 1994, C-689 de 1996, C-327 de 1997 y C-425 de 1997, tal y como lo señala la primera sentencia citada a tenor literal.

*proceso en su contra, y otra muy distinta que, cumplidos los trámites procesales y celebrado el juicio con observancia de todas las garantías, reconocimiento y práctica del derecho de defensa, se llegue por el juez a la convicción de que en realidad existe esa responsabilidad penal y de que, por tanto, debe aplicarse la sanción contemplada en la ley...”*⁸³.

Y en otra decisión parecida, concluyó:

“La detención preventiva, que implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal con los indicados fines, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 28, inciso 1°, de la Constitución Política, no quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues la adopción de tal medida no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolución...”

*... La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia, pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal...”*⁸⁴.

Habiéndose abordado y conceptualizado oficialmente sobre el tema en este sentido, corresponde a un estudio que se precie de tratar de exceder el campo del análisis puramente formal, buscar en la órbita de lo fáctico, si efectivamente la garantía de los derechos fundamentales que se expresa en la presunta diferenciación existente entre detenidos y penados en nuestro país de verdad opera. Por lo anterior, ahora trataremos de plantear un panorama de la situación carcelaria que deben vivir los detenidos preventivamente y las consecuencias

⁸³ Sentencia C-106 de 1994

⁸⁴ Sentencia C-689 de 1996

tanto formales y materiales que frente a nuestro orden institucional y legal este fenómeno plantea.

En este sentido reafirmamos que “los presos sin condena, teóricamente, están amparados por el principio de inocencia y por las garantías del debido proceso, que debe ser rápido, sin afectar por ello el derecho de defensa. Sin embargo, en los hechos, la mayoría de los países de la región (Latinoamérica) exhiben un número de presos sin condena que permanecen en prisión por largos periodos de tiempo, y que no obstante la prisión preventiva de que fueron objeto, son posteriormente puestos en libertad por haber sido declarados inocentes” (Arqueros y Tozzini, 1994, p. 70).

La duración excesiva de la detención preventiva es uno de los múltiples problemas que han surgido en cuanto al cumplimiento material de la medida en nuestros países, los cuales, en gran medida, tienen su caldo de cultivo en el anterior. Así los lapsos extendidos de aplicación de las medidas van a coadyuvar a elevar los indicadores de hacinamiento en las cárceles, y aparejado a este problema viene el de la violación a la dignidad humana, producida por las condiciones mismas en que se cumplen las penas y las medidas de aseguramiento dentro de las instituciones de reclusión.

Doctrinariamente, se ha fundamentado que la prisión preventiva, cautelar o provisoria no es una pena o una condena, sino una medida cautelar. Sin embargo, es evidente que, en lo material, es una pena, en el sentido de restricción de derechos y de infligir un dolor o castigo, y es por ello que las legislaciones establecen, en forma generalizada, que el tiempo transcurrido en prisión preventiva se computa como parte de la condena (Arqueros y Tozzini, 1994, p. 70), lo cual de todos modos no va a aliviar el hecho de los sufrimientos e indignidades ya sufridas durante el cumplimiento de la medida de aseguramiento.

En Latinoamérica la gran mayoría de los países presentan altos índices de presos sin condena en sus establecimientos carcelarios, lo cual se acentúa en algunos como Colombia, donde las medidas de detención preventiva se cumplen indiscriminadamente, tanto en instituciones carcelarias que son las destinadas

para los detenidos, como en penitenciarías junto con personas que ya están cumpliendo con la pena criminal, con lo cual de paso queda demostrado que incluso los espacios y las condiciones en las cuales se cumplen “las medidas cautelares” de detención preventiva y las penas son idénticas.

En el caso colombiano, la cantidad de presos sin condena o detenidos preventivamente llega al 49 % de la población reclusa, lo cual se presenta como primer y principal indicador de la violación a las normas internacionales en materia de derechos de los reclusos⁸⁵, en las cuales se indica que la detención preventiva es en esencia una medida de carácter excepcional y no general, que es en efecto lo que NO muestra la estadística analizada.

En el interior del país resulta evidente cómo la población de sindicatos reclusos en las cárceles colombianas, en la mayoría de los casos es igual, ligeramente menor o mayor que la de los condenados, con lo cual se evidencia que en nuestro país la detención preventiva es la regla general.

En análisis realizados por el profesor Elías Carranza con respecto a los países de Latinoamérica, él hace especial referencia a que las cifras en las cuales sustenta sus estudios dejan por fuera la cantidad de detenidos en otros centros de reclusión diversos a las cárceles y las penitenciarías, como lo son las dependencias policiales; en las cuales, sin temor a equivocarse, existen gran cantidad de encarcelados que hacen aún más dramática la estadística en la materia.

Esta es una realidad que no es ajena a la situación colombiana, donde por vía de las detenciones en establecimientos no carcelarios el índice de detenidos preventivamente en situaciones irregulares crece mucho más.

Los estudios y estadísticas que muestran directamente la difícil situación carcelaria vivida por los detenidos preventivamente, por su situación de extensión temporal excesiva de la medida como por lesiones a la dignidad humana a causa del hacinamiento fueron tenidas en cuenta por, tal vez el único

⁸⁵ Obsérvese por ejemplo las normas establecidas en la Resolución 45/110 de la Asamblea General de las Naciones Unidas reunida el 14 de diciembre de 1990, también conocida como las “Reglas de Tokio”, en especial las comprendidas en los artículos 2,3 y 6,2.

pronunciamiento de fondo que en la materia ha hecho la Corte Constitucional, mediante la sentencia T-153 de 1998, sobre el estado de cosas inconstitucional en las cárceles colombianas, en la cual va a superar la visión formalista para efectivamente reconocer que es deber del Estado entrar a actuar en lo concerniente a asegurar condiciones de vida digna para los reclusos de los centros de reclusión del país.

Al respecto la citada sentencia señala:

“Con todo, las prescripciones de los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y Carcelario, de los tratados y acuerdos internacionales citados y la misma jurisprudencia de la Corte acerca de los derechos de los reclusos constituyen letra muerta. Las condiciones de vida en los penales colombianos vulneran evidentemente la dignidad de los penados y amenazan otros de sus derechos, tales como la vida y la integridad personal, su derecho a la familia, etc. (...), la situación descrita anteriormente tiende más bien a confirmar el lugar común acerca de que las cárceles son escuelas del crimen, generadoras de ocio, violencia y corrupción”⁸⁶.

En estas condiciones materiales no queda otra opción que reconocer de manera preliminar, como la misma sentencia lo hace entender, que de acuerdo con las prácticas judiciales colombianas en las cuales la medida de aseguramiento de detención preventiva se acostumbra a imponer privilegiada e indiscriminadamente, la frontera de separación entre la pena y la medida de seguridad en su aspecto material, cada vez más se va desdibujando.

Este efecto ha venido dándose, sobretodo, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000, en la cual se eliminan las medidas de aseguramiento caucionales y conminatorias, dejando como imponible únicamente la detención preventiva, lo cual de por sí para muchos autores (Molina, 2001, p.106 y ss.; Londoño, 2000, p. 69 y ss.), va a generar un problema agudo de violación de derechos humanos, al fomentar el hacinamiento en los centros de reclusión

⁸⁶ Sentencia T-153 de 1998

y al quitar la oportunidad al procesado de garantizar su comparecencia al proceso y su sometimiento a los requerimientos de la administración de justicia, en cuanto a desarrollar normalmente el proceso judicial en su contra, mediante mecanismos diversos que no afecten de manera grave su libertad, y con ello se quiera reconocer o no por los discursos oficiales, limitar y en muchos casos negar fácticamente sus derechos a la presunción de inocencia, al debido proceso, a la defensa, a la libertad y a la dignidad humana.

Indudablemente, el análisis que hemos presentado hasta aquí, el cual recoge algunos elementos para realizar una visión de conjunto acerca de la situación presentada a raíz de la existencia de una figura nefasta para la concreción del goce de los derechos humanos, todo ello desde dentro del Derecho Procesal Penal colombiano, como lo es la de la detención preventiva, nos obliga a tomar posición propositiva en la materia con el objetivo claro de tratar de extirpar de nuestro ordenamiento jurídico, partiendo de la Constitución Política misma, todos aquellos rezagos de épocas pretéritas donde la omnipotencia del Estado era la nota predominante, en cuanto a la aplicación arbitraria de la ley sobre los ciudadanos que impávidos debían resignarse a ceder sus espacios de libertad con base en la coacción y la fuerza.

Algunas de las conclusiones que se extraen de la revisión constitucional, legal, legal internacional, jurisprudencial, jusfilosófica y sociológica, confluyen en afirmar que es necesario generar toda una transformación institucional que permita ampliar los espacios de libertad de los individuos, para que sean ellos en su diario actuar quienes solidifiquen la existencia cada vez más próxima de un real Estado Social de Derecho de tipo democrático.

En este sentido, la figura de la detención preventiva no tiene lugar, ni razón de ser en esta nueva visión de mundo y de interacción social. La detención preventiva, que valdría mejor la pena llamarla ‘prisión’ “provisional”, es uno de esos fantasmas del ‘peligrosismo’ propio de un derecho penal y procesal penal, heredado de los regímenes autoritarios propios de Estados xenofóbicos al estilo de la Alemania Nazi o del Franquismo español, que con su existencia en la

actualidad dicen muy mal de los Estados que lo mantienen bien como forma de control social previo o como forma de anticipación de la condena.

Lo anterior es lo que ha dado por llamarse Estado Policial, es decir, aquel que para controlar la acción de la sociedad requiere de negarla mediante la limitación total de sus derechos. Este Estado policial hoy en día se puede ver en los países más atrasados o en aquellos donde ideologías militaristas o xenofóbicas-autoritaristas han vuelto a tener acogida, con lo cual, sin lugar a dudas, se ha ido amenazando la relativa calma en el ámbito mundial.

Las respuestas que desde nuestro margen⁸⁷ podemos dar a tan delicada situación de derechos humanos, derivada de la existencia y aplicación actual de la detención preventiva en nuestro país, tienen varios caminos posibles los cuales no deben quedar aislados entre sí, sino que deben generar una acción o efecto de conjunto que asegure la posibilidad de defensa de los derechos humanos y del Estado social de derecho y la democracia.

Constitucionalmente es necesario, como ya se verá, que la libertad tome una importancia radical en el sentido que toda interferencia por vía de la normatividad de la Carta Política corresponda con un valor inaplazable para la convivencia humana, mas no por un simple interés de control social desmedido del Estado. La libertad del individuo, que es la condición de posibilidad del disfrute de la vida y de los derechos fundamentales, no puede estar mediatizada al caprichoso carcelero de la administración o gobierno de turno, lo mismo que no puede quedar en manos de los agentes encargados de la seguridad interna del Estado la interpretación (que obviamente desde el principio va a ser sesgada con tendencia a la limitación total) de los vacíos constitucionales que dejan la puerta abierta para que los derechos humanos sean coartados.

Asimismo, la ley no puede, excusándose en la presunta permisividad constitucional, generar auténticos estatutos omnipotentes de persecución de la acción común del ciudadano para criminalizarla, y mucho más cuando se criminaliza de manera anticipada, mal llamada, preventiva.

⁸⁷ Ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología. Aproximación desde un margen*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999. También al respecto del mismo autor: *En busca de las penas...* (Pág. 92-142).

Los avances en materia jurisprudencial son gigantescos, más aún en materia jusfilosófica y sociológica, donde desde el orden de los discursos, por lo menos ya se entiende que el derecho está sobrepasando la realidad, teniendo como consecuencia principal la negación del hombre y su dignidad. Por lo cual desde estos espacios de reflexión la crítica es aguda y su acción se vuelve efectiva; por ejemplo, es indudable que aunque la interpretación policial hecha por el funcionario administrativo encargado de la seguridad interior haga que en el ejercicio de sus funciones día a día crezcan la cantidad de detenidos preventivamente, también es indudable que también crece el restablecimiento de los derechos de la libertad de los detenidos preventivamente, gracias a las sentencias de tutela de los jueces constitucionales y en especial de la Corte Constitucional, con lo cual le estamos quitando mucho terreno a los secuestros institucionales⁸⁸ contra la ciudadanía.

Asimismo, cada vez son más las voces de teóricos e intelectuales que desde sus diversas disciplinas imploran por generar y respetar más espacios para la libertad y la vida. En términos generales, podemos afirmar que, con excepción de algunos sectores académicos, amigos de las visiones fascistas de los Estados transnacionales y de las grandes potencias imperiales⁸⁹, la academia y la intelectualidad de hoy es radical en la afirmación de colocar la dignidad humana y la vida en el más alto pedestal de lo que es hoy la forma de organización del mundo, con lo cual toda institución que no sea consecuente con tal afirmación de legitimidad se entiende que está en proceso de extinción.

Algunos planteamientos estructurales a la salida respecto de la situación descrita son los que en adelante me permitiré plantear con el convencimiento de que pueden ser excelentes herramientas en el propósito de volver cada vez más sólido nuestro Estado social de derecho, pero también con la conciencia de que son apenas un pequeño paso en el propósito de defender a como dé lugar la libertad y la vida.

⁸⁸ Sobre el tema ver: BERGALLI, Roberto. *Cárcel y Derechos Humanos*. Tomado de: CIENCIAS PENALES. *Revista de la asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Julio 1993, Año 5, N° 7.

⁸⁹ Ver: NEGRI, Toni. *Imperio*.

Sin duda alguna, la petición de la nueva teoría del derecho penal y del derecho procesal penal radica en la generación de un derecho penal, en términos de Hassemer, antropocéntrico, donde el hombre, sus derechos fundamentales y en general todas sus situaciones de vida sean consideradas no como objeto de control, sino como espacios de libertad.

En este sentido, la propuesta de este trabajo consiste en hacer del derecho procesal penal un mecanismo por medio del cual se brinden todas las garantías a los sujetos, para que habiéndoseles brindado por parte del Estado todas las posibilidades verdaderas de ser escuchados y haber podido interactuar en el proceso judicial, lo mismo que llevar a cabo libremente su defensa, se sometan voluntariamente, con resignación y aceptación, a las sentencias judiciales, puesto que habrán sido vencidos en franca lid, sin trampas, ni ventajas indebidas, de ninguna clase.

En este sentido habrá que brindarles a los enjuiciados la plenitud de garantías, para que su caso sea verdaderamente observado y la decisión que se tome por el funcionario judicial sea efectivamente la correcta, la más necesaria y la más conveniente para el caso en cuestión.

La solución a esta aporía es muy simple, si se ha demostrado que la institución de la detención preventiva es inocua, viola los derechos humanos y no resulta conveniente para un país donde de lo que se trata es que las instituciones jurídicas coadyuven en la construcción de mejores espacios para la democracia: la detención preventiva debe desaparecer.

Medidas de aseguramiento como las que se planteaban en el Decreto 2700 de 1991 pueden regresar renovadas a nuestra legislación penal, con la seguridad que encontrarán respaldo en la Constitución Política, en la práctica judicial y en la conciencia colectiva, por lo cual toda limitación excesiva de la libertad debe desaparecer.

La detención preventiva, al igual que otras formas legales de violación de los derechos humanos resultan verdaderos obstáculos institucionales a la con-

secución de la paz y la justicia social, por lo cual deben ser dejados en el olvido o por lo menos, en la conciencia de lo que no debe ser el derecho procesal penal en Colombia.

Todo Estado que se precie de buscar mayores espacios para la libertad y la dignidad humana, de ningún modo puede ser inferior a su obligación de hacer efectivo el goce de los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluso de aquellos que han violado la ley, y especialmente de aquellos, como el caso de los detenidos preventivamente, que por su situación material actual se encuentran en especiales estados de vulnerabilidad, reconocidos y protegidos por la Constitución Nacional.

Referencias

- Arqueros, M. de las M. y Tozzini A., C. A. (1978).** *Los Procesos de la efectividad de las penas de encierro.* Buenos Aires, Argentina: Depalma. Tomado de: Ministerio de Justicia y del Derecho. *Documentos y propuestas sobre alternatividad penal.* Santafé de Bogotá: Imprenta Nacional, 1994.
- Bergalli, R. (1993).** *Cárcel y Derechos Humanos.* Tomado de: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Revista: Ciencias Penales. Julio 1993, Año 5, N° 7.
- Carranza Lucero, E. (1999).** *Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa.* Tomado de: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Revista: Ciencias Penales. Mayo 1999, Año 11, N° 16.
- Ibáñez, P. A. (1997).** *Presunción de inocencia y prisión sin condena.* Tomado de: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Revista: Ciencias Penales. Agosto 1997, Año 9, N° 13.
- Londoño Jiménez, H. (2000).** *Cómo se atenta contra la libertad en el proceso penal.* En: Nuevo Foro Penal. Santa Fe de Bogotá: Temis, 2000 (N° 63, Enero - Abril).
- Martínez Sánchez, M. (1999).** *La Crisis de la justicia penal en Colombia. Promesas constitucionales incumplidas.* Santa Fe de Bogotá, Colombia: Temis.
- Molina Arrubla, C. M. (2001).** *La Detención preventiva en el nuevo Código Procesal Penal. ¿Evolución o involución legislativa?* Bogotá, D. C., Colombia: Librería Jurídica Sánchez R.,
- Negri, T. (2002).** *Imperio.* Barcelona, España: Paidós.
- Zaffaroni, E. R. (1993).** *En busca de las penas perdidas.* Bogotá, Colombia: Temis.
- Zaffaroni, E. R. (1999).** *Criminología. Aproximación desde un margen.* Santa Fe de Bogotá, Colombia: Temis.

CAPÍTULO IV

Resoluciones y sentencias

Resolución 45/110 de la Asamblea General de las Naciones Unidas reunida el 14 de Diciembre de 1990, (Reglas de Tokio).

Sentencia C-106 de 1994

Sentencia C-689 de 1996

Sentencia T-153 de 1998

Sentencia C-774 de 2001

Valor jurídico
del pacto
internacional
de derechos
económicos,
sociales y
culturales y de
las observaciones
generales del
comité derechos
económicos,
sociales y
culturales en los
ordenamientos
jurídicos
latinoamericanos



José Alfonso Valbuena Leguízamo

La justicia latinoamericana ha aplicado el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente desde 1975, con la incorporación de referencias a los instrumentos internacionales en el derecho interno en las constituciones. El uso que se ha hecho de los estándares internacionales de derechos humanos, se puede sintetizar en (Rossi y Filippini, p. 2-4): (i) aplicación nacional directa de normas de derecho internacional; (ii) utilización de normas internacionales como pautas de interpretación de la ley interna (constitución y/o leyes); (iii) utilización de normas internacionales como complemento de la normativa interna (constitución y/o leyes); (iv) consideración de las interpretaciones de los órganos internacionales de protección de derechos humanos para definir el alcance de las normas previstas en pactos y declaraciones; (v) consideración de esas mismas interpretaciones para moldear la hermenéutica constitucional y/o legal, y (vi) aplicación de decisiones de órganos internacionales judiciales o cuasijudiciales en casos individuales.

En el presente artículo nos proponemos analizar el valor jurídico del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y de las observaciones generales del Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en los ordenamientos jurídicos de los Estados latinoamericanos. Para lograr el objetivo señalado, inicialmente presentaremos un contexto general sobre el PIDESC, el Comité DESC y las observaciones generales; luego

expondremos la forma en que se reciben los tratados en las diferentes constituciones políticas latinoamericanas; seguidamente asumiremos el tema sobre el valor jurídico del PIDESC en Latinoamérica, y el valor jurídico de las observaciones generales del Comité DESC. Para ello complementaremos el trabajo con el estudio de (Rossi y Filippini, p. 2-4). Por último presentaremos unas conclusiones generales.

El PIDESC, el Comité DESC y las observaciones generales

El PIDESC se aprobó en 1966 y entró en vigor en 1977, en la actualidad son 159 Estados partes. Todos los Estados latinoamericanos, a excepción de Puerto Rico, han firmado y/o ratificado el PIDESC⁹⁰. El mecanismo existente para controlar el cumplimiento del Pacto es el sistema de informes periódicos de los Estados⁹¹.

El Pacto consta del preámbulo y cinco partes. En el preámbulo se reconoce que los DESC se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana y que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. En la Parte I se menciona el derecho de los pueblos a su libre autodeterminación. En la Parte II se incluyen los principios de progresividad y prohibición de discriminación. En la Parte III se desarrolla el derecho

⁹⁰ Los siguientes países latinoamericanos han firmado y/o ratificado el PIDESC: Argentina (firma 19/02/68, ratificación 08/08/86); Bolivia (ratificación 12/08/82); Brasil (ratificación 24/01/92); Chile (firma 16/09/69, ratificación 10/02/72); Colombia (firma 21/12/66, ratificación 29/10/769); Costa Rica (firma 19/12/66, ratificación 29/11/68); Cuba (firma 28/02/08); Ecuador (firma 29/09/67, ratificación 06/03/69); El Salvador (firma 21/09/67, ratificación 30/11/79); Guatemala (ratificación 19/05/88); Honduras (firma 19/12/66, ratificación 17/02/81); México (ratificación 23/03/81); Nicaragua (ratificación 12/03/80); Panamá (firma 27/07/76, ratificación 08/03/77); Paraguay (ratificación 10/06/92); Perú (firma 11/08/77, ratificación 28/04/78); República Dominicana (firma 04/01/78), Uruguay (firma 21/02/67, ratificación 01/04/70); Venezuela (firma 24/06/69, ratificación 10/05/78).

⁹¹ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, 2008. 406 págs. Disponible en: http://www.pj.gov.py/ddh/docs_ddh/Proteccion_internacional_de_lo_%20DESC.pdf, pág. 62.

al trabajo, la libertad sindical, el derecho de huelga, el derecho a la seguridad social, la protección de la familia, las madres, los niños y los adolescentes, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a la protección contra el hambre, el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a participar en la vida cultural y a disfrutar de los progresos científicos. En la Parte IV se menciona el tema de informes, recomendaciones y observaciones. Finalmente, en la Parte V se señalan los mecanismos para firma, ratificación, adhesión, entrada en vigor y enmiendas⁹².

El Comité DESC es el órgano encargado de la supervisión del PIDESC. Fue creado por el Consejo Económico y Social en 1985. Está conformado por 18 expertos elegidos para períodos de cuatro años, con posibilidad de ser reelegidos y su tarea es la de estudiar los informes de los Estados y elaborar sugerencias y recomendaciones de carácter general. El Comité se reúne en períodos de sesiones de tres semanas cada uno, dos veces al año⁹³. Desde 1989, el Comité publica su interpretación de las disposiciones del Pacto, en forma de observaciones generales, que se constituyen en la interpretación autorizada del Pacto⁹⁴. Hasta 2010 el Comité había publicado un total de 21 observaciones generales⁹⁵. En las

⁹² PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 16 de diciembre de 1966

⁹³ IIDH, *Op. Cit.*, p. 109.

⁹⁴ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Vigilancia del ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>

⁹⁵ Nro. 1 (1989): sobre los informes de los Estados parte;
Nro. 2 (1990): sobre las medidas de asistencia técnica internacional (art. 22 del Pacto);
Nro. 3 (1990): sobre la naturaleza de las obligaciones de los Estados parte (art. 2, párr. 1 del Pacto);
Nro. 4 (1991): sobre el derecho a una vivienda adecuada (art. 11, párr. 1 del Pacto);
Nro. 5 (1994): sobre las personas con discapacidades;
Nro. 6 (1995): sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad avanzada;
Nro. 7 (1997): sobre el derecho a una vivienda adecuada (art. 11, párr. 1 del Pacto): desalojos forzosos;
Nro. 8 (1997): sobre la relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales;
Nro. 9 (1998): sobre la aplicación nacional del Pacto;
Nro. 10 (1998): sobre el papel de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales;
Nro. 11 (1999): sobre los planes de acción para la educación primaria (art. 14 del Pacto);
Nro. 12 (1999): sobre el derecho a una alimentación adecuada (art. 11 del Pacto);
Nro. 13 (1999): sobre el derecho a la educación (art. 13 del Pacto);
Nro. 14 (2000): sobre el derecho al estándar más alto posible de salud (art. 12 del Pacto);
Nro. 15 (2002): sobre el derecho al agua (arts. 11 y 12 del Pacto);
Nro. 16 (2005): sobre el derecho de hombres y mujeres a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales (art. 3 del Pacto)

observaciones generales se encuentran definiciones y desarrollo del contenido de los derechos, precisiones sobre las obligaciones del Estado, las medidas que deben adoptarse y las situaciones en que se considera violado un derecho.

RECEPCIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS

En la Constitución de Argentina los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes (artículo 75, 22). Por disposición expresa de este mismo artículo, tienen jerarquía constitucional y se entienden como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño.

La Constitución Boliviana, en el artículo 13, 2, consagra una cláusula de derechos innominados con el siguiente contenido: “Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados”. En el numeral 4 del artículo 13 se le da prevalencia en el orden interno a los tratados y convenios internacionales, ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción; adicionalmente, se registra que los derechos y deberes consagrados en la Constitución se deben interpretar de

Nro. 17 (2005): sobre el derecho de toda persona a beneficiarse del avance de la ciencia (art. 15 No, 1c).

Nro. 18 (2005): sobre el derecho al trabajo (art. 6 del Pacto)

Nro. 19 (2008): sobre el derecho a la seguridad social

Nro. 20 (2009): sobre la no discriminación

Nro. 21 (2010): sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural

conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado. La garantía por parte del Estado de los derechos constitucionales y legales se hace extensiva a los consagrados en tratados internacionales de derechos humanos (artículo 14,3); a la Defensoría del Pueblo se le encarga de velar por la vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de los derechos humanos, individuales y colectivos constitucionales, legales y de los establecidos en los instrumentos internacionales (artículo 218,1). En los casos en que se declaren derechos o interpretaciones más favorables a los contenidos en la Constitución, en los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos firmados, ratificados o a los que haya adherido el Estado, se aplican de manera preferente sobre ésta (artículo 256, numerales 1 y 2). Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno (artículo 257, 1). El bloque de constitucionalidad está integrado por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y las normas de derecho comunitario, ratificados por el país. En la aplicación de las normas jurídicas, la mayor jerarquía la detenta la Constitución, luego los tratados internacionales (artículo 410, 2).

El artículo 5,77,2 de la República Federativa de Brasil contiene cláusula de derechos innominados, “Los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que sea parte”. La Constitución de Chile señala como deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos garantizados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados y vigentes (artículo 5).

La Constitución Política de Colombia consagra en su artículo 93 la prevalencia en el orden interno de los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción. En el mismo artículo se ordena interpretar los derechos y deberes constitucionales, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. En la Constitución colombiana también se relacionan los derechos de los niños consagra-

dos en los tratados internacionales ratificados por Colombia (artículo 44) y los convenios internacionales del trabajo ratificados, como parte de la legislación interna (artículo 53). Una cláusula de derechos innominados se encuentra en el artículo 94: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

De las constituciones latinoamericanas, la del Ecuador es la que más desarrolla el tema de los tratados internacionales. Se señala dentro de los deberes del Estado el de garantizar los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales (artículo 3,1). En concordancia, el artículo 10 consagra la titularidad de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, del goce a los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución ecuatoriana y en los instrumentos internacionales de derechos humanos son de directa e inmediata aplicación (artículo 11). Se da la orden a la Asamblea Nacional y a todo órgano con potestad normativa de adecuar, formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales (artículo 84). En el artículo 93 se consagra la acción por incumplimiento ante la Corte Constitucional. El objeto de esta acción es garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos. Una cláusula de derechos innominados, contenida en el artículo 11,7, consagra que “El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”. La administración de justicia se sujeta a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley (artículo 172). El artículo 417 señala que en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se deben aplicar los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad

directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecen sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público (artículo 424). En la aplicación de las normas, el principal orden jerárquico corresponde a la Constitución, luego los tratados y convenios internacionales (artículo 425). El artículo 426 ordena a las autoridades judiciales y administrativas, servidoras y servidores públicos, aplicar directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución.

La Constitución de El Salvador contempla que los tratados internacionales constituyen leyes de la República y en caso de conflicto entre el tratado y la ley prevalece el tratado (artículo 144). La Constitución guatemalteca le otorga preeminencia sobre el derecho interno a los tratados y convenciones aceptados y ratificados por el Estado, como principio general en materia de derechos humanos (artículo 46). En la Constitución de Honduras, en caso de conflicto entre el tratado o convención y la Ley prevalece el primero (artículo 18). El artículo 94 de la Constitución mexicana encarga a la ley la fijación de los términos en que deba ser obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del poder judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano.

La Constitución de Nicaragua es clara en expresar en el artículo 46, que en el territorio nacional “toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos”.

La Constitución de Paraguay, en el artículo 137, enuncia el orden de prelación del derecho positivo nacional: la Constitución como Ley Suprema; los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía.

El artículo 205 de la Constitución peruana dispone que agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos constitucionales, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte. En la cuarta disposición final se ordena que las normas relativas a los derechos y a las libertades constitucionales se interpreten de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por Perú.

El artículo 72 de la Constitución de Uruguay contiene una cláusula de derechos innominados: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

El artículo 22 de la Constitución venezolana contempla una cláusula de derechos innominados: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”. Si contienen normas sobre goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley, los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público (artículo 23). En Venezuela, por virtud del artículo 27, los tribunales deben amparar el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, “aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internaciona-

les sobre derechos humanos”. La Constitución venezolana incluye en el artículo 78 la protección constitucional y de tratados internacionales a los niños, niñas y adolescentes. El derecho a la salud como derecho social fundamental se consagra en el artículo 83, de conformidad con los tratados y convenios internacionales. Se asigna a la Defensoría del Pueblo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías constitucionales de los consagrados en los tratados internacionales (artículo 280); en igual sentido se señalan las atribuciones del Ministerio Público en la garantía en los procesos judiciales (artículo 285,1).

La Constitución costarricense no particulariza en el tema de los tratados internacionales, a lo sumo, el artículo 10 asigna a una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia conocer de la aprobación de convenios o tratados internacionales. Sin embargo, se da un reconocimiento constitucional a los tratados de derechos humanos por vía pretoriana de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Con base en el artículo 48 constitucional se reconoce que los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen no sólo valor equivalente a la Constitución Política, sino que tienen prioridad en tanto otorguen mayores derechos o garantías a las personas⁹⁶.

Por su parte, las constituciones de Cuba, Panamá, Puerto Rico y República Dominicana no mencionan el tema de los tratados.

De lo visto, podemos concluir que son varias las constituciones que establecen que los tratados de derechos humanos tienen preeminencia por sobre el derecho interno, por lo cual el PIDESC tiene plena vigencia. Es el caso de Bolivia, Colombia, El Salvador, Guatemala y Nicaragua. Las constituciones de Argentina y Venezuela reconocen en forma expresa que los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional e incluso que son de aplicación inmediata y directa; en esa medida las normas del PIDESC entrarían en ese ámbito de aplicación.

96 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA - Sentencia Sala Constitucional N° 3435-92.

Los tribunales, el PIDESC y las observaciones generales

Los órganos judiciales encargados de los contenidos de los tratados ratificados por los respectivos Estados asumen en Latinoamérica diversas formas. Son varios los países en los cuales la Corte Suprema de Justicia actúa como defensora de la Constitución, sin tener una sala especializada: Argentina, México, Panamá, República Dominicana y Uruguay. También es el caso del Supremo Tribunal Federal de Brasil y el Tribunal Supremo en Puerto Rico.

En Costa Rica, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua y Paraguay existe una Sala Constitucional como parte orgánica de la Corte. Venezuela cuenta con Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia. Los países con Tribunal Constitucional son: Bolivia, Chile y Perú; con la denominación de Corte Constitucional en Colombia, Ecuador y Guatemala.

En Cuba el máximo órgano del Poder Judicial es el Tribunal Supremo de Justicia y se proyecta la creación de una sala como Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, para conocer, entre otros, de asuntos de inconstitucionalidad.

Los tribunales anteriormente mencionados se han pronunciado respecto de los tratados internacionales. Se destacan los desarrollos jurisprudenciales sobre el Pacto y/o las observaciones generales de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Perú y Venezuela.

En Argentina la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplica en forma directa o alude a normas de tratados que protegen derechos sociales para complementar normas constitucionales existentes. También apela a las decisiones e informes de los órganos de protección del Sistema de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano para el trabajo hermenéutico. La Corte Argentina ha considerado las observaciones generales y las observaciones finales del Comité de DESC y las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuentes de interpretación⁹⁷.

⁹⁷ ROSSI y FILIPPINI, *Op. Cit.* p. 4. Se citan, por ejemplo a Aquino, Isacio *c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente - ley 9688*, 21 de septiembre de 2004; Reyes Aguilera, Daniela *c/Estado Nacional*, 4 de septiembre de 2007.

En muchos casos, el Tribunal Constitucional boliviano ha aplicado y se ha referido a normas de tratados que protegen DESC, como el PIDESC, para complementar normas constitucionales y/o legales⁹⁸.

En Colombia, la Corte Constitucional ha aplicado normas de tratados que protegen DESC para complementar y reforzar normas constitucionales ya existentes en la materia y en otros supuestos de manera autónoma⁹⁹. La Corte también ha registrado el alcance del principio de progresividad y no regresividad, de acuerdo al contenido del PIDESC y la jurisprudencia del Comité DESC¹⁰⁰. También se ha apelado a decisiones e informes del Comité DESC para interpretar las normas de derechos humanos contenidas en textos internacionales o en la Constitución Política¹⁰¹.

En Costa Rica la jurisprudencia constitucional ha adoptado la tesis de la supraconstitucionalidad de los tratados sobre derechos humanos¹⁰². Se han tomado en consideración las observaciones generales del Comité DESC como fuentes de interpretación¹⁰³. Por su parte, en El Salvador la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que los tratados internacionales pueden invocarse como fundamento complementario de la pretensión de inconstitucionalidad¹⁰⁴.

En Perú el Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho a la salud debe ser interpretado en concordancia con el PIDESC¹⁰⁵. También se han tomado en consideración las observaciones generales¹⁰⁶ y las observaciones finales

⁹⁸ ROSSI y FILIPPINI, *Op. Cit.* p. 5. Se citan, por ejemplo Sentencia Constitucional 1527 /2003-R, 27 de octubre de 2003; Sentencia Constitucional 0172/2006-R, 16 de febrero de 2006; Sentencia Constitucional 0069/2006, 8 de agosto de 2006.

⁹⁹ ROSSI y FILIPPINI, *Op. Cit.* p. 6. Se citan, por ejemplo las Sentencias T-341/94, T-323/94; SU-1150 y T-025/04, ROSSI y FILIPPINI, *Op. Cit.* p. 6. Se cita, por ejemplo, la Sentencia T-25/04.

¹⁰⁰ ROSSI y FILIPPINI, *Op. Cit.* p. 6. Se cita la Sentencia T-083/08 en la cual se utilizó la Observación General No. 14 para interpretar el contenido normativo del derecho a la salud.

¹⁰¹ ROSSI y FILIPPINI, *Op. Cit.* p. 7. Se citan las sentencias N° 3435-92 y N° 5759-93

¹⁰² ROSSI y FILIPPINI, *Op. Cit.* p. 8. Se citan las sentencias No. 04654 del 27 de mayo de 2003 y la No. 11430 del 10 de agosto de 2007.

¹⁰³ ROSSI y FILIPPINI, *Op. Cit.* p. 8. Proceso de Inconstitucionalidad 24-1997/21-1998, 26 de septiembre de 2000.

¹⁰⁴ ROSSI y FILIPPINI, *Op. Cit.* p. 11. Se cita la sentencia R.J.S.A. Vda. de R., Expediente No 3081-2007-PA/TC, 9 de noviembre de 2007.

¹⁰⁵ ROSSI y FILIPPINI, *Op. Cit.* p. 11. Se citan las sentencias Callao Feliciano Contreras Arana, Exp. N.° 4646-

del Comité DESC. Por último, en Venezuela la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha aludido a normas de tratados que protegen DESC para complementar normas constitucionales ya existentes¹⁰⁷.

VALOR JURÍDICO DEL PIDESC

El Pacto es un tratado internacional con carácter vinculante para los Estados que lo hayan ratificado, que incurrirán en responsabilidad internacional si no cumplen con las obligaciones en él contenidas¹⁰⁸. En este sentido, el Pacto cuenta con fuerza vinculante en todos los Estados latinoamericanos que lo han ratificado: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Por tanto, tal como lo ha manifestado el Comité DESC en la observación general No. 9¹⁰⁹, las cuestiones relacionadas con la aplicación interna del Pacto deben considerarse teniendo en cuenta el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, en el que se afirma que: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Al ratificar el PIDESC los Estados se vinculan con el cumplimiento de las obligaciones genéricas, respetar, proteger y realizar los derechos económicos, sociales y culturales. La obligación de respetar le impone al Estado el deber de abstenerse de cualquier acción que vaya en contra de la plena realización de los derechos, incluyendo la prohibición de adoptar políticas regresivas frente a los estándares alcanzados por los DESC. La obligación de proteger exige del Estado el asumir medidas para evitar que terceros puedan impedir el acceso o el

2007-PA/TC, 17 de octubre de 2007; Larry Jimmy, Ormeño Cabrera, Exp. No 4232-2004-AA/TC, 3 de marzo de 2005.

¹⁰⁷ ROSSI y FILIPPINI, *Op. Cit.* p. 11. Expte. N° 02-3157, sentencia del 19 de diciembre de 2002, cons. II; Expte. N° 07-1346, sentencia del 20 de febrero de 2008; Expte. No 08-0116, sentencia del 8 de abril de 2008; Expte. N° 2008-0575, sentencia del 16 de octubre de 2008.

¹⁰⁸ IIDH, *Op. Cit.*, p. 62.

¹⁰⁹ COMITÉ DESC. Observaciones generales adoptadas por el Comité DESC. Observación general N° 9: La aplicación interna del Pacto. 19° período de sesiones, Ginebra, 1998. Disponible en: <http://www.oacnudh.org.gt/documentos/publicaciones/KIT%20INSTRUMENTOS%20INTERNACIONALES/2%20DESC/2.5%20Observaciones%20Generales.pdf>

disfrute a los derechos. La obligación de realizar exige que el Estado haga efectivos los derechos independientemente de la circunstancia, tomando todas las medidas necesarias para satisfacerlos¹¹⁰.

Los Estados parte, además, asumen obligaciones específicas descritas en el artículo 2,1 del PIDESC. Dentro de las obligaciones específicas está la de adoptar medidas en los poderes públicos del Estado para lograr avances concretos y precisos frente a los DESC. Esto implica la expedición de normas que favorezcan los derechos sociales, el desarrollo de políticas públicas integrales y la adopción de mecanismos judiciales para su justiciabilidad. La obligación de progresividad consiste en la toma de medidas para el cumplimiento de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto que incluye la prohibición de retrocesos con respecto al grado de alcanzado por los derechos en determinado. Los Estados se obligan también a comprometer hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr la progresividad en los derechos y a garantizar, sin discriminación, un nivel básico de ejercicio de los derechos para todas las personas y colectividades¹¹¹.

Valor jurídico de las observaciones generales

Parece no ser muy claro en la doctrina el valor jurídico de las observaciones generales en el ámbito del derecho internacional. Estas observaciones, sin embargo, se han desarrollado especialmente a partir de 1990 hasta el punto en que hoy proporcionan claridad interpretativa en cuanto a la intención, significado y contenido de las diferentes disposiciones del Pacto (Villán, 2007, p. 10).

Las observaciones generales del Comité DESC constituyen algo más que simples directrices o recomendaciones dirigidas a los Estados partes. Si se ha reconocido en el derecho internacional que el Comité es competente para for-

¹¹⁰ Balance de cumplimiento de las obligaciones estatales frente al PIDESC. Disponible en: http://www.cjyiracastro.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=46:balance-de-cumplimiento-de-las-obligaciones-estatales-frente-al-pidesc&catid=23&Itemid=100023

¹¹¹ Balance del cumplimiento... *Op. Cit.*

mular tales interpretaciones o recomendaciones, se puede inferir que éstas tienen cierto valor jurídico que los Estados partes deben respetar de buena fe (Villán, 2007, p. 10).

¿Cuál es entonces el valor jurídico de las observaciones generales? El profesor Uprimny (p. 4) refiere que las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adquieren la calidad de “doctrina relevante”, en tanto que representan la opinión del órgano designado por las Naciones Unidas para vigilar el cumplimiento del PIDESC. Agrega que: “Como en el ámbito internacional no existen muchos mecanismos de protección de los derechos económicos, sociales y culturales, las observaciones del Comité adquieren una fuerza vinculante semejante, aunque no igual a la que tienen las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos”.

Una pista adicional da el documento ‘Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales’ del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en el que se afirma que la jurisprudencia y las decisiones de los órganos de control de los sistemas internacionales de protección, materializadas en recomendaciones, resoluciones, observaciones generales, informes, etc., son pronunciamientos que reconocidos como doctrina autorizada o derecho emergente en la materia. Se agrega que estos pronunciamientos constituyen lo que se ha dado en llamar el *soft law* (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008). Con esta expresión se busca describir “la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos” (Del Toro Huerta, p. 519).

Entonces, podríamos derivar una primera conclusión sobre el valor jurídico de las observaciones generales, si se pone en duda su fuerza vinculante, no su efecto jurídico como doctrina relevante autorizada. Esta interpretación autorizada, a la luz del principio de interpretación más favorable a la persona humana, debería entonces ser respetada por los Estados, según el principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados. Si se trata de estándares que constituyen la interpretación autorizada de normas que obligan a los Estados, debe concluirse que todos los funcionarios públicos están obligados a tomar como criterios relevantes dichos estándares en el ejercicio de sus funciones¹¹².

¹¹² IIDH, *Op. Cit.* pp. 44 y 45.

Conclusiones

En resumen, debemos afirmar con Alberto Yepes (2002, p. 36) que en virtud de la ratificación del PIDESC, éste adquiere fuerza vinculante para los Estados Parte, quienes por este hecho reconocen la autoridad del Comité de DESC como el órgano de interpretación y de supervisión de las disposiciones y obligaciones del Pacto. Por lo mismo, las observaciones generales del Comité DESC adquieren como mínimo, el carácter de doctrina relevante autorizada.

Como la mayoría de las constituciones políticas latinoamericanas reconocen la fuerza vinculante o la primacía de los tratados sobre derechos humanos, sería importante evaluar en qué medida sería conveniente contar con una mayor relevancia de las observaciones y recomendaciones del Comité DESC; esto es que la interpretación autorizada del Comité en favor de los DESC sea fuente hermenéutica de primer nivel en los respectivos Estados, para la garantía de los derechos sociales.

Referencias

Del Toro Huerta, M. El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional. En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. VI, p. 519. Citado por IIDH, Op. Cit.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2008). *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*. San José. 406 pp. Recuperado de:

http://www.pj.gov.py/ddh/docs_ddh/Proteccion_internacional_de_lo_%20DESC.pdf

Rossi, J. y Filippini, L. G. *El derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales en Latinoamérica*. Pp. 2-4. Recuperado de: <http://www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/Paper-Rossi-Filippini.pdf>.

Uprimny, R. *La gratuidad en la educación básica*. P. 4. Recuperado de:

http://www.dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=32

Villán Durán, C. (2007). *Obligaciones derivadas del derecho a la alimentación en el Derecho internacional. Cátedra de estudios sobre hambre y pobreza. Seminario internacional sobre derecho a la alimentación y soberanía alimentaria*. Córdoba, 3-5 de octubre de 2007. Pp. 9 y 10. Recuperados de:

<http://www.observatori.org/documents/obligaciones%20del%20DA%20en%20el%20derecho%20internacional.pdf>. P. 10.

Yepes P., A. (2002). *La globalización y la exigibilidad de los derechos humanos*. Moncayo, H. L. (ed.). En: *Lecturas sobre globalización, banca multilateral y participación*. Bogotá D.C., Colombia: ILSA, p. 36. Recuperado de:

<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/otras/otpb15/otpb15-01.pdf>

CAPÍTULO V



Genoma y Derechos Humanos

Eliana Paola Galindo Buriticá¹¹³

Resumen

Dentro de los descubrimientos del siglo y tal vez de la historia está el mapa del genoma humano, y no tanto por la incidencia de carácter científico que llegue a tener, sino por la adecuación normativa que tiende hacia el respeto de la persona y de los derechos humanos. El avance tecnológico implica como en este caso que la normatividad y el derecho muchas veces no van de la mano de los avances de carácter científico, por tanto nos encontramos frente a un abismo en razón al detrimento de la protección de los derechos humano. La tendencia debe caracterizarse para que el futuro vaya de mano con el derecho y de esa forma las normas impliquen una protección adecuada y actual, que se fundamenta en la evolución e inconsistencia de un estado social de derecho.

PALABRAS CLAVE: genoma humano, derechos humanos, norma, connotación jurídica, Estado social de derecho.

Abstract

Among the discoveries of the century and perhaps in history, the human genome map and not by the impact of a scientific nature that come to have, but

¹¹³ Abogada, Especializada/Docente/Programa de Derecho-Unigraria.

for the adequacy regulation that tends to towards respect for the individual and the human rights. Technological progress in this case means that the regulations and the law often do not go hand in hand with the progress of scientific and therefore we face a gap in Razor to the detriment of human rights protection. The trend should be characterized for the future go to the right hand and thus the rules involving adequate protection and current, which is based on the evolution and inconsistency of a social state of law.

KEYWORDS: Human Genome, Human Rights, regulation, legal connotation, social state of law.

Introducción

El Proyecto Genoma Humano tiene como objetivo prioritario la secuenciación de los tres mil millones de pares de bases que constituyen el genoma de la especie humana y su localización precisa dentro de cada cromosoma.

Un inicio simbólico de la historia puede ubicarse en 1953. Ese año los jóvenes científicos James Watson y Francis Crick (Watson, J. D., & Crick, F. H. 1953) descubrieron que el plan maestro que organiza las características de cada individuo y transfiere los caracteres que se heredan de padres a hijos reside en la famosa doble hélice del ácido desoxirribonucleico (ADN).

En el ADN se hilvanan en distinto orden cuatro letras o bases químicas: A (adenina), C (citosina), G (guanina) y T (tiamina). La secuencia de 3,5 mil millones de estas letras conforma los cerca de 80 mil genes que tiene el ser humano; la receta directriz que determina o influye sobre el color de ojos, la propensión a la diabetes, la apetencia por los dulces o la caída de los cabellos. Los datos son tantos que para leer cada genoma a razón de una letra por segundo durante las 24 horas del día se necesitarían cincuenta años.

A mediados de los años 80 comienzan los pasos que darían origen al Proyecto Genoma Humano en Estados Unidos. La iniciativa institucional fue tomada por el Departamento de Energía (DOE, por sus siglas en inglés), con un objetivo en el que el conocimiento del genoma humano era originariamente instrumental: el estudio del efecto de las radiaciones con exposición de baja intensidad sobre los genes humanos. Pero a ella fueron simultáneas y siguieron

otras propuestas de científicos y de centros de investigación que contribuyeron al impulso definitivo del Proyecto por sus demostradas ventajas en el ámbito de la medicina y pronto se incorporaron a estos trabajos los Institutos Nacionales de Salud (NIH, por sus siglas en inglés).

El primer director del Proyecto fue James Watson, quien había recibido el Premio Nobel de Medicina, junto con Francis H. C. Crick, por su descubrimiento en 1953 de la estructura del ADN.

Otros países desarrollados se han incorporado por su cuenta también a los objetivos del proyecto norteamericano: Canadá, Japón, así como varios de la Unión Europea, de entre los que destaca Francia por su *Centre d'Étude du Polymorphisme Humain*, fundado y presidido por el premio Nobel Jean Dausset, con la colaboración de Daniel Cohen, a partir del cual se creó el centro tecnológico *Généthon*.

La Unión Europea ha lanzado por su parte los Proyectos *Biomed* y *Biomed 2*, en los que una parte del presupuesto está destinada de forma específica a las investigaciones sobre el genoma humano.

La Organización del Genoma Humano (HUGO, por sus siglas en inglés), de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco, por sus siglas en inglés), ha asumido la coordinación de los diversos proyectos de investigación existentes en el mundo al respecto, presidida inicialmente por Víctor A. McKusick y después por Walter Bodmer, Santiago Grisolia es el Presidente del Comité Científico para el Proyecto Genoma Humano de esta última institución.

Los objetivos que inicialmente persiguen los diversos proyectos de investigación se centran en síntesis en el cartografiado de los genes: localización, posición y distancia entre genes en los cromosomas humanos, mediante la secuenciación de las bases. Son varios los 'mapas' que se están elaborando con diferente calidad de resolución: genéticos y físicos, localización de genes responsables de enfermedades y secuenciación de fragmentos de ADN de relevancia médica.

Además, se están dedicando grandes esfuerzos a la adquisición de técnicas e instrumentos para el trazado de mapas y la secuenciación para reducir el costo y aumentar la eficacia de la investigación. Para este objetivo ha sido decisivo el desarrollo experimentado por la informática y la utilización en el Proyecto de sistemas informáticos de gran potencia.

En sentido amplio también se incluye la elaboración de bibliotecas de genes (clones), determinar la secuencia completa de las bases, encontrar todos los genes y determinar sus funciones, elaborar mapas comparados de otros seres vivos más sencillos.

Es significativo destacar un nuevo fenómeno que se ha producido en relación con las investigaciones e intervenciones sobre el genoma humano, a diferencia de lo ocurrido con otros descubrimientos y avances tecnológicos y científicos de gran trascendencia para la humanidad, consistente en que la reflexión y el debate sobre sus repercusiones sociales, incluidas las éticas y jurídicas, se está realizando de forma paralela y abierta, con el objetivo de lograr un consenso nacional e internacional al respecto. Por ejemplo, en EE.UU. los NIH y DOE han reservado cada uno entre un 3 y 5 % del presupuesto anual destinado al Proyecto Genoma Humano norteamericano, con el fin de promover un programa de estudios sobre los aspectos éticos, legales y sociales de aquél -*Ethical, Legal and Social Issues Programm (ELSI, por sus siglas en inglés)*-. En consecuencia, sólo durante 1991 cada uno de estos organismos aportó algo más de cuatro millones de dólares y cerca de un millón y medio, respectivamente, e incluso los dos años siguientes ha experimentado un incremento esta dotación. La Unión Europea, por su parte, ha creado también un subprograma del Programa Biomed, dedicado a estos mismos fines (*ESLA: Ethical, Social and Legal Aspects*).

Debe mencionarse, asimismo, el Proyecto de Diversidad del Genoma Humano. Se trata de un proyecto internacional de antropología impulsado y dirigido por Luca Cavalli-Sforza, que se ha marcado como objetivos el estudio de la variedad y riqueza genética de la totalidad de la especie humana y demostrar así la diversidad de la humanidad al tiempo que su estrecha unidad. Presenta,

por consiguiente, un importante trasfondo cultural, de gran interés para la genética de las poblaciones, pero también para la antropología, la arqueología, la historia y la lingüística. Su trascendencia ética y jurídica es menor, pero no inexistente como lo evidencian algunos casos denunciados sobre la obtención de muestras en algunas poblaciones indígenas de América del Sur -que debe sustentarse en todo caso en el consentimiento informado de los individuos y grupos de población afectados, en la confidencialidad de la obtenida y que los beneficios que puedan lograrse de la investigación alcancen también ellos-, y que pretende eliminar cualquier soporte biológico a los movimientos racistas.

En el ámbito universal deben mencionarse varias iniciativas de la Unesco, impulsadas personalmente por su Director General, Federico Mayor Zaragoza. La más significativa desde el punto de vista jurídico lo es la 'Declaración sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos', preparada por la Unesco, por medio de la comisión jurídica, presidida por Héctor Gros Espiell del Comité Internacional de Bioética Bioética (Gros Espiell, H. 1995), presidenta: Noëlle Lenoir, con un borrador presentado en septiembre de 1994, revisado en abril y en septiembre de 1995, y en marzo y octubre de 1996, y aprobada de forma definitiva por Unesco y por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1998, año de la conmemoración del aniversario 50 de la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La iniciativa ha sido acogida favorablemente por varios motivos. El primero de ellos y el más relevante es, sin duda, la materia misma que quiere ser el objeto de la declaración: la protección del genoma humano. Desde un punto de vista instrumental, el Proyecto de la Declaración sobre la Protección del Genoma Humano ofrece también una perspectiva muy favorable y valiosa en el momento histórico actual, por varias razones que tienen en común ser la primera iniciativa en la que concurren de forma simultánea las siguientes características:

(i) Se trata de un instrumento jurídico, en sentido estricto, rasgo que no presentan las declaraciones, recomendaciones, conclusiones, etc., adoptadas hasta el momento en el plano internacional por organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, con la excepción de las ya nume-

rosas recomendaciones del Consejo de Europa y del Convenio de dicho organismo.

- (ii) Su carácter internacional universal.
- (iii) Su contenido específico sobre el genoma humano, pero al mismo tiempo globalizador, al referirse a todos los aspectos estimados más relevantes por la Comisión Redactora.
- (iv) La adopción de una forma jurídica típica y conocida en el derecho internacional: la de una declaración, lo que presumiblemente permitirá una mayor agilidad y rapidez en los trabajos preparatorios y en la aprobación formal final de la misma.

De todos modos, algunas de estas características mencionadas constituyen al mismo tiempo otros de sus potenciales puntos débiles, que pueden redundar en la disminución de su eficacia normativa futura, pero por ello hay que ser consciente de que estas limitaciones encontrarían su origen en sus bondades. En la Declaración han encontrado cabida materias muy significativas como objeto de protección, como son el respeto de la dignidad de la persona humana, el principio de autonomía individual (por la exigencia del consentimiento del interesado), la no discriminación basada en las características genéticas, la confidencialidad, la libertad de la investigación, la investigación responsable, la solidaridad entre pueblos, la proclamación del genoma humano como patrimonio común de la humanidad, la salvaguardia de la especie humana, etc.

De todas formas, adolece de cierta ambigüedad, en ocasiones excesiva, lo que trae como consecuencia las escasas obligaciones reales que pudieran querer asumir los Estados y la Comunidad internacional e incurre en algunas omisiones importantes, probablemente conscientes, que, de no corregirse adecuadamente, mermarán también su eficacia aplicativa.

También alude a la materia la 'Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras' de 1994, elaborada por la reunión de expertos de Unesco, el Equipe Cousteau y la Universidad de La Laguna (Tenerife,

España) (Mac Farlane, K. 1997); en la que destaca el enfoque innovador sobre los llamados y reconocidos ‘derechos’ de las futuras generaciones en relación con las generaciones actuales, perspectiva que, como es sabido, tanto atañe al genoma humano. Por ello mismo, el artículo 3º de esta Declaración proclama el derecho a la vida y a la preservación de la especie humana en estos términos:

“Las personas pertenecientes a las generaciones futuras tienen derecho a la vida y al mantenimiento y perpetuación de la humanidad, en las diversas expresiones de su identidad. Por consiguiente, está prohibido causar daño de cualquier manera que sea a la forma humana de la vida, en particular con actos que comprometan de modo irreversible y definitivo la preservación de la especie humana, así como el genoma y la herencia genética de la humanidad, o tiendan a destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso”.

Finalmente, también en el seno de las Naciones Unidas, debe evocarse el ‘Convenio sobre Biodiversidad Biológica’, aprobado en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992.

La 93ª Conferencia Interparlamentaria, que tuvo lugar en Madrid en la primavera de 1995, dedicó especial atención a los asuntos de bioética, como tarea que incumbe de forma urgente también al legislador para una mejor protección de los derechos humanos que pueden verse afectados por los avances biomédicos.

Igualmente, el Consejo de Europa es pionero en estas iniciativas en el mundo, pues viene desplegando desde hace casi dos decenios una importante actividad relacionada con los derechos humanos y las Ciencias Biomédicas y en particular con la genética humana, gracias en parte a la creación en su seno del Comité Director de Bioética (CDBI) -llamado con anterioridad Comité *Ad Hoc* de Expertos en los Avances de las Ciencias Biomédicas, (CAHBI)-, que ha realizado numerosos trabajos preparatorios sobre estas materias. Destacan, en primer lugar, varias recomendaciones sobre diversos aspectos jurídicos que afectan

a la genética humana: sobre ingeniería genética (1982), sobre la utilización de embriones y fetos humanos con propósitos diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales (1986); sobre cribado genético prenatal, diagnóstico genético prenatal y el correspondiente consejo genético (1990); sobre la utilización del análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) en el marco del sistema de la justicia penal (1992); sobre el análisis y cribado genéticos con fines de asistencia sanitaria (1992); sobre la protección y patentabilidad del material de origen humano (1994); y sobre el cribado como instrumento de medicina preventiva (1994).

Especial interés presenta el ‘Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina’ del Consejo de Europa, por ser, una vez más, pionero en el derecho internacional, por su propia naturaleza jurídica de convenio -que le otorgará una especial fuerza jurídica-, por contener algunas disposiciones específicas sobre el genoma, por haberse anunciado la aprobación de algún protocolo sobre genética (v. art. 31) y, finalmente, por haberse previsto que la adhesión a dicho futuro convenio estará abierta tanto a los Estados miembros del Consejo de Europa como a todos aquellos otros Estados no miembros de cualquier región del mundo (art. 34), lo que le conferirá por esta vía indirecta una vocación de universalidad.

La Unión Europea, que ya en 1989 aprobó una resolución sobre la materia, ha desarrollado con posterioridad una normativa por medio de diversos instrumentos jurídicos sobre la cuestión, aparte de las de investigación señaladas. Se trata, en primer lugar, de las directivas de la todavía entonces Comunidad Económica Europea 90/219/CEE, sobre la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente, y 90/220/CEE sobre liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente, que ya han sido transpuestas al derecho interno por la mayoría de los Estados miembros de la Unión.

Asimismo, ha aprobado la Directiva 90/679/CEE, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos en el trabajo. No tuvo el mismo éxito el proyecto de directiva relativo a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, que hubiera tenido

una extraordinaria importancia como toma de posición en el debate internacional existente sobre esta materia, puesto que tras un largo proceso y el logro de un aparente consenso previo, fue rechazada por el Parlamento Europeo el 5 de marzo de 1995, por lo que tuvo que reiniciarse el proceso con un nuevo proyecto de directiva, presentado el 13 de diciembre de 1995 y aprobado por el Parlamento Europeo durante el verano de 1997.

De otro signo son, pero igualmente de sumo interés, la creación del Grupo de Asesores sobre las Implicaciones Éticas de la Biotecnología (presidenta: Noëlle Lenoir) y la Unidad sobre Aspectos Legales y Éticos de las Ciencias y Tecnologías de la Vida, ambas de la Comisión Europea.

Otras iniciativas internacionales que no tienen naturaleza jurídica, ni en el contenido ni en la forma, pero que proponen criterios, por lo general éticos, de orientación y posible regulación, son: las Declaraciones de Valencia sobre el Proyecto Genoma Humano (1988) y sobre Ética y el Proyecto Genoma Humano (1990); Declaración sobre la Patente de Genes, adoptada por el *International Council of the Scientific Unions* (1992), Declaración de Caxambú, adoptada por el Encuentro Norte-Sur sobre el Genoma Humano organizado por Unesco (1992).

Una gran resonancia internacional ha merecido la ‘Declaración de Bilbao’ de 1993, fruto de la reunión internacional sobre ‘El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano’, promovida y organizada por la Fundación Banco Bilbao Vizcaya, con la colaboración de la Diputación Foral de Bizkaia y la Universidad de Deusto, a la que concurrieron cerca de doscientos especialistas de todo el mundo y ha dado lugar a una publicación en cuatro volúmenes de unas mil quinientas páginas, con una edición correlativa en inglés. Esta declaración, que tampoco es un texto normativo en el sentido estricto, tiene la virtud de haber sido el primer texto internacional que aborda de forma global y específica los diversos aspectos relacionados con el genoma humano, fundamentalmente desde el punto de vista del derecho, y apela de forma expresa a la conveniencia de elaborar acuerdos internacionales, así como de instaurar un control supranacional.

Podemos resumir en algunos puntos sus conclusiones:

- “1. La incidencia del conocimiento genético en el ser humano, demanda ya una detenida reflexión de los juristas para dar respuesta a los problemas que plantea su utilización.
2. La investigación científica será esencialmente libre, sin más cortapisas que las impuestas por el autocontrol del investigador. El respeto a los derechos humanos consagrados por las declaraciones y las convenciones internacionales, marca el límite a toda actuación o aplicación de técnicas genéticas en el ser humano.
3. La intimidad personal es patrimonio exclusivo de cada persona y por tanto debe ser inmune a cualquier intromisión. El consentimiento informado es requisito indispensable para interferir en ella. Excepcionalmente y por motivos de interés general, podrá permitirse el acceso a la misma, en todo caso bajo control judicial.
4. El cuerpo humano, por respeto a la dignidad de la persona, no debe ser susceptible de comercialización. No obstante, se permitirá la disponibilidad gratuita y controlada con fines terapéuticos o científicos. Los conocimientos genéticos son patrimonio de la humanidad y deben comunicarse libremente.
5. La tecnología genética aplicada a la identificación personal, siendo susceptible de suministrar más información de la estrictamente necesaria, deberá restringirse a la exigencia indispensable de cada caso concreto.
6. Hasta que lo permitan los avances científicos y dado que no se conocen las funciones exactas de un solo gen, es prudente establecer una moratoria en la alteración de células germinales.
7. Se rechazará la utilización de los datos genéticos que originen cualquier discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, de los seguros o en cualquier otro.

8. Es aconsejable elaborar acuerdos internacionales y armonizar las leyes nacionales para regular la aplicación de los conocimientos genéticos, así como instaurar un control supranacional.”

Cronograma del Proyecto Genoma Humano

Período 1984-1986

Las discusiones previas a su puesta en marcha comenzaron en 1984, como un magniproyecto auspiciado por científicos estadounidenses con experiencia en la *Big Science*. Pronto se sumaron a la iniciativa las dos grandes agencias que dirigen la política científica y la investigación en EE.UU., el DOE y, posteriormente, los NIH. Fueron decisivos para su lanzamiento definitivo los apoyos de algunos premios Nobel como W. Gilbert y J. Watson, este último con peso específico en el Congreso para convencer a los políticos de los incalculables beneficios científicos, económicos y tecnológicos que la empresa reportaría. El objetivo propuesto era la secuenciación pura y dura de los 3.000 millones de pb que constituyen el genoma humano.

Período 1986-1988

El proyecto se redefine, racionaliza y amplía sus objetivos: conviene primero obtener mapas genéticos, a partir de ellos mapas físicos, para proceder después a la secuenciación sólo de aquellos fragmentos de ADN eventualmente útiles.

Período 1988-1990

Corresponde a la fase de internacionalización del proyecto. Inicialmente colaboran Estados Unidos, Japón, Gran Bretaña y Francia, sobre todo en aspectos de financiación y desarrollo tecnológico. Posteriormente se constituye HUGO para coordinar todos los esfuerzos a escala internacional, incluyendo a la Comunidad Europea. El coste total se calcula en unos 3.000 millones de dólares, a un ritmo de 300 millones por año hasta 2005.

Desde 1991 hasta 1995

El proyecto se ha ido racionalizando y diversificando, orientado más bien hacia la búsqueda de genes eventualmente útiles, aunque sea identificando sólo parcialmente sus secuencias, e incluyendo el estudio exhaustivo del genoma de otros organismos completos: el gusano *Caenorhabditis elegans*, la mosca *Drosophila*, plantas como *Arabidopsis thaliana*, mamíferos como el ratón y el cerdo. Así podrán establecerse comparaciones y facilitar la comprensión de las secuencias obtenidas. Las mayores inversiones se están dedicando a desarrollar tecnologías automatizadas de cartografía y secuenciación y al perfeccionamiento de sistemas informáticos capaces de manejar el caudal de información obtenido.

Entre 1995-2000

Se intenta obtener mapas genéticos y físicos más refinados (1-2 cM) y se emprende la secuenciación del genoma humano a gran escala, al tiempo que concluirá la secuenciación del genoma de varias especies animales/vegetales piloto.

Del 2000 al 2005

Se espera completar la secuenciación del genoma humano, exceptuando las regiones de ADN repetitivo. El objetivo final incluye una gran acumulación de datos sobre enfermedades de base genética y de los polimorfismos de las regiones importantes del ADN.

Referencias

Gros Espiell, H. (1995). Derechos humanos y vida internacional. UNAM–CNDH 738.

Mac Farlane, K. (1997). Los derechos humanos de las generaciones futuras (La contribución jurídica de J. Costeau). *Ultima década*, (8), 8.

Watson, J. D., & Crick, F. H. (1953). Molecular structure of nucleic acids. *Nature*, 171(4356), 737-738.

A black and white photograph showing a person from behind, with their right hand raised high in the air. The person is wearing a light-colored, long-sleeved shirt. The background is blurred, suggesting a classroom or meeting environment with other people and desks.

CAPÍTULO VI

Educación
y derechos
humanos:
análisis de
su relación
desde la
perspectiva
de ‘los cuatro
pilares de la
educación’
del informe
de unesco

1. Los cuatro pilares de la educación

Uno de los conceptos emergentes hacia finales del siglo XX e inicios del XXI, es el de educación a lo largo de la vida, que expresa la relación intrínseca entre aprendizaje y desarrollo de capacidades de la persona. La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco, por sus siglas en inglés) en su Informe intitulado ‘La educación encierra un tesoro’, en el capítulo 4, muestra cómo la educación debe estructurarse en torno a cuatro tipos de aprendizaje que han de potenciarse por igual:

- (i) **Aprender a conocer**, implica aprender a desarrollar una comprensión del mundo que configura el contexto de las personas, desarrollando capacidades de comunicación y de profesionalización, esto implica procesos de carácter cognitivo, analítico y crítico, que permitan descifrar la realidad, adquiriendo una autonomía de juicio.
- (ii) **Aprender a hacer**, está estrechamente relacionado con la adquisición de una formación profesional que ponga en práctica conocimientos en el marco de un mercado laboral, cuyo dinamismo es impredecible. En este aprendizaje está presente el principio de enseñanza activa, el alumno se debe realizar por sí mismo.

- (iii) **Aprender a vivir juntos**, constituye uno de los retos fundamentales de la educación contemporánea; la violencia es una de las problemáticas sociales más acuciantes y hasta el momento la educación no ha hecho mucho para solucionarlo. La idea de enseñar la no violencia en la escuela es loable. La educación debe seguir dos orientaciones: el descubrimiento del otro (conocerse a uno mismo, y observar y aceptar las diferencias entre los demás) y participar en proyectos comunes.
- (iv) **Aprender a ser**, comprende el desarrollo integral de cada persona: cuerpo y mente, inteligencia, sensibilidad, sentido estético, responsabilidad individual y social, espiritualidad. La función esencial de la educación es conferir a todos los seres humanos la libertad de pensamiento, de juicio, de sentimientos y de imaginación que necesitan para que sus talentos alcancen la plenitud y seguir siendo artífices de su destino. Señalar la importancia de fomentar la imaginación y creatividad tanto en el niño como en el adulto.

Uno de los factores más importantes que atañe a la educación y el aprendizaje es el de los derechos humanos que contribuye a la construcción de una sociedad mejor, sobre la calidad personal de sus miembros. Para esto es necesario incentivar la responsabilidad personal y social que permita tomar decisiones personales y sociales que confirmen lo humano.

Esta finalidad de la educación de los derechos humanos podría englobarse en el marco más amplio de dos de los pilares sobre los que, según Jaques Delors (1996), habría de asentarse la educación para el siglo XXI: aprender a ser y aprender a vivir juntos. Aprender a ser, porque la educación en derechos humanos es un medio idóneo para contribuir al desarrollo global de la persona con el fin de que ésta alcance su plenitud. Aprender a vivir juntos, porque mediante la participación responsable de cada persona en el ejercicio de sus derechos y deberes se pretende construir una sociedad más justa y solidaria. Estas directrices educativas contribuyen a la formación integral de los alumnos y a su preparación como futuros ciudadanos, defensores activos de los valores de la convivencia democrática, dispuestos a asumir su responsabilidad social.

En este sentido, educando en derechos humanos, se consigue inaugurar y mantener una cultura de los derechos humanos respetuosa y comprometida con la promoción de lo verdaderamente humano. Esto es así porque por muy consagrados que estén los derechos en los ordenamientos internacionales y en las constituciones, estos se respetan cuando son conocidos y ejercitados, para lo cual es necesaria la educación. Los valores universales que implican los derechos humanos, sólo se adquieren cuando se asumen de un modo activo y se practican personalmente.

No obstante, para que los derechos humanos se respeten en el mundo es necesario que cada persona se comprometa con su respeto y protección. Esta es la misión de la educación en derechos humanos: lograr el compromiso estable de cada persona con el ejercicio libre y responsable de sus derechos humanos y, al mismo tiempo, como consecuencia lógica, con el respeto de los derechos humanos de los demás.

Según esto, se podría decir que la educación de los derechos humanos es sobre todo educar en la dignidad; la libertad-responsabilidad y la igualdad; en la democracia; en el pensamiento crítico; es educar para fomentar la participación –social, política, escolar–; educar en el compromiso, en cómo hacer que nuestros intereses personales estén orientados al bien común; es aprender a compartir, a cooperar, a trabajar en equipo, a preocuparse por los demás, a dialogar, a tolerar y aceptar a los otros como personas con dignidad, independientemente de las diferencias. Es en definitiva aprender a implicarse en la mejora personal y por tanto social.

Este aprendizaje personal y social se podría lograr con una educación en derechos humanos que fomente en los alumnos el compromiso libre y responsable con el ejercicio de los valores subyacentes a los derechos humanos. Cuando los valores de los derechos humanos se asumen personalmente, se instaaura una cultura de los derechos humanos que estimula una convivencia democrática basada en la libertad, la responsabilidad, la cooperación y la participación.

La garantía del proceso de formación permanente relacionada con derechos humanos, a través de diversas vías, conlleva la formación de ciudadanos capaces de discernir, seleccionar y juzgar sobre la información con criterio. Esto implica el desarrollo de una flexibilidad, comunicación y apertura de oportunidades para aquellos ciudadanos que se encuentran excluidos del proceso de aprendizaje tradicional. Contribuir a la reflexión en torno a la ciudadanía, la sociedad, la cultura y los valores, desde la óptica, visión y comprensión del aprendizaje; busca encontrar posiciones, apuestas y alternativas que respondan a la preocupación por lo ético y lo político en medio de las diferentes concepciones del mundo y la sociedad.

2. Algunos de los elementos que componen la tarea educativa de los derechos humanos

MacIntyre (2001) afirma que el desarrollo de cualquier tarea educativa implica analizar los elementos que configuran su contexto, entendidos como entornos humanos próximos, los cuales son caracterizados como el conjunto de prácticas, comunidades y tradiciones.

- (i) **Práctica.** “Por práctica entenderemos cualquier forma coherente y compleja de actividad humana cooperativa, establecida socialmente, mediante la cual se realizan los bienes inherentes a la misma mientras se intenta lograr los modelos de excelencia que le son apropiados a esa forma de actividad y la definen parcialmente, con el resultado de que la capacidad humana de lograr la excelencia y los conceptos humanos de los fines y bienes que conlleva se extienden sistemáticamente” (MacIntyre, 2001, pág. 233).

En primer lugar, las prácticas son definidas como “formas de actividad humana socialmente establecidas” con cuatro características principales: a) coherencia: han de ser actividades en las que haya una estructura racional consistente de fondo; b) complejidad suficiente para proporcionar un cierto enriquecimiento a los participantes en ellas; c) sistematicidad: tienen

que haber llegado a un mínimo de estructuración e interdependencia; d) cooperación: han de ser actividades con una participación cooperativa suficiente.

Toda práctica tiene sus propios bienes internos: son modelos de excelencia que comportan un ideal de futuro (de carácter teleológico). Pero, cada práctica tiene su propio modo de entender los bienes que con ella se alcanzan; supone aprendizaje, cierto apoyo en el pasado. Esos bienes tienen la virtualidad de dirigir adecuadamente dentro de la práctica, las conductas de los que participan en ella (la definen parcialmente); se especifican en un orden y en unas reglas internas.

El resultado natural de la colaboración en esas actividades es que los bienes y fines que lleva consigo (internos, específicos de esa actividad, que sólo se entienden en toda su profundidad practicándola) se extienden sistemáticamente: se hacen más profundos y asequibles. Se afianzan entre los participantes en las prácticas y se extienden a otros participantes y a otras prácticas. Esto es un indicativo de una práctica en buen estado.

- (ii) **Comunidad.** Grupo social humano donde se integran los individuos y las prácticas que éstos desempeñan, siempre comenzamos a construir nuestras concepciones morales a partir de una comunidad donde la ejercitamos. Para MacIntyre (2001), el ideal comunitario es de carácter reducido, para que se puedan dar las formas auténticas de interrelación sin otras mediaciones distorsionantes. Pero es una comunidad en cuyos vínculos y desarrollo juega siempre un papel decisivo la racionalidad de las propuestas y principios por los que se rige. Aunque no puedan ser explicados por todos sus componentes, es fundamental que todos puedan estar presentes en el debate racional de las distintas opciones y en las consiguientes decisiones derivadas de este debate.

De todas formas, la comunidad ha de tener suficiente amplitud para conjugar distintas prácticas y servicios indispensables para su subsistencia y continuidad. La forma política de la comunidad puede ser variada.

(iii) **Tradición.** Se trata de un conjunto de criterios de fondo, incorporados en una comunidad extendida en el tiempo, con unas bases de reconocimiento que la identifican y que, sin embargo, pueden evolucionar. En ‘Tras la virtud’ encontramos una definición muy elemental: “Una tradición con vida es una discusión históricamente desarrollada y socialmente incorporada, que en parte versa sobre los bienes que constituyen esa tradición” (MacIntyre, 2001, pág. 274). Es decir, se trata de una cosmovisión compartida por un grupo de personas, que configuran su actividad y su actuación en el tiempo. Cada tradición comparte unos principios básicos por los que se diferencian de otras.

La forma de detectar una tradición en una determinada sociedad puede tener una gran complejidad, porque puede haber al mismo tiempo una mezcla de elementos de diversas tradiciones. Pero las tradiciones se definen por oposición y son incompatibles entre sí en sus aspectos básicos. Esa oposición implica distancia y pugna por las soluciones de fondo de los grandes problemas, que resultan opuestas.

Por tanto, las tradiciones conviven habitualmente entremezcladas en una comunidad más amplia. En el seno de las comunidades puede haber discrepancias entre personas que pertenecen a diferentes tradiciones. Incluso, un único agente puede estar asumiendo principios de varias tradiciones distintas sin apercebirse de su incompatibilidad. En un mismo grupo social a gran escala, pueden distinguirse comunidades menores, que se identifican con tradiciones específicas.

El aprendizaje se realiza a través de las prácticas, las comunidades y las tradiciones, esto significa que la formación no consiste en una información teórica que hubiera que impartirse dentro del marco de un *curriculum* escolar.

El aprendizaje se logra cuando la persona se inserta en un *ethos*; es decir, en un ambiente fértil, moralmente denso, humanamente acogedor, que abra caminos para la autorrealización y sea capaz de suscitar el entusiasmo en quie-

nes tienen la vida por delante. El *ethos* es la síntesis de bienes, virtudes y normas que se entrelazan para configurar un estilo de vida, una cultura, un modo panorámico de percibir el entorno social y el mundo, el cual permite una mejor apropiación de los derechos humanos y su defensa.



Referencias

Delors, J. (1996). *La educación encierra un tesoro*. Comisión Internacional sobre la educación para el siglo XXI. Madrid, España: Santillana.

MacIntyre, A. C. (2001). *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica.

Este libro se imprimió bajo demanda en los talleres de
Entrelibros e-book Solutions
Octubre 2015