



NÚMERO ESPECIAL

ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS

2020

ISSN 0718-2058

BIENAL
DIDH 2018

I BIENAL LATINOAMERICANA
DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO
INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
CENTRO DE DERECHOS HUMANOS



NACIONES UNIDAS
DERECHOS HUMANOS
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

KONRAD
ADENAUER
STIFTUNG

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

INDH
INSTITUTO NACIONAL DE
DERECHOS HUMANOS

NÚMERO ESPECIAL

ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS

2020

ISSN 0718-2058

BIENAL

DIDH 2018

I BIENAL LATINOAMERICANA
DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO
INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
CENTRO DE DERECHOS HUMANOS



Programa Estado de Derecho para Latinoamérica



NACIONES UNIDAS
DERECHOS HUMANOS
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO



INSTITUTO NACIONAL DE
DERECHOS HUMANOS



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW



ENNIO VIVALDI VÉJAR
Rector de la Universidad de Chile

PABLO RUIZ-TAGLE VIAL
Representante legal
Decano de la Facultad de Derecho
Universidad de Chile

NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA
Directora responsable

CLAUDIA IRIARTE RIVAS
Editora general

LILIANA GALDÁMEZ ZELADA
Editora de este número

VICENTE VICARI GANA
Ayudante de edición

COMITÉ EDITORIAL

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN
Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne

ÁNGELO FERRARO
Universidad Mediterránea de Reggio, Italia

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ
Universidad Autónoma de México

CÉSAR LANDA
Pontificia Universidad Católica del Perú

CECILIA MEDINA
Universidad de Chile

CLAUDIO NASH
Universidad de Chile

MÓNICA PINTO
Universidad de Buenos Aires

ROBERTO SABA
Universidad de Palermo

VERÓNICA UNDURRAGA
Universidad Adolfo Ibáñez

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS

Facultad de Derecho de la Universidad de Chile
Pío Nono 1, Providencia, Santiago de Chile | Teléfono +56 2 29785297
www.cdh.uchile.cl • www.anuariocdh.uchile.cl

El *Anuario de Derechos Humanos* es una publicación anual de referencia y consulta en derechos humanos y materias afines, que busca ser un espacio de discusión, difusión y conocimiento de los temas centrales sobre derechos humanos en sus contextos nacional e internacional, poniendo a la disposición del público de manera gratuita los distintos desarrollos doctrinales, jurisprudenciales y legislativos ocurridos en este campo dentro del período anual cubierto por cada edición. Al ser una publicación académica, el *Anuario de Derechos Humanos* pretende ser un aporte para la comunidad en general, en especial para quienes por su quehacer tengan particular interés en materias de derechos humanos. El *Anuario de Derechos Humanos* está incorporado al catálogo de Latindex y a DOAJ.

El *Anuario de Derechos Humanos* es editado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile bajo una licencia Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional. Se autoriza la reproducción del contenido de esta publicación siempre y cuando se reconozca y cite a los autores y a la revista, y no se realicen modificaciones a los textos. Una versión electrónica en formato epub de este número puede ser descargada gratuitamente desde el sitio www.cdh.uchile.cl.

Tabla de contenido

Número especial

- 7 *Presentación*
- 9 *Editorial*

~ PRIMERA PARTE

Diálogo multinivel en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos

- ARMIN VON BOGDANDY Y RENÉ URUEÑA
- 15 Comunidad de práctica en derechos humanos y constitucionalismo transformador en América Latina

- FLÁVIA PIOVESAN Y MARIELA MORALES ANTONIAZZI
- 35 Interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos: Una nueva mirada frente al covid-19

- MARIE-CHRISTINE FUCHS Y MIGUEL BARBOZA LÓPEZ
- 59 Diálogo multinivel en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: ¿Hacia dónde vamos?

- LILIANA GALDÁMEZ ZELADA
- 85 Derecho ambiental y derecho internacional de los derechos humanos: Impactos en la comprensión y protección del medio ambiente

~ SEGUNDA PARTE

El entorno y sus recursos naturales

- RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA
- 103 Los derechos humanos y los derechos de la naturaleza en el neoconstitucionalismo andino: Hacia un necesario y urgente cambio de paradigma

- NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA
- 127 Derechos indígenas a los recursos naturales, al agua y al medio ambiente en el derecho internacional

- 141 SALVADOR MILLALEO
El Acuerdo de París sobre cambio climático y el proyecto de la ley marco en Chile: Entre el protagonismo y la denegación de los pueblos indígenas

~ TERCERA PARTE

La persona latinoamericana: igualdad y no discriminación

- 157 CÉSAR LANDA ARROYO
La protección constitucional y convencional de los migrantes
- 171 CLAUDIA IRIARTE RIVAS
La sustancialidad de la Convención Belém do Pará para la superación de la discriminación estructural y la violencia contra la mujer fundada en el género
- 187 ANA LUCIA SABADELL
Algunas reflexiones acerca de las violaciones sistemáticas de derechos humanos de las mujeres en América Latina y su relación con la problemática de la igualdad

~ CUARTA PARTE

Eficacia y desafíos de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos

- 215 ANTONIA URREJOLA NOGUERA
Impacto y desafíos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el actual contexto regional
- 239 LAURA BETANCUR-RESTREPO
El proceso de transición colombiano y algunos de sus desafíos
- 259 SORAYA SANTIAGO SALAME
El paradigma en derechos humanos en la labor jurisdiccional de los Estados constitucionales: El caso boliviano

Presentación

Nancy Yáñez

Universidad de Chile

El Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile se complace en presentar este número especial del *Anuario de Derechos Humanos*, conmemorativo de los quince años de esta publicación.

Este número hace honor a la Primera Bienal Latinoamericana de Estudios sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos, una iniciativa impulsada por el Centro de Derechos Humanos como instancia de reflexión académica bianual sobre la materia, la que adquiere especial significación en el contexto de alta conflictividad social que se observa en la región y que ha devenido en graves vulneraciones a los derechos humanos.

La Bienal se celebró en nuestra Facultad en noviembre de 2018, con participación de académicos, defensores y defensoras de derechos humanos provenientes de diversos países de América y Europa. Sus exposiciones, que recogemos en esta publicación aniversaria, aportan distintas perspectivas sobre la problemática de derechos humanos. Por tanto, los temas que presenta esta edición tratan cuestiones trascendentales para la plena exigibilidad de los derechos humanos en el continente, como el desarrollar un diálogo multinivel sobre la eficacia de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos; analizar el efecto de los desarrollos normativos de dichos sistemas en las constituciones de América Latina; verificar el desarrollo de los derechos humanos y su impacto en la protección del medio ambiente; estudiar los cambios de paradigmas en la protección de los derechos de la naturaleza, el derecho al agua y los derechos indígenas respecto de los recursos naturales en sus territorios ancestrales, que configuran su hábitat; identificar los sujetos de los derechos en referencia a la persona latinoamericana, y establecer las brechas que impactan en el principio de igualdad y no discriminación; por último, señalar los desafíos que enfrentan los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, condición indispensable para garantizar la implementación efectiva de los derechos.

El equipo del Centro de Derechos Humanos agradece a la profesora Liliana Galdamez, editora de esta publicación, y a los ayudantes y colaboradores por su extraordinario trabajo. A su vez, agradece a todos los autores por sus contribuciones y por su señero aporte al debate sobre los derechos humanos en América Latina.

Editorial

Liliana Galdámez Zelada

Universidad de Chile

Es una gran alegría presentar este número especial del *Anuario de Derechos Humanos*, que publica el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile desde el año 2005. Se trata de un número especial, porque tenemos el honor de presentar un conjunto de trabajos de destacados académicos y académicas que fueron expuestos en la Primera Bienal Latinoamericana de Estudios sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La Bienal se celebró en nuestra facultad en noviembre de 2018 y contó con el apoyo de la Fundación Konrad Adenauer, en especial de la directora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, doctora Marie-Christine Fuchs, con quien trabajamos estrechamente en la organización de la Bienal y luego en la planificación de este libro. Asimismo, la Bienal contó con el apoyo del programa de doctorado y la Dirección de Investigación de la Facultad de Derecho a través del proyecto Desafíos Globales para la Democracia. De la misma manera, recibimos el apoyo del Instituto Nacional de Derechos Humanos y la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos para América del Sur.

Sobre este nuevo especial del *Anuario* —que cumple quince años desde su primera publicación—, quisiera recordar que la revista «busca ser un espacio de discusión de los temas centrales en el ámbito nacional e internacional sobre derechos humanos». Creemos que este objetivo ha sido cumplido gracias a los aportes de los y las autoras que han contribuido con sus ideas y trabajos a nutrir la doctrina y los debates más importantes en el ámbito de los derechos humanos tanto en Chile como en nuestra región. Merece la pena recordar que entre los autores y autoras del primer volumen publicado en 2005 se encuentran la profesora Cecilia Medina y el recordado profesor José Zalaquett, además de los profesores Michael Ignatieff y Ronald Dworkin, entre otros.

Desde 2005 se han publicado quince volúmenes del *Anuario de Derechos Humanos*, y a partir de 2019 se publican de manera semestral. Quisiéramos celebrar junto a todos y todas el desarrollo progresivo de distintas cuestiones que a lo largo de estos años ha tratado esta revista: la temática de los derechos humanos en sus más diversas

dimensiones, el medio ambiente, los derechos de las mujeres, pueblos indígenas, la migración, la libertad de expresión, la protesta, los avances del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, diversidades sexuales, igualdad, memoria y el derecho a la verdad, entre muchas otras. Confiamos seguir contribuyendo a la creación de conocimiento y puesta al día de los debates, como también esperamos aportar elementos para la configuración de derechos y políticas públicas coherentes con la protección de la dignidad y la idea del derecho como un eje humanizador.

Este número especial presenta trabajos de destacados académicos y académicas que participaron o apoyaron con sus publicaciones al desarrollo de la Bienal. Participaron 49 expositoras y expositores de Bolivia, Argentina, Colombia, Brasil, México, Perú, Alemania, Estados Unidos, Ecuador, Guatemala y Chile. La Bienal buscó reunir trabajos en torno a los principales problemas y diagnósticos de los derechos humanos en la región, con el objeto de debatir e identificar cuáles son los desafíos respecto de los derechos humanos. La Bienal se organizó a partir de los ejes de «Diálogo multinivel en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos», «El entorno y los recursos naturales», «La persona latinoamericana: Igualdad y no discriminación» y «Conflictividad y propuestas de gobernanza en Latinoamérica».

Aprovecho de agradecer a Mariela Morales porque, gracias a una estancia de investigación, fue en el Instituto Max Planck de Heidelberg donde conversamos sobre este libro, cuando pensamos su estructura y la forma en que los contenidos dialogan en un derecho común, en problemas como en sus respuestas, muy en la lógica del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL), donde el Instituto Max Planck tiene un liderazgo reconocido.

En este sentido, el presente número del *Anuario* tiene el honor de incorporar un trabajo de los profesores Armin von Bogdandy y Rene Urueña sobre, «Comunidades de práctica en derechos humanos y constitucionalismo transformador en América Latina». Si bien los profesores no participaron presencialmente en esta Bienal, como era nuestra idea inicial, agradecemos su trabajo por sus grandes contribuciones en la creación de conocimiento y comprensión del desarrollo jurídico de la región en torno a los derechos humanos y fundamentales como elementos de transformación y democratización.

También escriben Marie-Christine Fuchs —directora de la Fundación Konrad Adenauer— y Miguel Barboza sobre el sentido y futuro del diálogo multinivel en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Asimismo, Ramiro Ávila Santamaría reflexiona sobre derechos humanos, derechos de la naturaleza y los cambios de paradigma en nuestra región, aportando luces sobre el futuro de los derechos de la naturaleza en las constituciones, debate muy vivo en el proceso constituyente que inicia Chile.

La profesora Nancy Yañez escribe sobre pueblos indígenas, recursos naturales,

agua, medio ambiente y su tratamiento en el derecho internacional. De la misma manera, el profesor Salvador Millaleo trata el Acuerdo de París sobre Cambio Climático y la dicotomía entre el protagonismo y la denegación de los pueblos indígenas.

En el ámbito de la igualdad y el principio de no discriminación, el presente volumen incorpora los trabajos del profesor César Landa, que aborda la protección constitucional y convencional de las personas migrantes, con un análisis de uno de los desafíos más relevantes hoy en nuestra región. La profesora Claudia Iriarte, por su parte, aborda la Convención Belém do Pará y sus aportes para superar la discriminación estructural y la violencia contra la mujer fundada en el género. Por último, en esta temática contamos con el trabajo de la profesora Ana Lúcia Sabadell, que reflexiona sobre las violaciones sistemáticas de los derechos humanos de las mujeres en América Latina.

Respecto de la eficacia y desafíos de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, se incluyen trabajos de las profesora Mariela Morales y la comisionada de la CIDH Flávia Piovesan, quienes analizan la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, su significado y la eficacia en el ámbito de la pandemia de covid-19 que afecta al mundo y nuestra región, para aportar una mirada muy actual sobre los problemas que enfrenta América Latina en un momento tan complejo. Por su parte, la comisionada Antonia Urrejola escribe sobre los desafíos e impactos de la Comisión IDH en el actual contexto regional, de modo de ofrecer desde su conocimiento cercano y protagónico un análisis de las valiosas tareas que demanda y aporta la Comisión. A su vez, la profesora Laura Betancur-Restrepo se detiene a reflexionar sobre el proceso de transición que vive Colombia y sus desafíos, una temática que siempre llama a la reflexión por la proximidad del proceso colombiano y su impacto en nuestra región. Asimismo, esta sección cuenta con los aportes de la profesora Soraya Santiago Salame, que entrega elementos para comprender el paradigma de los derechos humanos en la jurisdicción, en el caso de Bolivia, para ayudar a comprender la incidencia de los derechos humanos y sus desafíos en el desarrollo jurisprudencial.

Este número especial representa el compromiso de los investigadores y ayudantes —en particular del ayudante Vicente Vicari, que contribuyó de manera sustantiva en la edición y coordinación de los trabajos recibidos—, del Centro de Derechos Humanos y de la Fundación Konrad Adenauer, a la que agradecemos por su apoyo en el esfuerzo y trabajo colaborativo que hemos desarrollado. Un agradecimiento especial a todos los destacados académicos y académicas que contribuyeron con sus ideas y trabajos.

De la misma manera, agradecemos el inicio del trabajo que da origen a este libro, todo el trabajo que significó sacar adelante la I Bienal DIDH, al decano Pablo Ruiz Tagle, al equipo del Centro de Derechos Humanos de la Facultad, ayudantes, profesores/as y colaboradores/as. Asimismo, un especial agradecimiento al profesor Claudio

Troncoso, director del Departamento de Derecho Internacional de la Facultad, que fue parte del Comité organizador de la I Bienal DIDH 2018, acompañando el proceso de creación y puesta en marcha de esta actividad; a las profesoras María Angélica Figueroa, que participó del Comité Académico interno de la Biena; y a la profesora Maricruz Gómez de la Torre, que formó parte de las discusiones que se desarrollaron en torno a la Bienal.

Esta publicación representa y concreta muchos esfuerzos en la dirección del conocimiento y la reflexión humanista.

PRIMERA PARTE

**Diálogo multinivel
en los sistemas internacionales
de protección de los derechos humanos**



I BIENAL LATINOAMERICANA DIDH

Comunidad de práctica en derechos humanos y constitucionalismo transformador en América Latina

*Communities of practice in human rights and transformative
constitutionalism in Latin America*

Armin von Bogdandy

Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Alemania

René Urueña

Universidad de los Andes, Colombia

RESUMEN En los últimos años, se ha venido desarrollando en América Latina una especie de derecho común de los derechos humanos, lo que entendemos como *ius constitutionale commune*. En el centro del surgimiento de este régimen se encuentran la Comisión Interamericana (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En este capítulo exploramos cómo y por qué funciona el constitucionalismo transformador en América Latina, que es promovido por un grupo de personas que buscan enfrentar la violencia, la exclusión social y la debilidad institucional a través del derecho. Sostenemos que la Corte Interamericana ha desarrollado dos aspectos que han contribuido a su consolidación en un difícil contexto. Por un lado, jurídicamente la Corte ha mantenido una interpretación evolutiva de los tratados, junto con doctrinas de control de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad, lo que ha generado estándares jurídicos regionales. Por otra parte, ha desarrollado una práctica social, en la que interactúa con distintos actores nacionales, regionales e internacionales para avanzar la agenda de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE Corte IDH, derechos humanos, *ius constitutionale commune*, práctica social, bloque de constitucionalidad, comunidad de práctica en derechos humanos.

ABSTRACT In recent years, a kind of common human rights law has developed in Latin America, what we understand as *ius constitutionale commune*. At the center of the emergence of this regime are the Inter-American Commission (IACHR) and the Inter-American Court of Human Rights (Inter-American Court). In this chapter we

explore how and why transformative constitutionalism works in Latin America, which is promoted by a group of people who seek to confront violence, social exclusion, and institutional weakness through the law. We maintain that the Inter-American Court has developed two aspects that have contributed to its consolidation, in a difficult context. On the one hand, the Court has legally maintained an evolutionary interpretation of the treaties, together with doctrines of control of conventionality and the constitutionality block, generating regional legal standards. On the other hand, it has developed a social practice, in which it interacts with different national, regional and international actors to advance the human rights agenda.

KEYWORDS Interamerican Court of Human Rights, human rights, *ius constitutionale commune*, social practice, block of constitutionality, community of practice in human rights.

Introducción

El 18 de julio de 1978, la Convención Americana de Derechos Humanos entró en vigor. Cuarenta años después, se ha convertido en la piedra angular del constitucionalismo transformador en América Latina; esto es, una interpretación y aplicación de las normas constitucionales inspirada en la intención de alcanzar cambios sociales profundos.¹ Por supuesto, el constitucionalismo transformador no está restringido a América Latina (Hailbronner, 2017). La Corte Suprema india (Sripati, 2007: 92-103) y la Corte Suprema sudafricana (Roux, 2009)² también han desarrollado una jurisprudencia distintiva para abordar problemas estructurales, en particular profundos patrones de injusticia.³ Sin embargo, dos características latinoamericanas resaltan en este contexto global, las que hacen del constitucionalismo transformador un fenómeno diferente en esa región. Primero, el constitucionalismo transformador latinoamericano no es solo un proceso interno, sino que está respaldado por un régimen internacional, que presenta dos instituciones operativas: la Comisión Interamericana (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (Acosta Alvarado: 2015). En segundo lugar, este sistema de dos niveles se complementa con una interacción horizontal entre las instituciones nacionales que comparten esta perspectiva transformadora: jueces nacionales, así como fiscales, defensores del pueblo, administraciones especializadas y, lo que es más importante, organizaciones no gubernamentales (ONG) (Azuero Quijano: 2009).

1. El término original proviene de Klare (1998: 150).

2. Para Venter (2018: 165), por el contrario, la noción de transformación en Sudáfrica se ha vuelto «flexible y comprometida ideológicamente».

3. Para el fenómeno global, véase Bonilla (2013).

Como parte de esta amplia red de interacciones transnacionales, la Corte Interamericana ha desarrollado una jurisprudencia que aborda algunos de los problemas estructurales centrales de la región, y ha fallado sobre asuntos altamente controversiales. Al decidir temas como la impunidad por violaciones graves de los derechos humanos en Perú y Uruguay,⁴ la inclusión de los pueblos indígenas en el proceso político en Ecuador,⁵ la protección de los derechos LGBTI en Chile⁶ y la complicidad del Estado colombiano con la violencia paramilitar,⁷ la Corte ha alimentado una especie de derecho común de los derechos humanos, un *ius constitutionale commune* en América Latina, que ha transformado la realidad en la región (von Bogdandy y otros: 2017).⁸

Este capítulo explora cómo y por qué el constitucionalismo transformador internacional funciona en América Latina. Para hacerlo, se enfoca en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de modo de ofrecer una lectura contextualizada de sus decisiones y procedimientos como una parte pequeña, pero vibrante y esencial, de la comunidad latinoamericana de derechos humanos, un grupo determinado y especializado de personas que confronta, por medio del derecho, a la violencia, la exclusión social y la debilidad institucional.

Con este objetivo, el capítulo describe los instrumentos y técnicas que la Corte Interamericana ha utilizado para actuar en este difícil contexto, ayudando a establecer una práctica transformadora en la región. En particular, se centra en dos dimensiones claves de dicha práctica: la dimensión jurídica y la dimensión social. Jurídicamente, la interpretación evolutiva de los tratados por parte de la Corte Interamericana, junto con las doctrinas del control de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad, han creado una metodología dinámica para establecer estándares jurídicos que aborden los desafíos importantes que surgen en la región. Esta dimensión es analizada en la segunda parte.

4. Caso *Barrios Altos con Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C núm. 75, fondo, 14 de marzo de 2001; caso *Barrios Altos con Perú*, serie C núm. 83, interpretación de la sentencia en cuanto al fondo, 3 de septiembre de 2001; caso *La Cantuta con Perú*, serie C núm. 162, fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006; caso *Gelman con Uruguay*, serie C núm. 221, fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011.

5. Caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku con Ecuador*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C núm. 245, fondo y reparaciones, 27 de junio de 2012.

6. Caso *Atala Riffo e Hijas con Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C núm. 239, fondo, reparaciones y costas, 24 de febrero de 2012.

7. Sentencia del caso *Masacre de Mapiripán con Colombia*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C núm. 134, 15 de septiembre de 2005, párr. 123; sentencia del caso *Masacre de la Rochela con Colombia*, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 163, 11 de mayo de 2007, párrs. 82, 93 y 101.a.

8. Para terminología similar, véase Restrepo Piedrahita (1978: 137) y Häberle y Kotzur (2003).

A su vez, la tercera parte describe la práctica social. Proponemos que las operaciones jurídicas son solo un aspecto de un campo social mucho más amplio: los miembros de la comunidad latinoamericana de derechos humanos, que están presentes en todo el continente y que conforman una comunidad de práctica.

La cuarta parte concluye con algunas reflexiones sobre el cuadragésimo aniversario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Algunas innovaciones jurídicas

Empecemos con la dimensión jurídica. En particular, las nociones de constituciones abiertas, bloque de constitucionalidad, la interpretación evolutiva y el control de convencionalidad. Para entender estos conceptos, debemos retroceder en el tiempo.

En 1960, cuando la Convención Americana fue discutida, la mayoría de los países latinoamericanos estaban bajo Gobiernos autoritarios o represivos. Los años setenta fueron un periodo particularmente oscuro. No fue hasta 1980 cuando los países de la región comenzaron la lenta transición hacia la democracia, buscando asegurar que «Nunca más»⁹ las violaciones a derechos humanos tendrían cabida en sus sociedades. Para lograrlo, llegaron a un consenso social a través de la aprobación de nuevos textos constitucionales: Brasil en 1988, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993, Ecuador en 1998 y 2008, Venezuela en 1999 y Bolivia en 2009 (Morales Antoniazzi, 2014). Otros países introdujeron reformas sustanciales: por ejemplo, Argentina en 1994 y México en 2011. El faltante es Chile, donde la constitución promulgada bajo el régimen de Pinochet en 1980 continúa vigente —con algunas reformas importantes— y donde, sin embargo, el proceso de reforma constitucional parece prometer una transformación constitucional de importancia (Atria, Salgado y Wilenmann, 2020).

La mayoría de las constituciones de la región introdujeron una amplia sección de derechos fundamentales, incluyendo derechos económicos y sociales (Rodríguez Garavito, 2015). También incluyeron cláusulas que intentaban mejorar la participación democrática, ya sea por participación directa o a través de una mejor representación.¹⁰ Todo lo anterior significó un cambio profundo: de ver el derecho como el producto de una élite dedicada a obstruir el cambio social —una visión sostenida por progresistas de la región entre 1960 y 1970 (Novoa Monreal, 1975)—, a verlo como un instrumento crucial para la transformación social. En una región dominada en

9. Véase Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (1984).

10. Para Venezuela, Ceballos Méndez (2009: 43-90) y Salamanca (2000). Para Chile, Colombia y Guatemala, Huerta Malbrán (2000). Para Perú, Cuesta López, López Aguilar y Rodríguez-Drincourt Álvarez (2008) y Márquez Restrepo, Pastrana Buelvas y Hoyos Vásquez (2009). Para Ecuador y Argentina, Welp (2008).

ese momento por el formalismo jurídico, las fuerzas detrás de estos cambios constitucionales buscaban proteger los derechos en la vida real y garantizar una verdadera participación en la toma de decisiones en los procesos democráticos emergentes (Uprimny, 2010).¹¹

Como complemento a este proceso, las nuevas constituciones «abrieron» el derecho nacional al derecho internacional, en particular hacia el derecho de los derechos humanos, a través de cláusulas que incorporaban el derecho internacional al derecho nacional. De esta forma, las constituciones nacionales superaron la comprensión rígida de soberanía (Morales Antoniazzi y Saavedra Alessandri, 2017). Aun cuando hay variaciones significativas entre estas cláusulas, con Chile siendo la «menos abierta», el resultado general fue una integración profunda del derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos, en el cual la Convención Americana y sus instituciones juegan un papel clave en el derecho constitucional nacional.¹² Desde el punto de vista doctrinal, esto es concebido en la mayoría de los países como un «bloque de constitucionalidad», el cual está compuesto por la constitución nacional y la Convención (Góngora Mera, 2011), razón por la cual la Convención puede ser considerada como parte del derecho nacional en muchos Estados de la región (Binder, 2010: 156-188).

A pesar de haber sido estudiada de manera separada, las garantías sustantivas de los derechos constitucionales, de una parte, y la «apertura» constitucional, de otra, son de hecho dos procesos complementarios. En el tiempo de regímenes dictatoriales, la sociedad civil latinoamericana contaba en gran medida con las instituciones internacionales y extranjeras para avanzar en los cambios, como lo observaron Sikkink y Keck (1998) al final de los noventa en Argentina, Chile y México. La apertura al derecho internacional puede ser leída como una cristalización constitucional formal de esta estrategia: un medio para formalizar el espacio que activistas habían logrado en su lucha contra regímenes autoritarios.

En sincronía con estos cambios, los jueces y abogados de la Corte Interamericana, con un alto compromiso por los derechos humanos, desarrollaron dos teorías doctrinales que soportan estos desarrollos constitucionales. La primera fue la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos. Fue allí cuando la Corte empezó a adaptar el significado de las garantías enmarcadas en la Convención, en su mayoría tomadas de la Convención Europea de Derechos Humanos, teniendo en consideración los retos específicos de América Latina. Para el tribunal interamericana-

11. Véase Dezalay y Garth (2002). En Colombia, Rodríguez Garavito (2009).

12. Véase Cumplido Cereceda (1996). Sobre Bolivia, véanse los artículos 257 y 410 de la Constitución Plurinacional de Bolivia, y Villarroel Alarcón (2017: 29-66). Sobre Ecuador, véase el artículo 424 de la Constitución de la República de Ecuador, y Caicedo Tapia (2009). Sobre Brasil, véase el artículo 5 de la Constitución y la Enmienda Constitucional 45. Este resumen está basado en Urueña (2019).

no, «los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, los cuales deben ser interpretados en consonancia con la evolución de los tiempos y las actuales condiciones de vida». ¹³ A través de la interpretación evolutiva, la Corte expandió y profundizó la protección de diferentes derechos con un enfoque latinoamericano, como se puede ver en la jurisprudencia —ahora reconocida a nivel mundial— sobre desaparición forzada, ¹⁴ privacidad, ¹⁵ libertad personal, ¹⁶ derechos de los niños, ¹⁷ propiedad colectiva, ¹⁸ igualdad y no discriminación. ¹⁹

El segundo desarrollo doctrinal es el «control de convencionalidad», ²⁰ que aplica la interpretación evolutiva directamente en la vida de la gente. En este sentido, la doctrina llama a las cortes nacionales a hacer revisiones judiciales de cualquier acto nacional, incluyendo leyes nacionales, sobre la base de la Convención Americana, y tomando en consideración la interpretación de la Corte Interamericana. ²¹ El control de convencionalidad transforma cada juez nacional en un juez interamericano, que respeta «el marco de sus respectivas jurisdicciones y sus correspondientes reglas procedimentales». ²² La Corte Europea de Derechos Humanos nunca se ha atrevido a

13. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre «El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal», serie A núm. 16, párr. 114.

14. Sentencia del caso *Velásquez Rodríguez con Honduras*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de julio de 1988, párr. 155; sentencia del caso *Godínez Cruz con Honduras*, fondo, 20 de enero de 1989, párr. 155.

15. Caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización In Vitro) con Costa Rica*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 257, 28 noviembre de 2012, párr. 272.

16. Caso *Masacres de Ituango con Colombia*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C núm. 148, 1 de julio de 2006, párrs. 154-158.

17. Caso *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) con Guatemala*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, fondo, serie C núm. 63, 19 de noviembre de 1999, párrs. 191-198; caso *Hermanos Gómez Paquiyauri con Perú*, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 110, 8 de julio de 2004, párrs. 164-167.

18. Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni con Nicaragua*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 79, 31 de agosto de 2001, párr. 148.

19. Caso *Atala Riffo y Niñas con Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 239, 24 de febrero de 2012, párrs. 83 y 91.

20. Caso *Almonacid Arellano y Otros con Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, objeciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 154, 26 de septiembre de 2006. Sobre la doctrina, véase generalmente Ferrer Mac-Gregor (2015) y Henríquez y Morales Antoniazzi (2017).

21. Caso *Tibi con Ecuador*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, objeciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 114, 7 de septiembre de 2004, párr. 3 voto concurrente del juez García-Ramírez.

22. Véase la sentencia del caso *Aguado Alfaro y otros Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, objeciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, párr. 128; y la sentencia del caso *Gelman con Uruguay*, fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011, párr. 193.

ir tan lejos (Burgorgue-Larsen, 2017), por lo que el Tribunal Interamericano se parece más a la Corte Europea de Justicia y su tesis de los efectos de sus decisiones.²³

La Corte Interamericana también tiene jurisdicción para revisar la conformidad de leyes nacionales con la Convención (Sagüés, 2010: 120; Nash Rojas, 2013: 491-492). En casos excepcionales, se han declarado normas nacionales «sin efectos jurídicos»²⁴ por violar la Convención. Estos actos amplían en gran medida el alcance de ese instrumento y crean un verdadero sistema de aplicación descentralizado, compuesto no solo por órganos interamericanos, sino potencialmente por miles de autoridades nacionales.²⁵

La apertura constitucional, la interpretación evolutiva y el control de constitucionalidad proveen una estructura jurídica que hace posible al constitucionalismo internacional transformador, mediante la introducción de un conjunto de normas y principios que pueden ser consideradas un verdadero derecho común de derechos humanos en América Latina (von Bogdandy, 2020; von Bogdandy, Fix-Fierro y Morales Antoniazzi, 2014: 156-199; von Bogdandy y Morales Antoniazzi, 2020): un derecho común que es desarrollado por muchos actores de la comunidad latinoamericana de derechos humanos, transformándolo en un campo jurídico y en una práctica social en la región. Este derecho común define y es definido por los operadores jurídicos de la región. Por una parte, el derecho común encuadra jurídicamente la práctica de la Corte Interamericana, al definir los poderes de la Corte, así como sus estándares

23. Caso seminal 26/62, Van Gend en Loos [1963] ECR 1, 11 y ss. Sobre la expansión de la jurisdicción de la Corte de Justicia, véase Stein (1981).

24. Véase el caso *La Cantuta con Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 162, 29 de noviembre de 2006, párr. 189, juez Sergio García Ramírez, párrs. 4-5; y caso *Barrios Altos con Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, fondo, serie C núm. 75, 14 de marzo de 2001.

25. El alcance de las autoridades nacionales a cargo de realizar el control de convencionalidad se ha refinado en la jurisprudencia. En *Cabrera García con México*, la Corte sostuvo que todos los órganos estatales, no solo las autoridades judiciales, están obligados a realizar dicha revisión (sentencia del 26 de noviembre de 2010, excepción preliminar, fondo y costas, párr. 225). Sin embargo, esta interpretación corría el riesgo de una aplicación descoordinada de los estándares interamericanos a nivel interno. Por lo tanto, la Corte buscó limitar el alcance de la doctrina al aclarar que el control de convencionalidad debe ser ejercido, de oficio, por las autoridades estatales, «evidentemente en el marco de su respectiva jurisdicción y las normas procesales correspondientes». Véase la sentencia del caso *Empleados Cesados del Congreso (Aguado-Alfaro y otros) con Perú*, objeciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, párr. 128; sentencia del caso *Gelman con Uruguay*, fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011, párr. 193. En este contexto, el control de convencionalidad implica que las instituciones nacionales tienen el deber de aplicar el derecho internacional, siempre que sea compatible con las normas internas de jurisdicción y procedimiento, doctrina mucho menos radical de lo que parecería inicialmente. La discusión de esta dimensión del control de convencionalidad se basa en Urueña, *supra* nota 24.

sustantivos. Al mismo tiempo, el derecho común de los derechos humanos ha influenciado las prácticas de la Corte, sus decisiones y su voluntad de presionar por una efectiva protección de los derechos humanos.

El derecho común de los derechos humanos como práctica social

En América Latina, el concepto de derecho común de los derechos humanos describe un campo jurídico en el sentido bourdieusiano, lo que se traduce en una práctica social. Un *campo* es un espacio donde

las fuerzas se imponen a los agentes que participan en él, y un escenario de luchas dentro del cual los agentes se enfrentan entre sí, con medios y fines diferenciados de acuerdo con su posición en la estructura del campo de fuerzas, contribuyendo así a conservar o transformar su estructura (Reed-Danahay, 2005: 32).²⁶

Como uno de esos campos, el derecho interamericano de los derechos humanos se ha convertido en un fenómeno de la vida real. En primer lugar, es una práctica social: un grupo de personas que interactúan, sobre la base de la Convención, para impulsar sus agendas y cumplir lo que ven como sus mandatos. Esta comunidad de expertos está compuesta por diferentes actores: ONG transnacionales que presentan casos ante el sistema interamericano, organizaciones de base que utilizan estos derechos para proteger a las víctimas en sus territorios, clínicas en facultades de Derecho que presentan informes *amicus curiae*, tribunales nacionales que interpretan y aplican Convención y jurisprudencia de la Corte IDH, funcionarios que trabajan en derechos humanos para Gobiernos nacionales, académicos que escriben y enseñan derecho de los derechos humanos, los comisionados y jueces del sistema interamericano, y también políticos con una agenda de derechos humanos.

La noción de comunidad de práctica surge en 1991, cuando el antropólogo Jean Lave y el científico informático Etienne Wenger cristalizaron la noción de *aprendizaje situado*, la idea de que el aprendizaje es en lo fundamental un proceso social. Por lo tanto, el aprendizaje no solo está conectado a conceptos abstractos, sino también a la acción, lo que implica la socialización (Lave y Wenger, 1991). Wenger defendió la idea reformulándola como una forma organizativa: grupos de personas, unidas de manera informal por experiencias compartidas y pasión por una empresa conjunta. Sus relaciones se definen en tres dimensiones: compromiso mutuo, una empresa conjunta y un repertorio compartido, que significa «rutinas, palabras, herramientas, formas de hacer las cosas, historias, gestos, símbolos, géneros, acciones o conceptos que la comunidad ha producido o adoptado en el curso de su existencia y que se han con-

26. Esto coincide con muchas de las interpretaciones actuales del concepto hegeliano del derecho (véase Honneth, 2013).

vertido en parte de su práctica» (Wenger, 1998: 83). Luego, el académico de relaciones internacionales Emanuel Adler, muy influenciado por Pierre Bourdieu, sugirió que

no hay ninguna razón [...] por la que no podamos identificar comunidades de práctica transnacionales o incluso globales. Cuanto más nos acercamos al nivel de prácticas, de hecho, más podemos tomar el sistema internacional como una colección de comunidades de práctica; por ejemplo, comunidades de diplomáticos, comerciantes, ambientalistas y activistas de derechos humanos. Las comunidades de práctica atraviesan las fronteras estatales y median entre los Estados, los individuos y la agencia humana, por un lado, y las estructuras y sistemas sociales, por el otro (Adler, 2005: 15).

Las comunidades de prácticas han sido consideradas por los expertos en derecho internacional. Toope y Brunnée (2010) han aplicado la noción, completándola con una reinterpretación de los criterios fullerianos de la moralidad interna del derecho, para analizar el problema de la obligación jurídica internacional. Para los autores, las comunidades de expertos transnacionales brindan el espacio de interacción que crea el surgimiento de tales obligaciones: «La obligación jurídica, entonces, se ve mejor como un compromiso internalizado y no como un deber impuesto externamente que se corresponde con una sanción por incumplimiento» (Toope y Brunnée, 2010: 115).

Nuestro interés en este punto no es explorar el origen de la obligación jurídica subyacente al derecho común de los derechos humanos en América Latina. Más bien, usamos la noción de comunidades de práctica para explicar el funcionamiento del constitucionalismo transformador en el continente. Al analizar el funcionamiento del derecho en la región, la noción de comunidades de práctica nos permite lograr un equilibrio entre la agencia y la estructura. En lugar de pensar en la práctica interamericana como una sucesión de eventos que ocurren en la intersección de entidades abstractas (como, por ejemplo, los Estados y las instituciones internacionales), nuestra propuesta es observar las personas que toman las decisiones, sus intereses y temores.

Sin duda, este enfoque conlleva el riesgo, por un lado, de sobrevalorar la agencia de profesionales jurídicos individuales en la configuración del campo jurídico; y, por otro, de minimizar el impacto de factores estructurales, como el género, el origen étnico, el origen geográfico o los medios financieros. Es claro que los factores estructurales, y en particular las estructuras socioeconómicas, influyen en la agencia de los actores.²⁷ Pero tales estructuras no son el final de la historia. Esa premisa debe evitarse, en el sentido de que los resultados no están determinados por la estructura, una idea de contingencia absoluta, que presentaría el derecho común de los derechos

27. En el contexto del derecho internacional general, esta tensión ha sido descrita por Urueña (2017: 395-396).

humanos como resultado de «pura casualidad y voluntad» (Marks, 2009: 10). La noción de comunidad de práctica, que se coloca entre las limitaciones de la estructura y la agencia de los individuos, trata de lograr ese equilibrio.

Una comunidad de práctica no implica homogeneidad. Los actores a menudo tienen distintos proyectos, así como diferentes puntos de vista sobre los derechos humanos. La comunidad de práctica está constituida no por un único objetivo, sino por un entendimiento común compartido de lo que están haciendo y por qué (Adler, 2005: 22).²⁸ Al mismo tiempo, la comunidad latinoamericana de derechos humanos comparte un marco: sus instituciones, sus actores y los desafíos a enfrentar, es decir, un sentido de propósito y sus realidades. En este marco existen muchos puntos de vista sobre los derechos humanos interamericanos, pero la interacción continua establece el significado de una norma internacional para un caso dado.

A través del prisma de la práctica social, la idea de una división aguda entre lo nacional y lo internacional, por un lado, y la mentalidad jerárquica de un supuesto diseño constitucionalista en el que la Corte Interamericana estaría en un nivel superior, por el otro, carece de sentido. La Corte IDH está en el centro de una comunidad de práctica que incluye actores nacionales e internacionales: jueces nacionales, funcionarios públicos nacionales, comisionados interamericanos, secretarios, litigantes, académicos; en otras palabras, todos aquellos que contribuyen a las interacciones que crean decisiones jurídicas. Esta comunidad no debe entenderse como un «sistema» que pretende ser coherente. De hecho, la práctica puede desencadenar respuestas conflictivas a preguntas jurídicas específicas. El punto es un propósito compartido de transformación social a través del derecho. Por lo tanto, el derecho común de los derechos humanos no es un castillo en el cielo, sino más bien el proyecto profesional de miles de personas y, a veces, un salvavidas para las víctimas.

El tiempo, las interacciones reiteradas y el aprendizaje son cruciales para esta práctica. Es difícil entender cómo funciona el sistema cuando se conceptualiza la interacción entre actores como una cuestión de encuentros aislados. Aunque este podría ser el caso de algunos funcionarios nacionales, que se enfrentan a la Corte una o dos veces en su mandato, ciertamente no es el caso de los jueces nacionales, las instituciones nacionales de derechos humanos o las organizaciones de víctimas, todos usuarios frecuentes del sistema. La teoría de juegos demuestra con claridad la diferencia entre juegos individuales (aislados) y los juegos iterativos.²⁹ La iteración crea una interacción que es cualitativamente diferente de la del contacto aislado, ya

28. La noción de comunidades de práctica ha sido criticada por guardar silencio sobre el tema de los desequilibrios de poder; por ejemplo, en Contu y Willmott (2003). Sin embargo, nuestra lectura de la práctica de los derechos humanos de la comunidad latinoamericana toma en cuenta las diferencias de poder, ya que considera a muchos actores y no solo a los Estados y organizaciones intergubernamentales.

29. Véase Samuelson y Mailath, (2006). Para el derecho internacional, véase Setear (1996, 1997).

que este proceso constante de interacción y aprendizaje da forma a las expectativas del sistema interamericano. La iteración cambia no solo las estrategias dentro de un juego, sino también el juego en sí (Frischmann, 2003). Las relaciones internacionales constructivistas también han explorado esta idea: la interacción entre los agentes desarrolla la estructura, pero ser parte de la estructura impacta en los intereses y estrategias de los agentes (Adler, 2005: 5-6; Wendt, 1987).

La dimensión social demuestra otra característica del derecho común latinoamericano: la percepción de muchos actores de la comunidad de que el derecho común les permite cumplir mejor sus propios mandatos. Tanto la Convención Americana como la mayoría de las constituciones nacionales confían a *todas* las autoridades públicas, no solo a los jueces, la tarea de abordar los desafíos de la violencia, la exclusión social y la debilidad de las institucional, en el marco de sus poderes y procedimientos. En ese contexto, la interacción con la Corte Interamericana se ha convertido en una dimensión importante del mandato de las instituciones nacionales de derechos humanos en la región. Así, es común que tales instituciones adopten la interpretación evolutiva de la Convención de la Corte Interamericana y promuevan los derechos humanos en sus respectivos Estados con base en tal entendimiento (Pegram, 2012). El Tribunal, a su vez, interpreta de manera expansiva los poderes atribuidos en el artículo 69.2 de sus reglas de procedimiento. Así, la Corte depende directamente de las instituciones nacionales de derechos humanos para cooperar en el proceso de cumplimiento de sus órdenes —incluso en contra de los deseos del Gobierno respectivo— o para intervenir en los procedimientos judiciales como actores independientes. La Corte, por lo tanto, acerca a esas instituciones a la comunidad de práctica. Como ejemplo podemos tomar el caso en *Artavia Murillo con Costa Rica*, en el cual la Defensoría del Pueblo de Costa Rica intervino en la audiencia pública sobre el monitoreo del cumplimiento; o el caso *Vélez Loor con Panamá*, en que la Defensoría panameña intervino en una audiencia privada de cumplimiento.³⁰

Por supuesto, incontables dificultades siguen sin resolverse en el derecho común de derechos humanos. Sin embargo, algunas críticas parecen poco persuasivas. No es el caso que la Corte Interamericana defienda la supremacía incondicional de todas sus decisiones para todos los tribunales nacionales, en todas las situaciones. Por el contrario, el llamado ha sido el de tomar soluciones matizadas (véase, por ejemplo, Ferrer Mac-Gregor, 2016). Contra una mentalidad *top-down*, puramente «constitucionalista», el derecho común de los derechos humanos apunta a un complejo proceso de constante aprendizaje y adaptación. Si nos fijamos en sus homónimos, es decir,

30. Sentencia del caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización In Vitro) con Costa Rica*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, fondo, 28 de noviembre de 2012; y sentencia del caso *Vélez Loor con Panamá*, objeciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 132, 23 de noviembre de 2010, párr. 94.

el *common law* en inglés y el *ius commune* continental europeo, ambos han sido herramientas flexibles, muy sensibles a los contextos políticos y sociales y, por lo tanto, buenos ejemplos en este respecto.

El concepto de una comunidad de práctica destaca otra característica importante: la creencia compartida de que existe un derecho latinoamericano común, que abarca la Convención Americana, su jurisprudencia y elementos de los sistemas jurídicos nacionales. Esta dimensión tiene un lado performativo crucial. El derecho común no se encuentra «allá afuera», en alguna fuente misteriosa. Por el contrario, el derecho común es un proceso que implica definir ciertos fenómenos usando el término *ius constitutionale commune* en América Latina. Tal denominación puede dar vida a una cierta realidad a través del poder de la palabra. Sin embargo, la etiqueta de derecho común es solo una expresión de la realidad social que es fácilmente observable en la región. Este derecho común de derechos humanos no es solo otra etiqueta académica, sino que existe en los corazones y las mentes, en palabras y esperanzas, de muchos latinoamericanos.

En consecuencia, es posible afirmar la existencia de una nueva comunidad de práctica que crea un nuevo fenómeno jurídico, compuesta de elementos originados en diferentes órdenes jurídicos y conectada por un impulso común. Una nueva ola de constitucionalismo que creó entornos jurídicos para un proyecto constitucional transformador en toda la región. Una comunidad de práctica que dio vida a estándares jurídicos que, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, juegan un papel central en dicho proyecto. El resultado es un derecho común de derechos humanos que fortaleció a la comunidad latinoamericana de derechos humanos en general, lo cual nos ayuda a entender cómo el constitucionalismo transformador internacional sí funciona en América Latina.

Conclusión: Celebrando 40 años de cambios

En agosto de 2018, la Corte celebró en San José de Costa Rica el aniversario número 40 de la entrada en vigor de la Convención. Tales celebraciones de instituciones internacionales no son una pérdida de tiempo, esfuerzo o fondos (Vauchez, 2012: 51-71). Más bien, sirven a la operación de esas instituciones. Alimentan sus recursos más preciados: su legitimidad social y sus respectivas comunidades de práctica. De hecho, la Corte Interamericana se puso entre bastidores en el evento de San José, desviando la atención a las voces de la comunidad latinoamericana de derechos humanos.

En gran medida, la celebración fue un éxito. Un indicador es el número y el perfil de sus asistentes.³¹ Instituciones claves del Poder Ejecutivo han respaldado a la Corte.

31. «More than 1,500 persons attend the week of events in commemoration of the 40th anniversary of creation of the Inter-American Court of Human Rights», Corte Interamericana de Derechos Humanos,

El presidente de Costa Rica, quien ganó el cargo en una plataforma pro Corte Interamericana, intervino dos veces para expresar su profundo compromiso con el sistema, a pesar de una situación de conflicto político interno respecto de la autoridad de la Corte.³² El secretario general de Naciones Unidas, probablemente el más alto representante del sistema internacional, también estuvo presente en esta celebración en honor a la Corte y expresó su apoyo irrestricto al sistema interamericano. Dicho apoyo no se puede dar por sentado, si consideramos la tensión subyacente entre los sistemas regionales y universales: después de todo, la fragmentación del derecho internacional continúa siendo un problema (Payandeh, 2015).

Con respecto al Poder Judicial, la celebración mostró a la Corte Interamericana como parte de una red de tribunales tanto nacionales como internacionales. Los otros dos tribunales regionales de derechos humanos (europeo y africano) participaron en el evento y se concluyó con un acuerdo de cooperación.³³ Dada la audacia de la Corte Interamericana con la doctrina del control de convencionalidad, la presencia de jueces nacionales, en especial de aquellos tribunales con tensiones, fue particularmente significativa.³⁴ Todos expresaron su apoyo al sistema interamericano de derechos humanos en general y a la Corte en particular. Tal apoyo es valioso sobre todo al considerar que también se expresaron profundos desacuerdos. Por supuesto, la dimensión real del apoyo de los poderes judiciales nacionales a la Corte no puede inferirse de estas pocas declaraciones. Pero lo cierto es que la Corte Interamericana no está sola.

La participación de varias organizaciones sociales, así como de víctimas individuales, fue notable. Quedó claro que la comunidad latinoamericana de derechos humanos no está compuesta solo por instituciones oficiales. Las personas y los grupos de personas tienen un papel activo, en particular las víctimas que recibieron ayuda. La amplitud y profundidad del sistema interamericano, el hecho de que vincula diferentes instituciones nacionales y la sociedad civil, nutre la legitimidad de la Corte. El sistema se basa en una sólida red de miles y miles de personas cuyo objetivo es transformar la región como parte de la comunidad latinoamericana de práctica de derechos humanos.

Las celebraciones esbozaron quién pertenece a esa comunidad, o al menos a su parte interamericana. Un sistema jurídico a menudo se identifica por sus casos prin-

23 de julio de 2018, disponible en <https://bit.ly/2RQuqX2>.

32. Álvaro Murillo, «Costa Rica y la Corte Interamericana cumplen, entre presiones, 40 años de una relación estrecha», *Semanario Universidad*, 17 de julio de 2018, disponible en <https://bit.ly/3kI6TnA>.

33. «More than...», 2.

34. Corte Suprema Federal de Brasil, Corte Constitucional de Guatemala, Corte Suprema de Justicia Chile, Corte Suprema de Justicia de la Nación (México), Corte Constitucional de Colombia y Corte Suprema de Costa Rica. «40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», Corte Interamericana de Derechos Humanos, programa del 19 de julio de 2018, disponible en <https://bit.ly/3mICSWd>.

cipales, aquéllos que son constantemente invocados por sus miembros y que forman parte de su narrativa. En la publicación preparada para su aniversario, «40 Años Protegiendo Derechos», el propio Tribunal destacó las decisiones que considera fundamentales (Corte IDH, 2018: 42-55). Varios participantes reiteraron la importancia de esas decisiones, muchas de las cuales se discutieron en este capítulo. Otro elemento central de la identidad es el propósito del sistema. Sobre este tema, hubo un consenso más amplio durante las celebraciones: combatir la violencia y la exclusión social y fortalecer las instituciones. La creencia de estar involucrados en un proyecto tan importante fortalece a cualquier comunidad.

Una cosa que faltaba en las celebraciones del cuadragésimo aniversario del sistema interamericano fueron las críticas serias. En cierto modo, el silencio sobre este asunto es comprensible, considerando una percepción generalizada del sistema como débil y amenazado por fuerzas hostiles. Dado que estas celebraciones han demostrado la legitimidad de que goza el sistema, existen buenas razones para buscar la fuerza innovadora que proviene de la crítica (Hirschmann, 1994: 202-212).

En este sentido, nos vienen a la mente varios temas. Se podría discutir si el *corpus iuris* latinoamericano completo es en realidad un logro. Es poco probable que esto sea así, a la luz de la complejidad de los asuntos que llegan a la Corte.³⁵ Se debe hacer una revisión crítica desde dentro de la comunidad latinoamericana. Tratar de identificar las diez peores decisiones y cómo lidiar con ellas podría generar críticas constructivas que terminen fortaleciendo el sistema.

Luego, hay una tensión, o incluso una paradoja, que surgió regularmente durante las celebraciones. Muchos elogiaron la contribución de la Corte a los derechos humanos en la región y, al mismo tiempo, lamentaron cuán terrible es la situación de los derechos humanos. Por un lado, parece haber habido progreso; por otro, parece que no ha habido cambios sustanciales. ¿Cómo se relacionan estas dos afirmaciones? ¿Es suficiente afirmar que la situación sigue siendo terrible porque no se respetan los derechos humanos? ¿O hay quizás causalidades más complejas detrás de todo? (Kennedy, 2004; Moyn, 2018). Explorar este asunto podría conducir a otro ángulo crítico.

También podría valer la pena involucrar a aquéllos que no consideran que el sistema sea tan bueno. Hay quienes creen que la Corte debería ser más formalista y que su manera actual de razonamiento socava la racionalidad específica del derecho. Hay quienes creen que los objetivos del sistema se alcanzan mejor a través de otros mecanismos, que podrían verse frustrados por un énfasis innecesario en el lenguaje jurídico de los derechos humanos. Hay quienes creen que la agenda de derechos humanos se interpone en el camino de un proyecto de verdad importante: avanzar hacia sociedades más justas mediante la obtención de un crecimiento económico robusto.

35. Por ejemplo, la discusión sobre la fortaleza analítica de la jurisprudencia de *ius cogens*. Véase Contreras-Garduno y Alvarez-Rio (2016) y Neuman (2008).

Por último, hay quienes creen que este proyecto transnacional está construido sobre arena, precisamente porque es un proyecto transnacional.

El sistema interamericano de derechos humanos, a pesar de toda la profundidad y aliento que ha adquirido en los últimos 40 años, es solo una de las diversas fuerzas que compiten para dar forma al futuro de las Américas. Para continuar su camino exitoso, el constitucionalismo transformador debe construir coaliciones más fuertes. Eso también debe entenderse como parte del mandato del sistema.

Reconocimiento

Este capítulo se basa en parte en una versión previa del texto publicado, con numerosos cambios, como «International transformative constitutionalism in Latin America», en *American Journal of International Law*, número 114 (2000), pp. 1-85. La versión presentada aquí fue objeto de cambios y actualización en el texto finalmente publicado.

Referencias

- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (2015). *Diálogo judicial y constitucionalismo multi-nivel: El caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ADLER, Emanuel (2005). *Communitarian international relations: The epistemic foundations of international relations*. Londres y Nueva York: Routledge.
- ATRIA, Fernando, Constanza Salgado y Javier Wilenmann (2020). *El proceso constituyente en 138 preguntas y respuestas*. Santiago: Lom.
- AZUERO QUIJANO, Alejandra (2009). «Redes de diálogo judicial transnacional: Una aproximación empírica al caso de la Corte Constitucional». *Revista de Derecho Público*, 22: 1-23. Disponible en <https://bit.ly/362t43M>.
- BINDER, Christina (2010). «Hacia una Corte Constitucional latinoamericana? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos con enfoque especial sobre las amnistías». En Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (editores), *La justicia constitucional y su internacionalización* (pp. 156-188). Ciudad de México: UNAM.
- BONILLA, Daniel (editor) (2013). *Constitutionalism of the Global South: The activist tribunals of India, South Africa, and Colombia*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence (2017). «The added value of the Inter-American Human Rights System: Comparative thoughts». En Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi y Flávia Piovesan (editores), *Transformative constitutionalism in Latin America: The emergence of a new ius commune* (pp. 377-408). Oxford: Oxford University Press.

- CAICEDO TAPIA, Danilo Alberto (2009). «El bloque de constitucionalidad en el Ecuador: Derechos humanos más allá de la Constitución». *Foro: Revista de Derecho*, 12: 5-29. Disponible en <https://bit.ly/3iXlzyC>.
- CEBALLOS MÉNDEZ, Edward Jonathan (2009). «Participación ciudadana en el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los Consejos Comunales». *Provincia*, 21: 43-60. Disponible en <https://bit.ly/3j1cCnS>.
- COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS (1984). *Nunca más: Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*. Buenos Aires: Universitaria.
- CONTRERAS-GARDUNO, Diana e Ignacio Alvarez-Rio (2016). «A barren effort? The jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on *jus cogens*». *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 14: 113-132. Disponible en <https://bit.ly/2FYZWzo>.
- CONTU, Alessia y Hugh Willmott (2003). «Re-embedding situatedness: The importance of power relations in learning theory». *Organization Science*, 14 (3): 283-296. DOI: [10.1287/orsc.14.3.283.15167](https://doi.org/10.1287/orsc.14.3.283.15167).
- CORTE IDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). *40 años protegiendo derechos*. San José: Corte IDH y GIZ.
- CUESTA LÓPEZ, Víctor, Juan Fernando López Aguilar y Juan Rodríguez-Drincourt (2008). *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*. Madrid: Civitas.
- CUMPLIDO CERECEDA, Francisco (1996). «Alcances de la modificación del artículo 5 de la Constitución Política chilena en relación a los tratados internacionales». *Revista Chilena de Derecho*, 23 (2-3): 255-258. Disponible en <https://bit.ly/3cn9Uql>.
- DEZALAY, Yves y Bryant G. Garth (2002). *The internationalization of palace wars: Lawyers, economists, and the contest to transform Latin American states*. Chicago: University of Chicago Press.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2015). «Conventionality control the new doctrine of the Inter-American Court of Human Rights». *American Journal of International Law*, 109: 93-99. DOI: [10.1017/S2398772300001240](https://doi.org/10.1017/S2398772300001240).
- . (2016). «El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América». *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2016: 337-356. Disponible en <https://bit.ly/3mJc34l>.
- FRISCHMANN, Brett (2003). «A dynamic institutional theory of International Law». *Buffalo Law Review*, 51: 679-809. Disponible en <https://bit.ly/33U1ZwU>.
- GÓNGORA MERA, Manuel (2011). *Inter-American judicial constitutionalism: On the constitutional rank of human rights treaties in Latin America through national and Inter-American adjudication*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

- HÄBERLE, Peter y Markus Kotzur (2003). *De la soberanía al derecho constitucional común*. Ciudad de México: UNAM.
- HAILBRONNER, Michaela (2017). «Transformative constitutionalism: Not only in the Global South». *The American Journal of Comparative Law*, 65 (3): 527-565. DOI: [10.1093/ajcl/avx016](https://doi.org/10.1093/ajcl/avx016).
- HENRÍQUEZ, Miriam y Mariela Morales Antoniazzi (editoras) (2017). *El control de convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: DER.
- HIRSCHMANN, Albert O. (1994). «Social conflicts as pillars of democratic market society». *Political Theory*, 22 (2): 203-218. DOI: [0.1177/0090591794022002001](https://doi.org/0.1177/0090591794022002001).
- HONNETH, Alex (2013). *Das Recht der Freiheit: Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*. Berlín: Suhrkamp.
- HUERTA MALBRÁN, María Antonieta (2000). *Descentralización, municipio y participación ciudadana: Chile, Colombia y Guatemala*. Bogotá: CEJA.
- KENNEDY, David (2004). *The dark sides of virtue: Reassessing international humanitarianism*. Princeton: Princeton University Press.
- KLARE, Karl E. (1998). «Legal culture and transformative constitutionalism». *South African Journal on Human Rights*, 14 (1): 146-188. DOI: [10.1080/02587203.1998.11834974](https://doi.org/10.1080/02587203.1998.11834974).
- LAVE, Jean y Etienne Wenger (1991). *Situated learning: Legitimate peripheral participation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MARKS, Susan (2009). «False contingency». *Current Legal Problems*, 62 (1): 1-21. DOI: [10.1093/clp/62.1.1](https://doi.org/10.1093/clp/62.1.1).
- MÁRQUEZ RESTREPO, Martha Lucía, Eduardo Pastrana Buelvas y Guillermo Hoyos Vásquez (2009). *Democracia y ciudadanía: Problemas, promesas y experiencias en la región andina*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2014). *Protección supranacional de la democracia en Suramérica: Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*. Ciudad de México: UNAM.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela y Pablo Saavedra Alessandri (2017). «Inter-Americanization: Its legal bases and political impact». En Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi y Flávia Piovesan (editores), *Transformative constitutionalism in Latin America: The emergence of a new ius commune* (pp. 255-278). Oxford: Oxford University Press.
- MOYN, Samuel (2018). *Not enough: Human rights in an unequal world*. Cambridge: Harvard University Press.
- NASH ROJAS, Claudio (2013). «Control de convencionalidad: Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013: 489-509. Disponible en <https://bit.ly/3kUFkrh>.

- NEUMAN, Gerald L. (2008). «Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights». *European Journal of International Law*, 19 (1): 101-123. DOI: [10.1093/ejil/chn002](https://doi.org/10.1093/ejil/chn002).
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1975). *El derecho como obstáculo al cambio social*. Ciudad de México: Siglo Veintiuno.
- PAYANDEH, Mehrdad (2015). «Fragmentation within International Human Rights Law». En Mads Andenas y Eirik Bjorge (editores), *A farewell to fragmentation: Reassertion and convergence of International Law* (pp. 297-319). Cambridge: Cambridge University Press.
- PEGAM, Thomas Innes (2012). «National human rights institutions in Latin America: Politics and institutionalization». En Ryan Goodman y Thomas Innes Pegram (editores), *Human rights, state compliance, and social change: Assessing national human rights institutions* (pp. 210-240). Cambridge: Cambridge University Press.
- REED-DANAHAY, Deborah (2005). *Locating Bourdieu*. Bloomington: Indiana University Press.
- RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos (1978). *Tres ideas constitucionales: Supremacía de la constitución, Corte Constitucional, el ombudsman*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César A. (2009). *La globalización del Estado de derecho: El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*. Bogotá: Universidad de Los Andes.
- . (2015). *Radical deprivation on trial: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ROUX, Theunis (2009). «Transformative constitutionalism and the best interpretation of the South African Constitution: Distinction without a difference». *Stellenbosch Law Review*, 20 (2): 258-285.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2010). «Obligaciones internacionales y control de convencionalidad». *Estudios Constitucionales*, 8 (1): 117-136. DOI: [10.4067/S0718-52002010000100005](https://doi.org/10.4067/S0718-52002010000100005).
- SALAMANCA, Luis (2000). «La Constitución venezolana de 1999: De la representación a la hiper-participación ciudadana». *Revista de Derecho Público*, 82: 85-105. Disponible en <https://bit.ly/3coUCBn>.
- SAMUELSON, Larry y George Joseph Mailath (2006). *Repeated games and reputations: Long-run relationships*. Oxford: Oxford University Press.
- SETTEAR, John (1996). «An iterative perspective on treaties: A synthesis of international relations theory and International Law». *Harvard International Law Journal*, 37 (1): 139-230.
- . (1997). «Responses to breach of a treaty and rationalist international relations theory: The rules of release and remediation in the Law of Treaties and the Law of State Responsibility». *Virginia Law Review*, 83 (1): 1-126. DOI: [10.2307/1073740](https://doi.org/10.2307/1073740).

- SIKKINK, Kathryn y Margaret Keck (1998). *Activists beyond borders*. Ithaca: Cornell University Press.
- SRIPATI, Vijayashri (2007). «Constitutionalism in India and South Africa: A comparative study from a human rights perspective». *Tulane Journal of International Comparative Law*, 16: 49-116. Disponible en <https://bit.ly/32SMshw>.
- STEIN, Eric (1981). «Lawyers, judges, and the making of a transnational constitution». *The American Journal of International Law*, 75 (1): 1-27. DOI: [10.2307/2201413](https://doi.org/10.2307/2201413).
- TOOPE, Stephen J. y Jutta Brunnée (2010). *Legitimacy and legality in international law: An interactional account*. Cambridge: Cambridge University Press.
- UPRIMNY, Rodrigo (2010). «The recent transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and challenges». *Texas Law Review*, 89 (7): 1.587-1.609.
- URUEÑA, René (2017). «International Law as expert knowledge: Exploring the changing role of international lawyers in national contexts». En Jean d'Aspremont, Tarcisio Gazzini, André Nollkaemper y W. G. Werner (editores), *International law as a profession* (pp. 389-410). Cambridge: Cambridge University Press.
- . (2019). «Domestic application of International Law in Latin America». En Curtis A. Bradley (editor), *The Oxford handbook of comparative foreign relations law* (pp. 565-582). Oxford: Oxford University Press.
- VAUchez, Antoine (2012). «Keeping the dream alive: The European Court of Justice and the transnational fabric of integrationist jurisprudence». *European Political Science Review*, 4: 51-71. DOI: [10.1017/S1755773911000105](https://doi.org/10.1017/S1755773911000105).
- VENTER, Francois (2018). «The limits of transformation in South Africa's constitutional democracy». *South African Journal of Human Rights*, 34 (2): 143-166. DOI: [10.1080/02587203.2018.1509495](https://doi.org/10.1080/02587203.2018.1509495).
- VILLARROEL ALARCÓN, José Ismael (2017). «El tratamiento del derecho internacional en el sistema jurídico boliviano». En Paola Acosta Alvarado, Juana Inés Acosta López y Daniel Rivas Ramírez (editores), *De anacronismos y vaticinios: Diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica* (pp. 29-66). Bogotá: Universidad de La Sabana, Universidad Externado de Colombia.
- VON BOGDANDY, Armin (2020). «El mandato del Sistema Interamericano: Constitucionalismo transformador por un derecho común de derechos humanos». En Corte Interamericana de Derechos Humanos (compilador), *Diálogo entre cortes regionales de derechos humanos* (pp. 63-74). San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- VON BOGDANDY, Armin, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi y Flávia Piovesan (editores) (2017). *Transformative constitutionalism in Latin America: The emergence of a new ius commune*. Oxford: Oxford University Press.

- VON BOGDANDY, Armin, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi (editores) (2014). *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos* (pp. 156-199). Ciudad de México: UNAM.
- VON BOGDANDY, Armin y Mariela Morales Antoniazzi (2020). «Aproximación a la política de derechos humanos en América Latina: Una mirada desde el *ius commune*». En Armin von Bogdandy, *Transformaciones del derecho público: Fenómenos internacionales, supranacionales y nacionales*. Querétaro: MPIL, IJ-UNAM, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro.
- WENGER, Etienne (1998). *Communities of practice: Learning, meaning, and identity*. Cambridge: Cambridge University Press.
- WENDT, Alexander (1987). «The agent-structure problem in international relations». *International Organization*, 41 (3): 335-370. DOI: [10.1017/S002081830002751X](https://doi.org/10.1017/S002081830002751X).
- WELP, Yanina (2008). «La participación ciudadana en la encrucijada: Los mecanismos de democracia directa en Ecuador, Perú y Argentina». *Íconos: Revista de Ciencias Sociales*, 31: 117-130. DOI: [10.17141/iconos.31.2008.267](https://doi.org/10.17141/iconos.31.2008.267).

Sobre los autores

ARMIN VON BOGDANDY es director del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Heidelberg y profesor de Derecho Público en la Universidad de Frankfurt am Main, Alemania. Se licenció en Derecho y Filosofía antes de obtener un doctorado en Friburgo (1988) y como profesor en la FU Berlín (1996). Ha sido presidente del Tribunal de Energía Nuclear de la OCDE, miembro del Consejo Científico Alemán (Wissenschaftsrat) y del Comité Científico de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Ha ocupado cargos de invitado en la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York, el Instituto Universitario Europeo, la Academia de Derecho Internacional de Xiamen y la Universidad Nacional Autónoma de México, entre otros. Su correo electrónico es sekreavb@mpil.de.

RENÉ URUEÑA es abogado con especialización en Economía de la Universidad de los Andes, Colombia, y doctor en Derecho de la Universidad de Helsinki, Finlandia. Director del área de Derecho Internacional de la Universidad de Los Andes. Su correo electrónico es rf.uruenaz1@uniandes.edu.co.

I BIENAL LATINOAMERICANA DIDH

Interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos: Una nueva mirada frente al covid-19

Interdependence and indivisibility of human rights: A renewed glance in the face of Covid-19

Flávia Piovesan

Pontificia Universidad Católica de São Paulo, Brasil

Mariela Morales Antoniazzi

*Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado
y Derecho Internacional de Heidelberg, Alemania*

RESUMEN La pandemia de covid-19 y sus efectos multidimensionales demandan reforzar un enfoque holístico de los derechos humanos, que gire en torno a su interdependencia e indivisibilidad. El argumento se centra en ofrecer una dogmática jurídica reinterpretativa de reforzamiento «a la inversa» de ambos principios, en la medida que la salvaguarda de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) requiere también la garantía de los derechos civiles y políticos. El carácter reforzado deriva de la urgencia de atender a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad. El artículo dialoga con la base teórica del *ius constitutionale commune* en derechos humanos emergente para enfrentar la pandemia. Sobre la base del método bibliográfico, el argumento se desarrolla siguiendo tres momentos, a saber: en el punto de partida pre covid-19 de la propia Declaración Universal y los instrumentos regionales de protección de los derechos humanos en el caso de América Latina; la interpretación a la inversa frente al covid-19 en razón de los estándares universales, regionales y nacionales, tomando el caso argentino como referencia; y el discurso académico pos covid-19, para afianzar el lenguaje de la indivisibilidad e interdependencia como ruta para apalancar las profundas transformaciones. Los retos actuales revelan el potencial de los derechos humanos como lenguaje para guiar a los Estados hacia el cumplimiento de los estándares que conforman la base del nuevo *ius commune* pospandemia.

PALABRAS CLAVE Interdependencia, indivisibilidad, interpretación inversa, *ius constitutionale commune*.

ABSTRACT The Covid-19 pandemic and its multidimensional effects demand the reinforcement of a holistic approach to human rights, centered on their interdependence and indivisibility. The article advocates for a legal dogmatic reinterpretation and a “reverse” strengthening of both principles arguing that safeguarding economic, social, cultural and environmental rights (ESCER) also requires the guarantee of civil and political rights. The reinforced character stems from the urgency of attending people and groups in a situation of vulnerability. The article discusses the theoretical base of the emerging *ius constitutionale commune* on human rights to confront the pandemic. Based on the bibliographic method, the argument is developed in three stages: in the pre-covid-19 stage of the Universal Declaration itself and the regional instruments for the protection of human rights in the case of Latin America; the reverse interpretation in face of covid-19 in terms of the universal, regional and national standards, taking the Argentine case as a reference; and the post-covid-19 academic discourse, to reinforce the language of indivisibility and interdependence as a route to gain leverage for profound transformations. The current challenges reveal the potential of human rights as a language to guide States towards compliance with the standards that form the basis of the new post-pandemic *ius commune*.

KEYWORDS Interdependence, indivisibility, reverse interpretation, *ius constitutionale commune*.

Introducción

El covid-19 y sus efectos negativos en la garantía de los derechos humanos se revelan a nivel global en cualquier faceta de la condición humana. Es incuestionable, por tanto, la reafirmación de los derechos humanos, que «son universales, indivisibles e interdependientes, están relacionados entre sí y se refuerzan mutuamente para la creación o reconstrucción de sociedades resilientes, inclusivas, justas y pacíficas», como declaró en julio de 2020 la Asamblea General de las Naciones Unidas con ocasión del 75.º aniversario de la Organización.¹

El presente análisis propone repensar y reevaluar los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos, a la luz del nuevo desafío emergente para la vigencia de *todos* los derechos humanos frente a la pandemia. Ello implica, por una parte, un ejercicio de dogmática jurídica reinterpretativa y, por la otra, un enfoque innovador e interdisciplinario que contribuya a comprender el alcance de una crisis multidimensional, multinivel y con multiplicidad de consecuencias devastadoras en todas las esferas de la vida, y en particular, con repercusiones desproporcionadas en

1. «Follow-up to and implementation of the Vienna Declaration and Programme of Action», Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas, A/HRC/44/L.17/REV.1, 14 de julio de 2020, disponible en <https://bit.ly/32Z23vQ>.

las personas y grupos en situación de vulnerabilidad. Como lo afirma el secretario general de Naciones Unidas, el virus no discrimina, pero sus impactos sí.²

Se trata de un momento histórico en el que la normativa vigente en tiempos de normalidad está sometida a escrutinio.³ La situación actual representa una llamada de atención y un recordatorio sobre la necesidad de garantizar los derechos y el acceso a los servicios básicos para toda la población cuando no se está en tiempos de emergencia, pues solo bajo esa condición se puede garantizar su protección durante una emergencia.⁴ El covid-19 es una prueba para las sociedades, los Gobiernos, las comunidades y los propios individuos, en tanto el respeto de los derechos humanos en todo su espectro será fundamental para el éxito de la respuesta de salud pública y la recuperación de la pandemia, como lo destaca la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas.

En la comunidad de práctica de los derechos humanos (von Bogdandy y Uruña, 2020) hay convergencia en identificar que la crisis de la pandemia pone de relieve una vez más el carácter indivisible e interdependiente de los derechos humanos.⁵ Asimismo, se constata un acuerdo en instar a los Estados a que las medidas adoptadas que puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben cumplir los principios de temporalidad, legalidad, razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, al igual que los objetivos definidos según criterios científicos, en aras de cumplir los principios del Estado de derecho y la democracia.

El argumento que se sostiene en este análisis consiste en afirmar que la pandemia ha generado una interpretación reforzada «a la inversa» de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, en la medida que la salvaguarda de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) requiere la garantía de los derechos civiles y políticos, no solo a la inversa.⁶ En la lectura tradicional se invocaba con frecuencia la interdependencia e indivisibilidad para justificar la justiciabilidad directa de los DESCAs en función de la necesidad de la misma garantía que los derechos civiles y políticos.

2. António Guterres, «We are all in this together: Human rights and Covid-19 response and recovery», Naciones Unidas, 23 de abril de 2020, disponible en <https://bit.ly/2Gajr8g>.

3. Brett Milano, «Restricting civil liberties amid the Covid-19 pandemic», *Harvard Law Today*, 21 de marzo de 2020, disponible en <https://bit.ly/2GaTaGU>.

4. Nate Schenkan, «Covid-19 and the erosion of human rights», *Freedom House*, 27 de julio de 2020, disponible en <https://bit.ly/2G8Na12>.

5. Véase Human Rights Center, «Human rights dimensions of Covid-19», *University of Dayton Blogs*, 23 de marzo de 2020, disponible en <https://bit.ly/2S9OaVL>; Melik Özden, «Covid-19 pandemic and human rights», CETIM, 29 de abril de 2020, disponible en <https://bit.ly/34crycP>.

6. Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, «Covid-19 and the need for a holistic and integral approach to human rights protection: On Latin America and the inverted principle of interdependence and indivisibility of human rights», *Verfassunbsblog*, 25 de abril de 2020, disponible en <https://bit.ly/2Dif4qn>.

Frente a la pandemia, esta nueva mirada interpretativa de la interdependencia e indivisibilidad rige para la protección de los DESCAs (salud, agua, educación, trabajo), y también para garantizar los derechos civiles y políticos (libertad de expresión, acceso a la información, garantías judiciales). El carácter reforzado deviene de la dimensión de la interseccionalidad —y, en consecuencia, de la urgencia dentro de la emergencia— de atender a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad.

El artículo dialoga con la base teórica del *ius constitutionale commune* en derechos humanos emergente para enfrentar la pandemia en clave de los pronunciamientos de los órganos de derechos humanos de Naciones Unidas y las Américas, al igual que la normativa nacional, que muestran la tendencia a definir la lucha contra el covid-19 como una batalla por los derechos humanos, y configuran un *ius commune* con los estándares establecidos.

El argumento de la interpretación reforzada «a la inversa» se presenta en tres pasos, partiendo del método bibliográfico. Primero, se exponen ambos principios en el punto de partida pre covid-19 de la Declaración Universal y los instrumentos regionales de América Latina. Segundo, se aborda la nueva lectura de estos principios enfatizando la interpretación *a la inversa* frente al covid-19, respecto de los estándares universales, regionales y nacionales, tomando el caso argentino como referencia. Tercero, se esboza el potencial del discurso académico para afianzar el lenguaje de la indivisibilidad e interdependencia como ruta para las profundas y necesarias transformaciones pos covid-19. Se concluye con unos comentarios acerca de los ejes transversales del acervo común de la humanidad para afrontar la nueva realidad.

Reconstrucción de la interdependencia e invisibilidad: Las Declaraciones como punto de partida pre covid-19

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 contiene una gramática innovadora, ya que introdujo la idea contemporánea de indivisibilidad y universalidad de los derechos y dio lugar a la redacción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). La universalidad se reconoce como la piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos y dispone que las libertades fundamentales y los derechos humanos deben aplicarse a todos y en cualquier lugar, bajo la convicción de que la condición de persona es el único requisito para la dignidad y titularidad de derechos. «Solo el reconocimiento integral de todos [los] derechos puede asegurar la existencia real de cada uno de ellos» (Gros Espiell, 1986: 16-17). La indivisibilidad como lenguaje se utiliza tradicionalmente para describir la igualdad fundamental de los derechos contenidos en ambos pactos, a pesar de las diferencias en cuanto a sus obligaciones. No obstante, en sentido más estricto, la indivisibilidad pretendía reforzar la relevancia de los derechos económicos y sociales frente a la per-

cepción de que la división de la «unidad fundamental» de la Declaración Universal priorizaba los derechos civiles y políticos a expensas de los derechos económicos y sociales. La interdependencia, en esencia, se refiere a la medida en que «dos o más derechos o grupos de derechos pueden depender entre sí para su efectividad» (Mihř, 2014: 123).

Desde las Naciones Unidas, en particular de la Oficina del Alto Comisionado, se ha insistido en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad de cada persona. En consecuencia, todos los derechos humanos tienen el mismo estatus, no pueden ser colocados en un orden jerárquico y mantienen una interrelación e interdependencia. La negación de un derecho infaliblemente impide el disfrute de otros derechos. Si la privación de un derecho afecta de manera negativa los demás derechos, también la efectiva garantía de un derecho facilita el avance en la salvaguarda de los demás.

La interdependencia e indivisibilidad no solo ha sido reiterada por las principales resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas,⁷ sino también en 1993, con la solemne Declaración y el Programa de Acción de Viena, que pone otra vez de relieve que los derechos humanos «están relacionados entre sí, son interdependientes y se refuerzan mutuamente, y que deben tratarse de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y asignándoles la misma importancia».

Los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos se han recogido en diversos instrumentos regionales. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), adoptada en la Novena Conferencia Internacional Americana en abril de 1948 —ocho meses antes de la DUDH—, fue precisamente la primera enumeración detallada de derechos adoptada por una organización intergubernamental (Farer, 1997). Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ejerciendo su mandato transformador en la protección y defensa de los derechos humanos, han construido un *corpus iuris* interamericano que representa un avance histórico en la noción de interdependencia e indivisibilidad. Solo a título enunciativo, se puede mencionar la jurisprudencia sólida y progresiva en la justiciabilidad directa de los DESCAs, entre otros, en el caso *Lagos del Campo con Perú*, que reconoció por primera vez una violación directa del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); el caso *Poblete Vilches y otros con Chile* (Piovesan, Morales Antoniazzi y Montero, 2019), que advirtió sobre

7. Véanse las Resoluciones de la Asamblea General 40/114, del 13 de diciembre de 1985; 41/117, del 4 de diciembre de 1986; 42/102, del 7 de diciembre de 1987; y 43/113, del 8 de diciembre de 1988, todas con el título «Indivisibilidad e interdependencia de los derechos culturales, civiles y políticos», además de una serie de resoluciones de la Asamblea General sobre pactos internacionales de derechos humanos. Véase, por ejemplo, la Resolución 60/149, del 16 de diciembre de 2005.

la necesidad de garantizar el derecho a la salud sin discriminación; y el caso *Cuscul Pivaral y otros con Guatemala*, en que la Corte señaló que los Estados, al promover el derecho a la salud, deben «prestar especial atención a los grupos vulnerables y marginalizados».

El caso *Lhaka Honhat*⁸ representa un hito en la jurisprudencia interamericana, más aún en el contexto de la pandemia, porque por primera vez se pronuncia sobre la violación de manera autónoma de los DESCAs que atañen a pueblos y comunidades indígenas y declaran vulnerados, entre otros, el derecho al medio ambiente sano, a la alimentación y al agua. Con el enfoque centrado en las víctimas, el Sistema Interamericano, que gira en la órbita de salvaguardar la dignidad humana y prevenir el sufrimiento humano, el intenso debate sobre la justiciabilidad directa de los DESCAs dio una particular visibilidad a los principios de interdependencia e invisibilidad en América Latina.

En el ámbito europeo, la noción de indivisibilidad, interdependencia e interrelación se encuentra de manera implícita en el Preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950 (Koch, 2009: 2), que se inscribe como un instrumento que da «los primeros pasos para la aplicación colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal». El CEDH se centra sobre todo en los derechos civiles y políticos, pero hay dos rasgos distintivos en Europa que van en la línea de la indivisibilidad e interdependencia. En primer lugar, la Carta Social Europea de 1961 y la Carta Social Europea Revisada de 1996 comprenden ampliamente los derechos económicos, sociales y culturales. En segundo lugar, los límites del Convenio se ven trascendidos en las prácticas institucionales, ya que la indivisibilidad se ha consolidado como «un principio normativo de trabajo» (Williams, 2013), tendencia que se nota en la jurisprudencia más reciente (Carmona Cuenca, 2017).

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 se distingue por abarcar en un único instrumento los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales y colectivos en África —incluidos los derechos de los grupos y los pueblos—, y reconoce que protegen los derechos humanos sin hacer ninguna distinción entre su justiciabilidad o aplicación (Ssenyonjo, 2016). Desde el propio Preámbulo, la Carta Africana proclama la indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos.

8. Sentencia del caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) con Argentina*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 400, 6 de febrero de 2020.

Reinterpretación de la indivisibilidad e interdependencia: El *ius commune* emergente frente al covid-19

La pandemia de covid-19 revela la necesidad de reforzar el enfoque holístico de los derechos humanos. La interdependencia e indivisibilidad rige para la protección de los derechos a la salud, el agua, la educación y el trabajo (DESCA) y para garantizar los derechos civiles y políticos (libertad de expresión, acceso a la información, entre otros). Tal protección debe ser reforzada para atender a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad. Solo para tomar un ejemplo, en el contexto del covid-19 se corroboró que el derecho esencial a la salud depende igualmente del derecho a la información como eje clave del derecho a la libre expresión.⁹ De allí que es fundamental la debida consideración de la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de derechos; la igualdad y no discriminación; la perspectiva de género, diversidad e interseccionalidad; la inclusión; *accountability*; el respeto al Estado de derecho y el fortalecimiento de la cooperación entre los Estados. Esta mirada implica que las medidas que puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben cumplir los principios de temporalidad, legalidad, razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, además de estar acorde con criterios científicos.

La pandemia arroja un ejercicio de dogmática jurídica reinterpretativa orientado hacia el acervo emergente del *ius commune* respecto de los DESCA y la suspensión o restricción de garantías a la luz de su indivisibilidad e interdependencia. Tres preguntas guían esta mirada: i) ¿por qué hace falta una interpretación reforzada de las personas y grupos en situación de vulnerabilidad?; ii) además, en clave multinivel (global y regional y comparado), ¿puede identificarse una renovada vigencia de ambos principios?; iii) en razón de las tendencias, tomando Argentina como caso de estudio, ¿puede perfilarse a nivel nacional una respuesta que se aproxima hacia esta reinterpretación?

En cuanto a la urgencia dentro de la emergencia, se ha demostrado que el virus tiene un impacto diferenciado en grupos históricamente excluidos, vulnerables o de riesgo,¹⁰ que demandan una protección reforzada. En este sentido, la pandemia

9. La CIDH emitió, entre otros, el comunicado de prensa R58/20, en el que subraya que los Estados deben tener como centro el pleno respeto de los derechos humanos, y por tanto tienen la obligación de garantizar a todas las personas el acceso a la información precisa respecto de la naturaleza de la amenaza y de los medios para protegerse de ésta. También resaltó la necesidad de garantizar acceso a internet, de proteger la labor de periodistas, tomar acciones para abordar la desinformación y, sin duda, respetar los derechos humanos en caso de llevarse a cabo tareas de vigilancia mediante herramientas tecnológicas.

10. Entre ellos, personas mayores, personas que sufren enfermedades preexistentes, personas privadas de libertad, mujeres, pueblos indígenas, personas en situación de movilidad humana, niñas, niños y adolescentes, personas LGBTI, personas afrodescendientes, personas con discapacidad, personas trabajadoras y personas que viven en pobreza y pobreza extrema, en especial trabajadoras informales y

arroja tres grandes desafíos estructurales a afrontar: la desigualdad socioeconómica, los patrones históricos de discriminación y los dilemas concernientes a la institucionalidad democrática. Bastan algunos indicadores de la multidimensionalidad de la crisis que exacerba estos déficits sistémicos y conducen la mirada hacia tales desafíos. Philip Alston, anterior relator especial de Naciones Unidas sobre la pobreza extrema y derechos humanos, afirmó en abril de 2020 que las respuestas al covid-19 le están fallando a las personas en situación de pobreza.¹¹ Según los expertos de las Naciones Unidas, «la lucha global contra la pandemia tiene pocas posibilidades de tener éxito si la higiene personal, la principal medida para prevenir el contagio, no está al alcance de los 2.200 millones de personas que no tienen acceso a servicios de agua potable».¹² Por su parte, el relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, José Francisco Cali Tzay, declaró que «los estados de emergencia están exacerbando la marginación de las comunidades indígenas». En relación con la institucionalidad democrática, se observa que los Estados han adoptado medidas para salvaguardar la salud, pero han dictado declaratorias de estados de excepción y la suspensión o restricción de derechos, que en muchos casos obstaculizan el ejercicio pleno de la democracia.¹³ Ciertas voces, sin embargo, resaltan la relevancia del control del Ejecutivo por parte del Legislativo y Judicial en esta materia (Ginsburg y Versteeg, 2020).¹⁴

En lo que concierne a la clave multinivel (global y regional y comparado) para avalar la reinterpretación de la indivisibilidad e interdependencia a la inversa, resulta inexorable examinar —de manera exclusivamente enunciativa— la reiteración y creación de estándares para enfrentar la pandemia en el enfoque de DESCAs y derechos civiles y políticos. La selección de los pronunciamientos es estrictamente aleatoria e inacabada, porque excedería los límites de esta reflexión. Se focalizan en mostrar una tendencia. Tanto las Naciones Unidas como los sistemas regionales de derechos hu-

personas en situación de calle, así como defensoras y defensores de derechos humanos, líderes sociales, profesionales de la salud y periodistas.

11. Cepal, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Banco Mundial han elaborado los escenarios e incluso creado observatorios para monitorear los impactos del covid-19.

12. «No se podrá parar el covid-19 sin proporcionar agua a las personas en situación de vulnerabilidad: Expertos de la ONU», Naciones Unidas, 23 de marzo de 2020, disponible en <https://bit.ly/3e6L9PO>.

13. A título de ejemplo véase, Tamar Hostovsky Brandes, «Israel's perfect storm: Fighting Coronavirus in the midst of a constitutional crisis», *Verfassungsblog*, 7 de abril de 2020, disponible en <https://bit.ly/3mSu7Jq>; Radosveta Vassileva, «Bulgaria: ¿Covid-19 as an excuse to solidify autocracy?», *Verfassungsblog*, 10 de abril de 2020, disponible en <https://bit.ly/3o9tYaO>; Jesús María Hernández Casal y Mariela Morales Antoniazzi, «States of emergency without Rule of Law: The case of Venezuela», *Verfassungsblog*, 22 de mayo de 2020, disponible en <https://bit.ly/2FTdqqq>.

14. Andrés Malamud, «¿Y si la pandemia mejora la democracia?», *El País*, 14 de junio de 2020, disponible en <https://bit.ly/3kTf5Bv>.

manos —esta contribución considera solamente el sistema interamericano en América Latina— cuentan con bases de datos, comprensivas de todo el acervo configurado en torno al covid-19. Se enuncian, por tanto, solo algunos ejemplos.

Estándares internacionales: Naciones Unidas

Los órganos internacionales de derechos humanos han emitido pronunciamientos en torno al enfoque de derechos humanos para hacer frente a la pandemia, como, por ejemplo, dos publicados sobre covid-19 y derechos humanos de las Naciones Unidas¹⁵ y de la Organización Mundial de la Salud.¹⁶ El secretario de Naciones Unidas, la alta comisionada, los comités —en particular el Comité DESC—,¹⁷ los relatores y expertos¹⁸ subrayan la interdependencia e indivisibilidad, y le han dado visibilidad al impacto discriminatorio del virus en las personas y grupos en situación de vulnerabilidad. Las Naciones Unidas están apelando a los Estados para dar cumplimiento a los estándares de protección de los derechos humanos en su integralidad. Incluso la aseveración de la alta comisionada de Derechos Humanos define explícitamente la urgencia de la garantía del derecho a la salud, ya que «la universalidad de la amenaza de covid-19 crea el argumento más convincente que jamás ha existido a favor del acceso universal y asequible a la atención médica»,¹⁹ porque «nadie está a salvo hasta que todos están a salvo»²⁰.

En esta línea y de forma innovadora, el 9 de abril de 2020, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas organizó una reunión virtual con la alta comisionada para los Derechos Humanos para discutir las implicaciones de covid-19 en los derechos humanos, sin precedentes, en respuesta a la pandemia. Durante la sesión,

15. «Covid-19 and human rights: We are all in this together», Naciones Unidas, abril de 2020, disponible en <https://bit.ly/2G6yeki>.

16. «Addressing human rights as key to the Covid-19 response», Organización Mundial de la Salud, 21 de abril de 2020, disponible en <https://bit.ly/33oBPcA>.

17. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 25, relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1 b), 2, 3 y 4, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y «Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (covid-19) y los derechos económicos, sociales y culturales», E/C.12/2020/1, 2020.

18. Por parte de los procedimientos especiales, el primer comunicado de prensa relacionado con covid-19 se emitió el 16 de marzo de 2020, y desde entonces hasta el 6 de agosto de 2020, los procedimientos especiales han emitido 91 declaraciones y comunicados de prensa en total.

19. «El covid-19 plantea un “reto colosal para el liderazgo” que exige una actuación coordinada, declara la alta comisionada ante el Consejo de Derechos Humanos», Naciones Unidas, 9 de abril de 2020, disponible en <https://bit.ly/3e2QGXI>.

20. «Coronavirus: ‘No-one is safe until everyone is safe,’ says WHO director», *Euronews*, 18 de agosto de 2020, disponible en <https://bit.ly/3kAvomM>.

en diálogo entre participantes de todo el mundo con la alta comisionada para los Derechos Humanos y grupos de la sociedad civil, se evaluó de manera común la urgencia de proteger los derechos humanos de manera integral. La obligación de los Estados de evitar o mitigar los efectos negativos en el disfrute de los DESCAs ha sido destacada en función de todas las obligaciones en materia de derechos humanos²¹ y el deber de dedicar el «máximo de recursos disponibles»²² en la lucha contra el covid-19, sin imponer una carga económica adicional a los grupos marginalizados, constituye una constante en los diversos pronunciamientos.

En paralelo, la alta comisionada para los Derechos Humanos,²³ e igualmente el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas,²⁴ han ratificado y recordado los principales parámetros internacionales de control aplicables en los estados de excepción. De esa manera, las entidades internacionales han alertado que las medidas adoptadas por los Estados como respuesta a la pandemia deben ser limitadas en el tiempo, legales, ajustadas a los objetivos definidos según criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho de los derechos humanos. En el ejemplo simbólico del vínculo entre salud y acceso a la información, cabe destacarse el comunicado del relator especial de las Naciones Unidas sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión.²⁵

Estándares regionales: África

Frente a la pandemia, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha sido el primer órgano regional en hacer una llamada urgente a los Estados miembros de responder la emergencia sanitaria sobre la base de los derechos humanos y a la luz de su interdependencia. Se publicó un comunicado de prensa el 28 de febrero de 2020 sobre la crisis del virus²⁶ y la Declaración del 24 de marzo de 2020 enfatizó que «la

21. Alice Donald y Philip Leach, «Human rights: The essential frame of reference in the global response to Covid-19», *Verfassungsblog*, 12 de mayo de 2020, disponible en <https://bit.ly/333mgAY>.

22. «Episode 4: Maximum available resources», Universidad de Nottingham, Making Economic and Social Rights Real Project, capítulo 4, disponible en <https://bit.ly/3kPwLxO>.

23. «Emergency measures and Covid-19: Guidance», Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 27 de abril de 2020, disponible en <https://bit.ly/343FqpH>.

24. «Declaración sobre la suspensión de obligaciones dimanantes del Pacto en relación con la pandemia de covid-19», Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, CCPR/C/128/2.

25. «Las pandemias y la libertad de opinión y expresión: Informe del relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión», Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/44/49, 23 de abril 2020, disponible en <https://bit.ly/3cvWyYQ>.

26. «Press statement of the African Commission on Human & Peoples' Rights on the Coronavirus (Covid-19)», Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 28 de febrero de 2020, disponible en <https://bit.ly/3ohqOlj>.

Comisión desea recordar las disposiciones pertinentes de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en particular el artículo 4 sobre el derecho a la vida, el artículo 9 sobre el derecho al acceso a la información y el artículo 16 sobre el derecho a la salud».²⁷ En consonancia con ese llamamiento de la Comisión Africana, el Grupo de Trabajo sobre DESC recordó los efectos negativos en la salud, el trabajo, la educación, la alimentación, el agua y la seguridad social, a pesar de la aplicación de las medidas de bienestar social establecidas por varios Estados miembros como parte de su respuesta nacional al covid-19.²⁸ El grupo urge a los Estados a adoptar medidas que respeten los tratados regionales e instrumentos internacionales de derechos humanos para garantizar el pleno disfrute de todos los derechos —«durante y después de la crisis»—²⁹ y destaca en particular la situación de los grupos vulnerables y marginados que apenas en circunstancias normales disfrutaban del derecho a la vivienda y no tienen un acceso equitativo a la salud, la educación, al agua, al saneamiento, a la alimentación y al trabajo. De manera complementaria, también se constata la dependencia entre los derechos políticos y el derecho a la salud, en específico con referencia al derecho de las elecciones como pilar de la democracia, que debe ser salvaguardado durante la emergencia sanitaria.³⁰ En el contexto africano se suma la dimensión de la paz en el entendimiento de la interdependencia e indivisibilidad de derechos humanos, pues en las palabras de Solomon Ayele Dersso, presidente de la Comisión Africana, las previsibles consecuencias socioeconómicas y humanitarias de la crisis pueden incidir en procesos de paz, en tanto son factores generadores de las situaciones de conflictos e inseguridades.³¹

27. «Press statement on human rights based effective response to the novel Covid-19 virus in Africa», Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 24 de marzo de 2020, disponible en <https://bit.ly/3mW49Vn>.

28. Estas medidas incluyen la distribución gratuita de alimentos, el suministro de agua gratuito y mejorado, la asistencia financiera, la reducción temporal de las facturas de electricidad y el suministro de alojamiento para las personas sin hogar. «Press release on the impact of the Covid-19 pandemic on economic, social and cultural rights in Africa», Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 4 de junio de 2020, disponible en <https://bit.ly/3kVIEU8>.

29. «Press release».

30. «La Comisión afirma que el derecho a una elección regular, libre, justa y creíble es la norma democrática más sagrada que sirve de medio principal para el ejercicio del derecho soberano de un pueblo al autogobierno en virtud del artículo 20 de la Carta Africana y el derecho de las personas a participar en los asuntos públicos en virtud del artículo 13 de la Carta Africana. La celebración de elecciones dentro de los parámetros establecidos constitucionalmente y las normas de derechos humanos aplicables, incluidas las previstas en la Carta Africana sobre Democracia, Elecciones y Gobernanza, es un requisito previo para el mantenimiento de un sistema de gobierno democrático, responsable y receptivo». «Statement of the African Commission on Human and Peoples' Rights on elections in Africa during the Covid-19 pandemic», Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 22 de julio de 2020, disponible en <https://bit.ly/2G5hNoA>.

31. «Statement of Commissioner Solomon Ayele Dersso, Chairperson of the African Commission on

Estándares regionales: Europa

En Europa se deja de manifiesto la tendencia hacia el compromiso con los principios de interdependencia e indivisibilidad en esta renovada lectura mediante múltiples iniciativas de los órganos regionales y sus representantes, guías prácticas y recomendaciones para los Estados, así como pronunciamientos a favor de la protección reforzada de los grupos vulnerables. Se ha recordado, en palabras del alto representante Josep Borrell, «que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y que están interrelacionados. [...] Nos comprometemos a velar por que nuestra respuesta salvaguarde la dignidad y los derechos humanos de todas las personas sin discriminación de ningún tipo».³² Eamon Gilmore, representante especial de la Unión Europea para los Derechos Humanos, afirmó categóricamente que los derechos humanos están en el centro de la batalla contra el covid-19. En términos elocuentes reivindica esta nueva mirada de la interdependencia e indivisibilidad al afirmar que

proteger y preservar la vida es el propósito principal de esta lucha. Sin el derecho a la vida, es imposible ejercer otros derechos. Para proteger la vida, debemos reivindicar el derecho a la salud. Este, a su vez, depende no solo del acceso a la atención médica, sino también del derecho al agua potable y al saneamiento, a una nutrición adecuada y a un ambiente seguro y saludable. También requiere acceso a la información, para que las personas estén facultadas para proteger su propia salud y la de los demás. Y en esta crisis sanitaria, que requiere una respuesta colectiva y la cooperación de las personas en todas partes, el respeto por la sociedad civil es más importante que nunca. Todos los derechos humanos son interdependientes e indivisibles.³³

Por su parte, el secretario general del Consejo de Europa lanzó como guía de buena práctica un conjunto de herramientas,³⁴ para recordar a los Gobiernos de toda Europa garantizar el respeto de los derechos humanos y derechos fundamentales —llamando a la protección del derecho a la educación, de la libertad de expresión,

Human and Peoples' Rights at the Africa Dialogue Series organized by the United Nations Office of the Special Advisor on Africa and the African Union under the theme Covid-19 and silencing the guns in Africa: Challenges and opportunities, 20-22 May 2020», Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 26 de mayo de 2020, disponible en <https://bit.ly/34362qE>.

32. «Declaración del alto representante, Josep Borrell, en nombre de la Unión Europea, sobre los derechos humanos en tiempos de pandemia de coronavirus», Consejo de la Unión Europea, 5 de mayo de 2020, disponible en <https://bit.ly/36hdL7c>.

33. Eamon Gilmore, «La lucha contra covid-19 es una batalla por los derechos humanos», Delegación de la Unión Europea en Cuba, 17 de abril de 2020, disponible en <https://bit.ly/2FXqdhT>.

34. «Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the Covid-19 sanitary crisis: A toolkit for member states», Consejo de Europa, SG/Inf(2020)11, 7 de abril de 2020, disponible en <https://bit.ly/2EKNJOW>.

de la intimidad y los datos, de los grupos vulnerables y contra la discriminación— y garantizar la democracia y el Estado de derecho durante la crisis de covid-19. No se deja de lado la determinación de los límites del alcance y la duración de las medidas de emergencia.³⁵

En lo concerniente a los impactos negativos de la pandemia sobre determinados grupos, vale poner de relieve la nota del representante especial del secretario general sobre Migración y Refugiados del Consejo de Europa, junto con la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que insiste en las principales salvaguardias de los derechos fundamentales de los refugiados, solicitantes de asilo y migrantes aplicables en las fronteras exteriores de sus Estados miembros.³⁶ El Comité Europeo de Derechos Sociales ofrece asimismo orientación a través de su sitio web dedicado a los «Derechos sociales en tiempos de pandemia: Covid-19 y la Carta Social Europea», y examina las medidas adoptadas por los Estados en lo que respecta a sus obligaciones en materia de derechos sociales.

Estándares regionales: América Latina

Frente a la pandemia, la Corte IDH y la CIDH han reiterado el principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos y han denotado la protección reforzada para atender a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad, reflejando de manera reiterativa los casos de interseccionalidad (Góngora-Mera, 2020). Sin duda, el Sistema Interamericano *también* ha subrayado que las medidas que puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben cumplir con los principios de temporalidad, legalidad, razonabilidad, necesidad, proporcionalidad y ser conformes a criterios científicos.

El ejercicio del mandato transformador se ha concretizado asimismo a través de los comunicados conjuntos con la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE), que han dejado sentado, una vez más, el orden público interamericano. Como una alerta temprana y enmarcado en el sistema multinivel, el primer comunicado de prensa señala que los Gobiernos deben promover y proteger el acceso y la libre circulación de la información durante la pandemia,³⁷ seguido del llamado a asegurar las perspectivas de protección integral de los derechos humanos

35. «Human rights and Covid-19», European Trade Union Confederation, 7 de mayo de 2020, disponible en <https://bit.ly/2HDQqT3>.

36. «Fundamental rights of refugees and migrants at European borders», European Union Agency for Fundamental Rights, 27 de marzo de 2020, disponible en <https://bit.ly/349w4IX>.

37. «Covid-19: Los Gobiernos deben promover y proteger el acceso y la libre circulación de la información durante la pandemia: Expertos internacionales», Organización de los Estados Americanos, R58/20, 19 de marzo de 2020, disponible en <https://bit.ly/2G7px9B>.

y de la salud pública frente a la pandemia³⁸ y, de modo consecutivo con más de una docena de comunicados, ha advertido la urgencia de proteger los derechos de los grupos más vulnerables. Con un mecanismo novedoso, el 27 de marzo de 2020, la Comisión anunció la instalación de su Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada a la crisis en relación con la pandemia del covid-19 (SACROI covid-19), para monitorear el impacto en los derechos humanos y, en particular, en los grupos en situación de vulnerabilidad en los 35 países de las Américas.

El 10 de abril se aprobó la Resolución 01/2020, sobre Pandemia y Derechos Humanos, con 85 recomendaciones destinadas a los Estados, a la luz de los estándares interamericanos y del principio *pro persona*. La resolución enfatiza el deber de los Estados de adoptar un enfoque centrado en los derechos humanos en toda estrategia, política o medida estatal de enfrentamiento a la pandemia del covid-19 y sus consecuencias. Ya un primer balance, impacto y resultados alcanzados se presentan en el comunicado de prensa del 16 de mayo de 2020. La CIDH, el 27 de julio de 2020, adoptó además la Resolución 04/2020, sobre Derechos Humanos de las Personas con Covid-19, con el propósito de visibilizar, mediante 52 directrices, que los pueblos de las Américas continúan estando extremadamente afectadas por la pandemia global, y que quienes han contraído el virus corren riesgos de no ver salvaguardados sus derechos humanos.

La Declaración 1/20 emitida por la Corte Interamericana, titulada «Covid-19 y derechos humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales», insta a los Estados a adoptar e implementar medidas que estén dentro del marco del Estado de derecho, con pleno respeto de los instrumentos interamericanos para la protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados por la jurisprudencia de la Corte. En cuanto a los derechos económicos, sociales, culturales, y ambientales, se publicó una infografía sobre «Covid-19 y el derecho a la salud», que sintetiza las obligaciones estatales a la hora de limitar los derechos económicos, sociales y culturales, y la protección reforzada de los grupos vulnerables. Asimismo, se publicó el nuevo Cuadernillo de Jurisprudencia 28 sobre el derecho a la salud, el cual versa sobre el debate universal de la pandemia de covid-19.

Pionera, una vez más, la Corte IDH, a través de la resolución de la presidenta, Elizabeth Odio Benito, dictó medidas urgentes en el marco del caso *Vélez Loor con Panamá*. Estas medidas se originan a raíz de la solicitud de las víctimas para que la Corte le requiera a Panamá la implementación de medidas de protección respecto de personas migrantes detenidas en el centro La Peñita, para proteger sus derechos a la

38. «La CIDH y su REDESCA instan a asegurar las perspectivas de protección integral de los derechos humanos y de la salud pública frente a la pandemia del covid-19», Organización de los Estados Americanos, 60/2020, 20 de marzo de 2020, disponible en <https://bit.ly/3n1UoXp>.

vida, salud e integridad en el marco de la pandemia. Al analizar la situación, se tuvo en cuenta la citada Declaración 1/20, así como el *corpus iuris* interamericano, por lo que le requirió al Estado, entre otros, asegurar, «de forma inmediata y efectiva, el acceso a servicios de salud esenciales sin discriminación a todas las personas que se encuentran en las estaciones de recepción migratoria La Peñita y Laja Blanca, incluyendo detección temprana y tratamiento del covid-19».

En la idea de profundizar la indivisibilidad e interdependencia, la Corte IDH da cuenta de su jurisprudencia en materia de estados de excepción y suspensión de derechos con la reedición del Cuadernillo de Jurisprudencia 26, «Restricción y suspensión de derechos humanos», que acentúa que ningún derecho puede ser suspendido sin cumplir con las condiciones estrictas del artículo 27.1 de la CADH. Otras iniciativas valiosas son el Centro de Información Covid-19 y Derechos Humanos, un espacio de difusión en la web, y el «Diálogo entre las tres Cortes Regionales de Derechos Humanos», que permitió evidenciar «que en los tres continentes esta pandemia está afectando desproporcionalmente a ciertas personas históricamente discriminadas, como mujeres, migrantes, adultas mayores, entre otras».³⁹

Surge entonces la cuestión de verificar si, a nivel nacional, tomando Argentina como caso de estudio, se puede perfilar una respuesta que se aproxima hacia esta reinterpretación de la indivisibilidad e interdependencia a la inversa y reforzada para los más vulnerables. Se pondrán de relieve tres rasgos: a saber, la visión compartida en cuanto a la reinterpretación, la significación de la protección reforzada de los más marginalizados enclavada en los estándares universales y regionales y ciertas buenas prácticas como reflejo de la internacionalización e interamericanización de los órdenes nacionales.

Partiendo del Plan Operativo de preparación y respuesta al covid-19,⁴⁰ se constata que el Estado nacional ha tomado las medidas por parte de todas las áreas del Gobierno y ha destacado que corresponden a la lógica de la complementariedad de las distintas políticas y con un abordaje desde los efectos de la pandemia en los derechos fundamentales de la población. Esta respuesta confirma el argumento sostenido en tanto no solo se requiere reconocer la interdependencia y la indivisibilidad a la inversa, sino que también van más allá en el sentido de comprometerse en «respuestas integrales» entre las diferentes entidades de la autoridad pública. El Comité de Ética y Derechos Humanos en Pandemia Covid-19 fue creado *ad hoc* y *ad honorem* según la Resolución 1.117/2020 (firmada por el ministro de Salud de la Nación), la

39. «Covid-19 y derechos humanos: Diálogo entre las tres cortes regionales de derechos humanos», Corte Interamericana de Derechos Humanos, 54/2020, 13 de julio de 2020, disponible en <https://bit.ly/2GfeWsT>.

40. «Plan operativo de preparación y respuesta al covid-19», Gobierno de Argentina, Ministerio de Salud, disponible en <https://bit.ly/3iilLHG>.

cual declara necesario tal comité ante las múltiples incertidumbres que plantea el covid-19. El nuevo órgano tiene como función fomentar el diálogo interdisciplinario entre la política sanitaria, la ciencia y la ética para generar recomendaciones en apoyo de las tareas destinadas al cuidado de la salud pública, a partir de la protección de los derechos fundamentales de la población y considerando las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud. Invocan la filosofía del Estado constitucional, convencional, democrático, social y de derecho que rige la nación argentina y el derecho internacional de los derechos humanos.

En concordancia con el ejemplo simbólico del vínculo entre salud y acceso a la información, Argentina decretó que el Ministerio de Salud informaría diariamente sobre las «zonas afectadas» y la situación epidemiológica. Respecto de la propagación, contención y mitigación del virus, destinó un sitio web para dar a conocer las medidas obligatorias y recomendaciones y la presentación de un reporte matutino y uno vespertino transmitidos por los medios de comunicación.⁴¹ Para la protección reforzada de un grupo vulnerable, se configuró una línea gratuita exclusiva para que las personas mayores puedan hacer consultas sobre el nuevo coronavirus y acceder a la información sobre las recomendaciones específicas para el cuidado de su salud.⁴² En la configuración del *ius commune* se inscriben buenas prácticas como la defensa del derecho a la vivienda de las personas residentes en barrios populares, destacada por expertos de Naciones Unidas,⁴³ o la señalada por la CIDH⁴⁴ cuando se exceptuó de la suspensión de los plazos administrativos —establecida por los DNU 298/20 y sus prórrogas—, a los trámites previstos por la Ley 27.275 (de Acceso a la Información

41. Véase el Decreto 260/2020, del 12 de marzo de 2020; y la Resolución 568/2020 del Ministerio de Salud, del 14 de marzo de 2020.

42. El Programa de Atención Médica Integral (PAMI) del Gobierno argentino habilitó una línea gratuita exclusiva (138, opción 9) y una campaña en redes sociales con herramientas audiovisuales accesibles.

43. En el caso de Argentina, se pueden destacar como buenas prácticas «los Decretos Nacionales 319/2020 y 320/2020, que suspenden los desalojos por falta de pago, prorrogan la vigencia de contratos de alquiler y congelan las cuotas de créditos hipotecarios, ya que pueden contribuir a reducir la vulnerabilidad frente a la pandemia de covid-19». Véase la comunicación conjunta enviada por el Relator Especial sobre los derechos humanos al agua potable y el saneamiento; el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; el Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado; y el Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Naciones Unidas, 24 de junio de 2020, disponible en <https://bit.ly/3oyng8T>; Decreto 319/2020, Boletín Oficial de la República de Argentina, 29 de marzo de 2020, disponible en <https://bit.ly/2Twze4v>; Decreto 320/2020, Boletín Oficial de la República de Argentina, 29 de marzo de 2020, disponible en <https://bit.ly/3kBzMSL>.

44. «CIDH presenta balance, impactos y resultados alcanzados por su Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada a Crisis para la Pandemia de Covid-19», Organización de los Estados Americanos, 114/20, 16 de mayo de 2020, disponible en <https://bit.ly/3jbiQNI>.

Pública) y la Ley 25.326 (de Protección de Datos Personales).⁴⁵ En la interamericanización del derecho al agua,⁴⁶ se recoge la decisión de un juez de distrito que ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires preparar un plan de contingencia que establezca un cronograma detallado para el suministro de agua potable en comunidades sin acceso al agua del grifo y asegurar el suministro de agua en tanques de agua. En este ámbito, la sentencia de la Corte IDH en el caso *Lhaka Hohnat con Argentina* define los contornos del derecho humano al agua, enriquecido con los estándares universales y nacionales.

Renovación del discurso sobre indivisibilidad e interdependencia: El potencial transformador pos covid-19

El impacto dramático del covid-19 y su naturaleza multidimensional impulsan una época de profunda transformación y reinención, marcada por decisiones cruciales. Habrá un mundo pre covid-19 y un mundo pos covid-19.

Existe desde hace más de siete décadas una visión compartida en el mundo sobre el sistema integral de derechos humanos basada en el entendimiento de que, para garantizar la dignidad de la persona humana, debían alcanzarse todos los derechos humanos (Minkler y Sweeney, 2011). Los límites de conceptualizarlos a la luz de su interdependencia e indivisibilidad en la lectura tradicional ya se esbozaron en el mundo pre covid-19. Entre distintos discursos, se alude a la incorporación de una perspectiva de justicia social, sobre todo para enfrentar el reto de atender las necesidades de grupos y poblaciones vulnerables (Nueves-Silva, Martins y Heller, 2019); también desde el punto de vista de la práctica, con referencia especial al derecho a la salud y la falta de entenderlo en su integridad con los demás derechos,⁴⁷ o sobre la necesidad de crear herramientas de monitoreo adecuados para poder entender mejor las consecuencias de violaciones de derechos interdependientes (Bouchard y Meyer-Bisch, 2016), lo que ha empujado hacia un cambio dogmático y práctico.

La pandemia nos ha dado la evidencia de la necesidad de repensar los alcances de los principios de indivisibilidad e interdependencia y, más allá, nos insta a repensarlos a la inversa y reforzar la protección de las personas y grupos en situación de vulnerabilidad, con mayor énfasis en la igualdad aproximándonos desde los déficits estructurales. El contexto actual puede ofrecer un punto de partida hacia un sistema

45. Resolución 70/2020, Agencia de Acceso a la Información Pública.

46. Mariela Morales Antoniazzi, «How a landmark decision from the Inter American Court on Argentina can help shape a response to Covid-19 and the right to water: New momentum for the *ius commune*», *EJIL Talk*, 29 de mayo de 2020, disponible en <https://bit.ly/3cF5Kdr>.

47. Dainius Pūras, «Challenges in promoting the interdependence of all human rights», *Health and Human Rights Journal*, 18 de diciembre de 2019, disponible en <https://bit.ly/3kQ26Ac>.

más integrativo, resistente, resiliente y sostenible, con la debida priorización de los grupos más vulnerables.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, una «disrupción» como el covid-19 podría generar una profunda transformación, ya que la pandemia constituye el mayor reto enfrentado por la humanidad desde hace décadas. Categorizar la pandemia como «disrupción» permite apuntar hacia un cambio de gran alcance en las prácticas de derechos humanos en cuanto a la intensidad y urgencia de la conmoción en el sistema de derechos humanos.⁴⁸ Como surgió la creación de las Naciones Unidas y el derecho internacional de los derechos humanos como respuesta a las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, las respuestas ante el covid-19 pueden significar un momento refundacional, en coherencia con la llamada «Contribución del respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales al logro de los propósitos y la defensa de los principios de la Carta de las Naciones Unidas»,⁴⁹ emitida en julio de 2020 por la Asamblea General. Subrayar la indivisibilidad de la salud y los otros derechos no es solo una cuestión teórica, sino que tiene un sustento práctico esencial que interpela la eficacia de la autoridad pública⁵⁰ y que impone límites jurídicos a la actuación estatal en su ejercicio de autoridad (Hostmaelingen y Bentzen, 2020).

En este orden de ideas, es oportuno pensar en una refundación de los derechos humanos, buscar enfoques con un potencial transformador, entre ellos, los conceptos de *ius commune* y comunidad de práctica en derechos humanos. Es necesario que el discurso académico se base en el reconocimiento de *todos* los derechos humanos para articular las respuestas a nivel global, regional y nacional frente a la pandemia.

A la luz de los desafíos estructurales que deben enfrentarse, agravados y con sus impactos exacerbados en los derechos humanos, se puede reiterar que la efectividad de los DESCAs está absolutamente condicionada a la efectividad de los derechos ci-

48. Según Oona Hathaway (2002: 2.003-2.004), se puede detallar: «Las grandes crisis del sistema proporcionan ventanas de oportunidad limitadas para efectuar grandes cambios en el sistema. De hecho, cuando se producen cambios importantes en las prácticas de derechos humanos, a menudo se debe a ese acontecimiento». La idea un momento fundador de cambio institucional tiene sus raíces en el institucionalismo histórico. Este último se centra en las instituciones formales e informales y considera su evolución tras una trayectoria estable en tiempos normales. Una cepa del análisis de esta teoría sostiene que las coyunturas circulares son momentos particulares de la historia en los que se levantan o se suavizan las limitaciones habituales de la acción, lo que incluye también el peso relativo del organismo frente a la estructura durante esos episodios». Véase, sobre cambios institucionales, Mahoney y Kathleen (2010); y para un estudio sobre Perú y el reforzamiento de derechos humanos por una ventana de oportunidad, Root (2009).

49. A/HRC/44/L.17/Rev.1 con ocasión del 75.º aniversario de las Naciones Unidas, 14 de julio de 2020, disponible en <https://bit.ly/35JwoP9>.

50. Lisa Forman, «The evolution of the right to health in the shadow of Covid-19», *Health and Human Rights Journal*, 2 de abril de 2020, disponible en <https://bit.ly/3cFcDfi>.

viles y políticos, y la efectividad de los derechos civiles y políticos en su plenitud está absolutamente condicionada a la efectividad de los DESCAs.

El mundo pos covid-19 impone abordar los hitos y mitos en lo atinente a la pobreza como una condición generalizada de violación de múltiples derechos humanos; en paralelo, convoca a apropiarse de todo el acervo normativo, jurisprudencial y discursivo que se ha venido gestando progresivamente:

Tres ejes son clave, a saber, la noción de pobreza desde su alcance multidimensional y rechazar la conceptualización en términos de mera escasez de ingresos y más bien asumir el enfoque centrado en la capacidad como el puente conceptual entre la pobreza y los derechos humanos; un segundo hito es «re-advertir» el grado en que la pobreza afecta también la capacidad de las personas para disfrutar de sus derechos civiles y políticos porque les niega la voz política, crea obstáculos para reclamar su situación y se le privación de sus capacidades para disfrutar de sus derechos humanos. Y un tercer hito deviene de respaldar una orientación más sustantiva de la igualdad que permita a las Cortes, como actores del proceso democrático, considerar más adecuadamente los vínculos entre pobreza y discriminación y ampliar el espectro de los conceptos de vulnerabilidad y discriminación interseccional (Morales Antoniazzi, 2021).

Para América Latina, resulta esencial repotenciar el discurso alusivo a la protección prioritaria de las personas que viven en la pobreza, en el entendido de que los órganos del sistema interamericano ejercen un mandato transformador a la luz de la CADH y su interpretación como instrumento vivo.

Son conocidas las voces críticas en cuanto a las limitaciones del discurso de los derechos humanos (Moyn, 2018). No obstante, existen estudios que preponderan el rol que pueden desempeñar en el combate de la desigualdad las sentencias de tribunales nacionales, cuando actúan en la interpretación de las constituciones nacionales y deciden a favor de la promoción de la igualdad a partir del discurso de los derechos humanos (Versteeg, 2020). En el ámbito del sistema interamericano, la academia pone de relieve la reconceptualización de la igualdad y describe la tendencia a aproximarse a una comprensión de la igualdad como «antisubordinación», con miras a afrontar los problemas estructurales profundamente arraigados (Aldao, Clérico y Ronconi, 2017).

Las desigualdades y los impactos discriminatorios de la pandemia para las personas y grupos en vulnerabilidad traen consigo un llamado a la academia y a la práctica para buscar una transformación hacia sistemas más justos, con inclusión social y política.⁵¹ Ya se encuentran estudios destinados a evaluar los escenarios y las soluciones

51. Véanse, por ejemplo, Olivier de Schutter, «La crisis por covid-19 destaca la urgente necesidad de transformar la economía global, dice nuevo experto de la ONU en pobreza», Oficina del Alto Comi-

potenciales, los puntos de vista multidisciplinarios y los efectos de las medidas frente al covid-19 (Buheji y otros, 2020), así como el perfilamiento de perspectivas acerca de un estado de bienestar con base en un nuevo pacto social (fiscal, social y productivo), con la universalización de acceso a los derechos, ingreso básico universal y un sistema de cuidados.⁵² Son solo ejemplos que dan cuenta del renovado interés académico en torno a dar visibilidad a los invisibilizados.

Comentarios finales

Los retos actuales revelan el potencial de los derechos humanos como lenguaje para guiar a los Estados hacia el cumplimiento de los estándares que conforman la base del nuevo *ius commune* pospandemia. No solo es claro un entendimiento holístico de los derechos humanos, sino también su aplicación práctica en la inaplazable lucha contra la pobreza y, en particular, en la atención a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad.

A la luz de los desafíos estructurales que deben enfrentarse, agravados y con sus impactos exacerbados en los derechos humanos, se puede reiterar que la efectividad de los DESCAs está absolutamente condicionada a la efectividad de los derechos civiles y políticos, mientras que la efectividad de los derechos civiles y políticos en su plenitud está absolutamente condicionada a la efectividad de los DESCAs. Algunos ejes transversales para enfrentar los desafíos estructurales que pueden identificarse de manera enunciativa en torno a la desigualdad socioeconómica, la discriminación histórica y la debilidad institucional, serían, en lo *socioeconómico*:

- El deber de los Estados de adoptar un enfoque centrado en los derechos humanos en toda estrategia, política o medida estatal de enfrentamiento a la pandemia de covid-19 y sus consecuencias.
- Potencializar los DESCAs, en tanto los Estados deben asignar especial prioridad a la protección de los derechos a la vida y la salud, mediante la adopción de medidas inmediatas y urgentes, con la debida diligencia, respaldando el

sionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1 de mayo de 2020, disponible en <https://bit.ly/33aNq99>; «Informe sobre el impacto económico en América Latina y el Caribe de la enfermedad por coronavirus (covid-19)», Cepal, marzo de 2020, disponible en <https://bit.ly/3jd7Vay>.

52. Alicia Bárcena, secretaria ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), en una reunión titulada «Hacia una nueva economía global: Encuentro universitario ministerial». Varios países muestran indicadores que han dado ciertos pasos en esta dirección. Algunos de los países en América Latina aumentaron la protección social desde el inicio de la crisis del coronavirus y adoptaron bonos para las familia en vulnerabilidad (Argentina, Colombia, Perú, entre otros). Véase «El número de niños en hogares pobres puede aumentar en 86 millones debido al coronavirus», *Noticias ONU*, 28 de mayo de 2020, disponible en <https://bit.ly/33ayhVf>.

deber del Estado de prevenir y mitigar los daños, y poniendo a disposición el máximo de los recursos disponibles para la efectividad del derecho a la salud, bajo una concepción integral.

- Las acciones, programas y políticas públicas de los Estados deben atender la mejor evidencia científica.
- Los Estados deben exigir y fiscalizar que las empresas respeten los derechos humanos.

Ante la *discriminación histórica*:

- Para los grupos en especial situación de vulnerabilidad rige el deber reforzado de protección estatal a las personas mayores, las personas privadas de libertad, las mujeres, los pueblos indígenas, las personas migrantes y refugiadas, los niños, niñas y adolescentes, las personas LGBTI, los afrodescendientes y las personas con discapacidades.
- Adopción de programas de prevención a la pandemia específicos (por ejemplo, en los idiomas tradicionales de los pueblos indígenas, canales alternativos de denuncia para las mujeres, protocolos específicos para las personas LGBTI y medidas alternativas de privación de libertad).

A la luz de los *dilemas de la institucionalidad democrática*:

- Los Estados, en cualquier restricción de derechos y libertades, deben observar estrictamente los principios de legalidad, proporcionalidad, necesidad y temporalidad, a fin de cumplir con las finalidades legítimas de proteger a la salud.
- La importancia del funcionamiento de los poderes, sobre todo los procedimientos judiciales idóneos para la protección de derechos y libertades, así como la garantía de los derechos a la libertad de expresión y el acceso a la información, los cuales son pilares esenciales del régimen democrático.
- La vigilancia digital debe limitarse estrictamente a la rigurosa protección de los derechos individuales, al principio de no discriminación y a las libertades fundamentales.

Así como la pandemia advierte que compartimos las mismas amenazas, miedos y riesgos, también advierte que compartimos la misma humanidad y la capacidad de lograr que todos y todas sean libres e iguales en dignidad y derechos hacia el proceso de reconstrucción de sociedades más resilientes, inclusivas y justas.

Reconocimiento

La versión original de este artículo fue publicada en *Covid-19 y derechos humanos: La pandemia de la desigualdad*, editado por Juan Pablo Bohoslavsky (Buenos Aires: Biblos, 2020).

Referencias

- ALDAO, Martín, Laura Clérico y Liliana Ronconi (2017). «A multidimensional approach to equality in the Inter-American context: Redistribution, recognition, and participatory parity». En Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan y Ximena Soley (editores), *Transformative constitutionalism in Latin America: The emergence of a new ius commune*. Oxford: Oxford University Press.
- BOUCHARD, Johanne y Patrice Meyer-Bisch (2016). «Intersectionality and interdependence of human rights: Same or different?». *The Equal Rights Review*, 16: 186-203. Disponible en <https://bit.ly/36e51Pl>.
- BUHEJI, Mohamed, Katiane da Costa Cunha, Godfred Beka, Bartola Mavrić, Yuri Leandro do Carmo de Souza, Simone Souza da Costa Silva, Mohammed Hanafi y Tulika Chetia Yein (2020). «The extent of Covid-19 pandemic socio-economic impact on global poverty: A global integrative multidisciplinary review». *American Journal of Economics*, 10 (4): 213-224. DOI: [10.5923/j.economics.20201004.02](https://doi.org/10.5923/j.economics.20201004.02).
- CARMONA CUENCA, Encarna (2017). «Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista de Derecho Político*, 100: 1.209-1.238. DOI: [10.5944/rdp.100.2017.20731](https://doi.org/10.5944/rdp.100.2017.20731).
- FARER, Tom (1997). «The rise of the Inter-American human rights regime: No longer a unicorn, not yet an ox». *Human Rights Quarterly*, 19 (3): 510-546. Disponible en <https://bit.ly/36g3AQg>.
- GINSBURG, Tom y Mila Versteeg (2020). «The bound executive: Emergency powers during the pandemic». *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, 52. Disponible en <https://bit.ly/3n1uilx>.
- GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo (2020). «Discriminación en clave interseccional: Tendencias recientes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». En Mariela Morales Antoniazzi, Liliana Ronconi y Laura Clérico (coordinadoras), *Interamericanización de los DESCAs: El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH* (pp. 399-427). Ciudad de México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- GROS ESPIELL, Héctor (1986). *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*. San José: Libro Libre.

- HATHAWAY, Oona (2002). «Do human rights treaties make a difference?». *Yale Law Journal*, 111: 1.935-2.042. Disponible en <https://bit.ly/3oiwZWp>.
- HOSTMAELINGEN, Njal y Heidi Bentzen (2020). «How to operationalise human rights for Covid-19 measures». *BMJ Global Health*, 5 (3): e003048. DOI: [10.1136/bmjgh-2020-003048](https://doi.org/10.1136/bmjgh-2020-003048).
- KOCH, Ida Elisabeth (2009). *Human rights as indivisible rights: The protection of socio-economic demands under the European convention on human rights*. Leiden y Boston: Martinus Nijhoff.
- MAHONEY, James y Kathleen Thelen (2010). *Explaining institutional change: Ambiguity, agency, and power*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MIHR, Anja y Mark Gibney (2014). *The SAGE handbook of human rights*. Los Ángeles: SAGE.
- MINKLER, Lanse y Shawna Sweeney (2011). «On the indivisibility and interdependence of basic rights in developing countries». *Human Rights Quarterly*, 33 (2): 351-396. DOI: [10.1353/hrq.2011.0017](https://doi.org/10.1353/hrq.2011.0017).
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2021). «La Corte IDH y la interamericanización del test democrático frente al covid-19». En Sergio García Ramírez y César Astudillo (coordinadores), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Organización, funcionamiento y trascendencia*. Ciudad de México: IJ-UNAM, Tirant lo Blanch (en imprenta).
- MOYN, Samuel (2018). *Not enough: Human rights in an unequal world*. Cambridge: Harvard University Press.
- NEVES-SILVA, Priscila, Giselle Isabele Martins y Léo Heller (2019). «Human rights' interdependence and indivisibility: A glance over the human rights to water and sanitation». *BMC International Health and Human Rights*, 19 (14). DOI: [10.1186/s12914-019-0197-3](https://doi.org/10.1186/s12914-019-0197-3).
- PROVESAN, Flávia, Mariela Morales Antoniazzi y Erika Montero (2019). «Avances en la protección de las personas mayores en el sistema interamericano: Perspectivas y retos para la efectividad de sus derechos». En Mariela Morales Antoniazzi y Laura Clérico (coordinadoras), *Interamericanización del derecho a la salud: Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*. Ciudad de México: UNAM.
- ROOT, Rebecca K. (2009). «Through the window of opportunity: The transitional justice network in Peru». *Human Rights Quarterly*, 31 (2): 452-473. DOI: [10.1353/hrq.o.0073](https://doi.org/10.1353/hrq.o.0073).
- SSENYONJO, Manisuli (2016). *Economic, social and cultural rights in International Law*. Portland: Hart.
- VERSTEEG, Mila (2020). «Can rights combat economic inequality?». *Harvard Law Review*, 133 (6): 2.017-2.060. Disponible en <https://bit.ly/2GobKSp>.

VON BOGDANDY, Armin y René Urueña (2020). «International transformative constitutionalism in Latin America». *American Journal of International Law*, 114 (3): 403-442. DOI: [10.1017/ajil.2020.27](https://doi.org/10.1017/ajil.2020.27).

WILLIAMS, Andrew (2013). «The European Convention on Human Rights, the EU and the UK: Confronting a heresy». *European Journal of International Law*, 24 (4): 1.157-1.185. DOI: [10.1093/ejil/cht059](https://doi.org/10.1093/ejil/cht059).

Sobre las autoras

FLÁVIA PIOVESAN es profesora de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, Brasil. Comisionada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Su correo electrónico es fpiovesan@oas.org.

MARIELA MORALES ANTONIAZZI es investigadora senior del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional de Heidelberg. Coordina el proyecto Ius Constitutionale Commune en América Latina (ICCAL). Su correo electrónico es morales@mpil.de.

I BIENAL LATINOAMERICANA DIDH

Diálogo multinivel en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: ¿Hacia dónde vamos?

*Multilevel dialogue in international systems for the protection
of human rights: Where are we going?*

Marie-Christine Fuchs  y Miguel Barboza López 

Fundación Konrad Adenauer, Alemania

RESUMEN El diálogo multinivel en los sistemas de protección de los derechos humanos presenta desafíos a nivel técnico-metodológico, jurisprudencial y político. A partir del principio *pro homine* y de solidaridad, es necesario que exista una comunicación constante entre los diferentes tribunales regionales de derechos humanos que coadyuven a la defensa de la persona humana. En el presente artículo abordaremos este tema desde diferentes posturas jurisprudenciales y académicas.

PALABRAS CLAVE Diálogo multinivel, derechos humanos, sistemas internacionales de protección.

ABSTRACT Multilevel dialogue in human rights protection systems presents challenges both at the technical-methodological, jurisprudential and political levels. Based on the *pro homine* and solidarity principles, it is necessary that there is constant communication between the different regional human rights courts that contribute to the defense of the human being. In this article we will address these issues from different jurisprudential and academic positions.

KEYWORDS Multilevel dialogue, human rights, international systems of protection.

Introducción

El 28 y 29 de noviembre de 2018 se celebró en Santiago de Chile la Primera Bienal Latinoamericana de Estudios sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos, organizada por la Universidad de Chile y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, entre otras instituciones.

La Bienal fue un evento propicio para analizar cómo el ordenamiento jurídico internacional ha evolucionado en estos últimos 70 años desde la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Evolución que se ha visto reflejada en la elaboración de innumerables convenios internacionales e interamericanos; la creación de diversas cortes y otros órganos encargados en exclusiva de la promoción y protección de los derechos humanos; y la aprobación de nuevas constituciones que acogieron dichos estándares.

Pese a estos avances, la Bienal también reflejó tres grandes desafíos: el primero, de orden técnico-metodológico, plasmado en la brecha de implementación de la norma garantista y su justiciabilidad efectiva y eficiente para el ciudadano; el segundo, de orden jurisprudencial, debido a la falta de coherencia entre los diferentes pronunciamientos de las cortes a nivel nacional y con los organismos internacionales y regionales de derechos humanos; y el tercero, de orden político, reflejado en la falta de voluntad política y reforzada con las trabas burocráticas y la práctica de algunos Gobiernos, a veces con crecientes tendencias autoritarias y populistas, que impiden la implementación de políticas y planes que garanticen los derechos humanos de sus ciudadanos. Estos desafíos son un llamado hacia una solución propositiva, como es el diálogo multinivel.

A partir de lo anterior, las instituciones organizadoras de la Bienal hemos decidido presentar este libro, que aborda diversos temas discutidos en el evento por ponentes de América Latina, el Caribe y la Unión Europea, con el fin de interiorizar, reflexionar y profundizar los debates y conceptos. Por parte del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, nos gustaría centrarnos, en este primer capítulo, en la importancia del diálogo multinivel, pues es un tema medular que necesita ser abordado para fortalecer nuestros mecanismos de protección y promoción de derechos humanos en todos los niveles, tomando en cuenta las diversas y plurales necesidades que aquejan a nuestras regiones a nivel mundial.

Desafíos actuales frente al diálogo y la urgencia de abordarla

Aunque la protección multinivel de los derechos humanos conlleva múltiples oportunidades y —bien aplicada e interpretada— beneficia al justiciable, en la práctica sus ventajas no siempre son evidentes, y hasta incluso son ignoradas por nuevas ten-

dencias políticas nacionalistas. Los desafíos para concretar un diálogo multinivel son múltiples, como a continuación abordaremos.

Desafíos técnico-metodológicos

Desde el punto de vista metodológico, el aplicador de una multiplicidad de diferentes normas de protección de los derechos humanos desde lo internacional a lo local se enfrenta a la dificultad no solo de conocer las interpretaciones que les han dado los tribunales o cortes constitucionales, regionales e internacionales, sino también de sortear el —a primer vista— complejo problema de su jerarquía normativa y del control de convencionalidad. ¿Cuándo se aplica determinada carta de derechos humanos y qué hacer en caso de conflicto entre las diferentes disposiciones de derechos humanos? No solo para los operadores jurídicos, sino también para la política y la enseñanza del derecho, esta consagración de los derechos fundamentales multinivel en forma de principios, de normas generales y abstractas, representa un reto de interpretación, argumentación y aplicación del derecho interno de conformidad con los principios convencionales.¹

Desde hace décadas tanto jueces como académicos se esfuerzan para hacer frente a estos desafíos metodológicos desarrollando nuevas herramientas de interpretación jurídica, que complementan a las medidas hermenéuticas clásicas. El más conocido en América Latina es el llamado «control de convencionalidad», mediante el cual se bajan los estándares interamericanos de derechos humanos y su jurisprudencia a nivel local.²

No obstante, en la práctica jurídica de los países latinoamericanos, el control de convencionalidad ha sido en muchos casos abordado desde el principio de subsidiaridad y no con un «espíritu» de complementariedad. Con cierta rigidez, los Estados insisten en que los problemas jurídicos se deben resolver desde el nivel más bajo de la jerarquía normativa, el más cercano al ciudadano, y con preponderancia total a la propia constitución. En muchos casos, ignoran que los tratados internacionales en principio no pueden regular todas las situaciones jurídicas, políticas y sociales de los Estados, sino que van complementando las herramientas y prácticas internas de los Estados de protección de derechos. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que el principio de complementariedad significa que el sistema de protección de derechos humanos

1. Sobre la obligación de los funcionarios como jueces y operadores judiciales, véase Meléndez (2012: 145-146); sobre los retos del derecho público en el contexto de la globalización, véase Serna de la Garza (2017: 201-204).

2. Sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros con Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

instaurado a nivel regional no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa.³

En línea con lo anterior, por el principio de complementariedad, estos tratados pueden modificarse o pueden irse forjando nuevos tratados tomando en cuenta la experiencia práctica de los Estados. Por ejemplo, el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo de 1989, desde su génesis no regulaba la situación de los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial. No obstante, con el pasar del tiempo, y tomando en cuenta la experiencia de los países de las Américas, en 2016 la Organización de los Estados Americanos reguló esta situación a través del artículo 26 de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Esta visión ayuda a superar la rigurosidad del principio de subsidiariedad y a avanzar hacia una mayor protección de los derechos humanos (Huneus, 2011: 493; Soley y Steininger, 2018). De lo contrario, los órganos regionales e internacionales están obligados a intervenir en caso de que las autoridades locales sean incapaces de garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales de sus ciudadanos (Carozza, 2003: 38-79; Negishi, 2018: 1-32).

Es de aclarar que los instrumentos internacionales de derechos humanos no requieren de un grado de especificidad estricto, pues esto es competencia de cada uno de los Estados. De lo contrario, los organismos internacionales podrían llegar a ser denunciados al desbordar sus funciones y trastocar la soberanía estatal. Para ello, es esencial que los Estados hagan suyos estos estándares y adopten normas específicas que los jueces pueden aplicar a nivel local.

Desafíos jurisprudenciales

Siguiendo la lógica del apartado anterior, el desarrollo jurisprudencial coherente a nivel local, regional e internacional representa un gran desafío en la actualidad. Se puede observar que, a nivel local, diversos jueces no dialogan entre sí para resolver temas que comparten el mismo problema jurídico.⁴ Misma situación puede presen-

3. Sentencia del caso *Tarazona Arrieta y otros con Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 286, 15 de octubre de 2014, párr. 137; sentencia del caso *Comunidad Campesina de Santa Bárbara con Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 299, 1 de septiembre de 2015, párr. 159; sentencia del caso *Duque con Colombia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 310, 26 de febrero de 2016, párr. 128.

4. En Perú, por ejemplo, en el tema de consulta previa de pueblos indígenas, en el caso *Majes Siguanas II*, el juez de la Corte Superior de Justicia de Cusco rechazó el derecho a la consulta previa que tienen las comunidades campesinas de Espinar, pese a que con anterioridad este derecho ya había sido reconocido a nivel judicial en otros casos. Lo mismo sucede en el caso *Jatucachi*, en el cual el juez de la Corte Supe-

tarse a nivel regional o universal con los derechos humanos, o entre estos últimos y los sistemas judiciales o administrativos nacionales,⁵ lo que lleva a una falta de seguridad jurídica para el ciudadano.

No se requiere que exista plena uniformidad o igualdad en el desarrollo de estándares sobre un mismo tema, pues las circunstancias caso a caso son diferentes y pueden variar; mas sí es necesario que haya coherencia frente a estándares internacionalmente reconocidos tanto en su formulación y aplicación. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia, en el caso *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea con República Democrática del Congo)*, expresó lo siguiente:

Aunque el tribunal no está obligado en el ejercicio de sus funciones judiciales a ajustar su interpretación del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] al del Comité [Derechos Humanos], entiende que debe dar gran consideración a la interpretación adoptada por este organismo independiente, creado especialmente para supervisar la aplicación de ese tratado. *Ello hace a la necesidad de claridad y esencial coherencia del derecho internacional, como también a la seguridad jurídica, que es un derecho de las personas beneficiarias de los derechos garantizados, como de los Estados vinculados a respetar las obligaciones convencionales* (el énfasis es nuestro).⁶

Para lograr esa coherencia, se requiere la aplicación del control de convencionalidad, el cual, como ya hemos señalado, tiene que ser visto desde su formulación e implementación bajo el principio de complementariedad. En ese sentido, si bien los organismos internacionales desarrollan estándares jurisprudenciales a partir de experiencias locales, son los Estados los que complementan el desarrollo jurisprudencial internacional y están también sometidos a su legislación local, que puede o no ser aún más vanguardista.

Desafíos políticos

Por otro lado, y desde una perspectiva más desafiante, los sistemas regionales e internacionales de derechos humanos están enfrentando resistencias políticas y judiciales crecientes y endémicas por parte de algunos Estados. En especial, si los órganos de estos sistemas se ocupan de asuntos políticamente sensibles o que tocan al núcleo de la soberanía estatal. En muchos casos, los Estados miembros, aludiendo a su situación específica y a las peculiaridades nacionales, que según ellos no fueron tomadas

rior de Justicia de Puno, en primera instancia, declaró improcedente la demanda, mientras que la Sala superior revocó dicha decisión señalando que sí tienen derecho a la consulta previa.

5. Puede apreciarse la diferencia interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos de libertad de expresión.

6. Caso *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea con República Democrática de Congo)*, Corte Internacional de Justicia, 30 de noviembre de 2010, párr. 66.

en suficiente consideración, se niegan de manera más o menos abierta a cumplir con el orden jurisprudencial de los tribunales regionales o internacionales de derechos humanos (Burgogue-Larsen, 2011: 190).

Muchos Estados miembros de sistemas regionales o internacionales de protección de derechos humanos, sobre todo los que cuentan con Gobiernos con tendencias nacionalistas, populistas y hasta autoritarias, no quieren, o incluso creen que no pueden, cumplir con el orden jurisprudencial de los órganos, como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos o el Sistema Europeo de Derechos Humanos (Burgogue-Larsen, 2011: 190). Esto se debe a varios aspectos: una combinación de falta de voluntad y oportunidad política; restricciones presupuestales y técnicas; y conceptos morales y sociales tradicionales que todavía prevalecen, y que son sujetos a cambios constantes.

En este contexto surgieron las discusiones recientes sobre un mayor margen de apreciación de las cortes nacionales en la aplicación de la jurisprudencia de las cortes regionales, como lo solicitaron los Gobiernos de Argentina, Brasil, Colombia, Chile y Paraguay en una declaración enviada a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en abril de 2019. Estos Estados solicitaron mayor respeto al principio de subsidiariedad como base de distribución de competencias en el Sistema Interamericano, y la introducción de un margen de autonomía o apreciación en la aplicación de decisiones del Sistema, algo que históricamente le ha sido ajeno.⁷ Paradójicamente, la declaración invoca argumentos de soberanía propia similares a los usados hace unos años por Gobiernos como el de Hugo Chávez en Venezuela, y también de Evo Morales en Bolivia.⁸ Posturas que, de ser implementadas o convertirse en tendencia en la región, podrían debilitar y politizar gravemente el sistema de protección regional de derechos humanos en América Latina.

En Europa se pueden identificar tendencias similares. Aunque la Declaración de Copenhague de abril de 2018 fue mucho más favorable de lo que se esperaba, hay fuertes tendencias dentro de los Estados miembros del Consejo de Europa a reforzar la naturaleza subsidiaria del Sistema Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo y favorecer la institucionalización del valor jurídico del margen de apreciación estatal.

En casos extremos, estas tendencias políticas de reorientación hacia la soberanía nacional han servido a algunos Gobiernos de justificación para salirse por completo de sistemas regionales o internacionales de protección de derechos humanos. Al

7. «Comunicado de prensa Ministerio de Relaciones Exteriores y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos», Ministerio de Relaciones Exteriores, 23 de abril de 2019, disponible en <https://bit.ly/2EO1R9o>.

8. «Bolivia podría retirarse de la CIDH», *El Espectador*, 18 de marzo de 2013, disponible en <https://bit.ly/2QFpHa3>.

nivel interamericano, contamos con el desafortunado caso de Venezuela, país en el cual la jurisprudencia de la Corte IDH ha quedado por completo desarraigada.⁹ En Europa la situación no es menos preocupante: Estados como Rusia o Turquía tejen nuevos argumentos para ignorar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), acudiendo, entre otros, al concepto de la identidad constitucional. Al nivel internacional, toca mencionar la renuncia de Estados Unidos al Pacto Global sobre Migración de las Naciones Unidas, para dar solo un ejemplo.

Una forma más sutil —pero no menos preocupante— de boicotear el trabajo de mecanismos regionales e internacionales de derechos humanos es la práctica creciente de algunos Estados de quitar los fondos a sus respectivos órganos. Esto resulta en la reducción de personal, lo que tiene consecuencias nefastas para su funcionamiento. Como ejemplo, podemos mencionar la crisis financiera que atravesaron en el 2016 la Corte IDH y la CIDH.¹⁰

Teniendo en cuenta estos tres desafíos, para las cortes locales de los países latinoamericanos se plantea la cuestión de si, y en qué sentido, esta arquitectura multinivel afecta su jurisprudencia, y cómo entrar en un diálogo fecundo con los tribunales de los otros sistemas de protección de derechos humanos. Del mismo modo, esta falta de diálogo a nivel jurisprudencial multinivel tiene un impacto severo en la adopción de políticas públicas a nivel estatal, e impide que entre los Estados exista un diálogo consensuado para una mayor protección de los derechos humanos.

El diálogo como componente esencial para quebrar los desafíos en la protección y promoción de los derechos humanos

A partir de estos tres desafíos, y con la convicción de defender a nuestras democracias liberales y la protección multinivel de derechos, urge la búsqueda de herramientas efectivas y prometedoras para hacer frente a estos retos o —como lo han llamado algunos— combatir el creciente *backlash* (Soley y Steininger, 2018: 237-257). Aparte de una jurisprudencia bien argumentada, fundada y ponderada de órganos internacionales y regionales, capaz de convencer a los Estados, en nuestra opinión, el instrumento más prometedor es el diálogo franco e interdisciplinario entre actores a diferentes niveles. Eso, porque incluso la mejor jurisprudencia no garantiza que los Estados miembros de un respectivo sistema regional o internacional lo cumplan. Teniendo en cuenta, por ejemplo, el bajo nivel de cumplimiento de las sentencias de

9. «CIDH deplora medidas represivas adoptadas por Venezuela frente a protestas y condena la secuela de muertos y heridos», Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 9 de mayo de 2017, disponible en <https://bit.ly/3gKNOP7>.

10. Silvia Ayuso, «La CIDH se queda sin fondos para defender los derechos humanos en las Américas», *El País*, 23 de mayo de 2016, disponible en <https://bit.ly/2QFUN11>.

la Corte IDH en los Estados americanos, se evidencia que sin voluntad sociopolítica hay pocas oportunidades de que se logre una implementación efectiva de la normatividad regional e internacional al nivel nacional. Es justamente esta voluntad sociopolítica la que se busca a través del diálogo.

El diálogo es definido como un proceso incluyente que «reúne a un conjunto diverso de voces para crear un microcosmos de la sociedad en general».¹¹ Esto implica aprender y no solo conversar; es decir, el diálogo no es un proceso que implique únicamente sentarse alrededor de una mesa, sino modificar la forma en que las personas hablan, piensan y se comunican entre ellas.¹²

El diálogo como un «microcosmos» o un «ecosistema» debe tener un amplio criterio *reformador*, es decir, buscar avanzar en los objetivos comunes de las entidades o personas que dialogan: la garantía de la dignidad de la persona humana (Carozza y González, 2017: 436).

Para hacer efectivo un diálogo con esas características, es esencial aplicar los principios de *solidaridad internacional* y *pro homine*. Principios que se articulan entre sí y que dan el soporte internacional para lograr un diálogo multinivel fructífero y efectivo.

Solidaridad internacional

La solidaridad internacional, como un principio general del derecho (Higgins, 1994), ha sido entendida como «un producto de la historia social, en el entendimiento de que, con el tiempo, aparecerán en la comunidad internacional nuevas reclamaciones justificadas que deberán ser tratadas y resueltas a fin de proporcionar a las personas un nivel de protección más elevado».¹³

Las condiciones sociales, económicas y culturales en una sociedad cambian con el tiempo, por lo que se requiere abordar las problemáticas que puedan surgir de estas condiciones y resolverlas a través de un diálogo constante y plural de actores. Este diálogo entre los Estados y los demás actores sociales, como las empresas, la academia y la sociedad civil en general, demuestra un reconocimiento explícito de la solidaridad internacional como principio de derecho internacional.¹⁴

A nivel universal, se ha podido observar la aplicación del principio de solidaridad internacional en el abordaje de complejas situaciones jurídicas que por necesidad requieren acuerdos políticos previos con todos los actores sociales. Un ejemplo es el evento en vísperas del Foro Mundial sobre los Refugiados de Naciones Unidas en

11. «Importancia del diálogo para la prevención de conflictos y la construcción de paz», Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, febrero de 2009, p. 2, disponible en <https://bit.ly/2YR6JkZ>.

12. «Importancia...», 3.

13. «Derechos humanos y solidaridad internacional», Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución A/HRC/12/27, 22 de julio de 2009, párr. 11.

14. «Derechos humanos...», párr. 13.

2019, en el que se lanzó la plataforma de apoyo para el Marco Regional de Respuesta al Desplazamiento Forzado en Centroamérica (MIRPS). En dicho evento, el presidente de Costa Rica, Carlos Alvarado Quesada, señaló:

Si nos escuchamos los unos a los otros y trabajamos como una comunidad regional y global, encontraremos soluciones conjuntas a lo que está pasando en nuestros países [...]. El MIRPS provee una oportunidad regional, y debemos asegurarnos de que funcione.¹⁵

La declaración del presidente de Costa Rica es potente, ya que enlaza el principio de solidaridad internacional con el trabajo en conjunto entre todos los actores. Esto implica atender las reclamaciones actuales como un todo dialógico, que afecta a todos por igual, pero con efectos diferenciados según la realidad nacional o regional de cada país.

Por otro lado, la solidaridad en el diálogo implica tolerancia, es decir, que la capacidad de escucha sea a tal nivel de poder razonar en conjunto, sin sesgos políticos, y comprendiendo que las posturas adoptadas en un tema se pueden deber a las realidades tan diversas que enfrentamos. Al respecto, Naciones Unidas, entre sus pronunciamientos llamando al diálogo para la resolución de conflictos sociales, instó al diálogo y tolerancia en Nicaragua por los actos de represión recurrentes contra periodistas y medios de información críticos al Gobierno. Su portavoz, Stephan Durraric, señaló que «solo el diálogo inclusivo en un ambiente de tolerancia y paz puede conducir a soluciones duraderas».¹⁶

Principio *pro homine*

El principio *pro homine* o *pro personae*,¹⁷ gestado por primera vez por el entonces juez de la Corte IDH Rodolfo E. Piza, es un «criterio fundamental [que] impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que lo consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen».¹⁸ El principio *pro homine* es un principio adicional de interpretación jurídica. Significa adoptar la interpretación más generosa posible cuando se trata de derechos otorgados al ciudadano, mientras que las normas que imponen deberes o

15. «Estados, sector privado, sociedad civil se unen en apoyo para Centroamérica», Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 16 de diciembre de 2019, disponible en <https://bit.ly/3bcvaym>.

16. «La ONU insta al diálogo y la tolerancia en Nicaragua», *Noticias ONU*, 18 de diciembre de 2018, disponible en <https://bit.ly/34Sfy1T>.

17. Sobre el principio *pro personae*, véase Nogueira Alcalá y Aguilar Cavallo (2018: 239-265).

18. Opinión separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante en «Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)», Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-7/86, serie A núm. 7, 29 de agosto de 1986, párr. 36.

limitan el gozo de los derechos fundamentales deben ser interpretadas de manera restrictiva, sin importar a qué nivel de la «jerarquía normativa» se encuentren (Pinto, 1997: 163). Justamente por este último aspecto, este principio es al mismo tiempo una propuesta proactiva y garantista de la Corte IDH de resolver conflictos de jerarquías de normas, que da preponderancia a la norma que protege mejor a los derechos del ciudadano (Hernández, 2014). Además, es un criterio fundamental para orientar el diálogo de manera armónica y en múltiples niveles.

Aunque el principio *pro homine* llega a sus límites cuando diferentes derechos de dos o más individuos entran en conflicto y el juzgador tiene que decidir qué derecho prevalecerá, su implementación efectiva es una de las tareas más urgentes para combatir la brecha que todavía existe entre las normas y las realidades, sobre todo latinoamericanas, para que los derechos humanos se materialicen de manera efectiva.¹⁹ Además, este principio es la respuesta más coherente que podemos dar a los que todavía ven el ecosistema de derechos humanos como un sistema estático de jerarquías y lo argumentan bajo el principio de subsidiariedad. En nuestra opinión, dar prioridad a la norma que más protege a la persona tiene la más alta legitimidad fáctica y humanista, más que los conceptos tradicionales de soberanía estatal.

Ahora bien, la aplicación del principio *pro homine* en los diálogos debe darse tanto a nivel de los sistemas del derecho interno (Waters, 2017), como a nivel del derecho internacional y sus especialidades. Es decir, el principio *pro homine* no solo complementa un diálogo progresivo de protección de derechos, sino que también contribuye a reformar el diálogo legislativo y judicial, en cuanto a la formulación de políticas públicas sólidas, y a mejorar el diálogo entre los diferentes órganos que integran la judicatura en un país, y a la vez entre estos.

Los diferentes niveles de protección de los derechos humanos y sus respectivos roles en el diálogo internacional

La materialización del diálogo multinivel se encuentra plasmada en diversos niveles universales, regionales y nacionales de protección de los derechos humanos.

Nivel universal

A nivel universal, el nacimiento del sistema de Naciones Unidas ha tenido siempre presente la necesidad de cooperar con los diferentes actores para garantizar el mejor nivel de protección de los derechos humanos. Esta necesidad de cooperación y diálogo se ha visto plasmada en sus documentos fundacionales, como la Carta de las Naciones Unidas, que en sus artículos 1.3. y 1.4 precisa:

19. Sobre el progreso en América Latina, véase Piovesan (2017).

Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones para alcanzar estos propósitos comunes.

Estos esfuerzos de cooperación, que se traducen en un proceso dialógico entre el rol impulsor —intermediador que tiene Naciones Unidas y el rol receptor— y el ejecutor de los Estados, se han visto plasmados en diferentes pronunciamientos del organismo para hacer frente a crisis humanitarias y de derechos humanos que afrontan los diferentes países. También se han plasmado en promover el diálogo entre los Estados, la sociedad civil y demás actores para lograr fines comunes. Como ejemplo de ello, tenemos el lanzamiento por parte de Naciones Unidas de la iniciativa ONU75, que busca este año 2020 lograr una conversación amplia e inclusiva sobre el papel de la cooperación mundial para construir un futuro mejor a nivel global.²⁰

Nivel regional

A nivel regional, contamos con diversos sistemas de protección y promoción de derechos humanos, como el Sistema Interamericano, Europeo, Africano²¹ y Asiático²² de Derechos Humanos. No obstante, en el presente artículo nos abocaremos a los dos primeros.

El *Sistema Interamericano*, cuya creación es anterior al Sistema Universal de Derechos Humanos, también fue fundado por la necesidad de diálogo entre los actores que intervienen en ella. Tal es así que, en el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se especifica:

20. «Dialogar con la ONU para conseguir un mundo mejor está a tu alcance», *Noticias ONU*, 2 de enero de 2020, disponible en <https://bit.ly/2DjcYXr>.

21. En el Sistema Africano de Derechos Humanos se puede revisar el preámbulo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: «Reafirmando la promesa que hicieron en el artículo 2 de dicha Carta de erradicar de África toda forma de colonialismo, coordinar e intensificar su cooperación y esfuerzos por alcanzar una vida mejor para los pueblos de África y fomentar la cooperación con la debida consideración a la Carta de las Naciones Unidas y a la Declaración de los derechos humanos».

22. En el Sistema Asiático de Derechos humanos se puede revisar el prólogo de la Declaración Asiática de Derechos Humanos: «Reafirmando aún más nuestro compromiso con la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración y el Programa de Acción de Viena y otros instrumentos internacionales de derechos humanos en los que los Estados miembros de la ASEAN son partes [...] Convencidos de que esta Declaración ayudará a establecer un marco para la cooperación en materia de derechos humanos en la región y contribuir al proceso de construcción de la comunidad de la ASEAN».

La consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán *fortalecerlo* cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias (el énfasis es nuestro).

Por otro lado, la Carta Democrática Interamericana señala en sus artículos 14 y 26, respectivamente:

Los Estados miembros acuerdan examinar periódicamente las acciones adoptadas y ejecutadas por la Organización *encaminadas a fomentar el diálogo, la cooperación para el desarrollo integral* y el combate a la pobreza en el hemisferio, y tomar las medidas oportunas para promover estos objetivos.²³

La OEA mantendrá consultas y cooperación continua con los Estados miembros, tomando en cuenta los aportes de organizaciones de la sociedad civil que trabajen en esos ámbitos.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) señala en su preámbulo:

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del derecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual *justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos*.

Por ende, los fundadores del Sistema Interamericano dejaron clara y expresa su convicción de que el diálogo, plasmado en un deber de cooperación entre los Estados, es esencial para lograr una mayor protección de los derechos humanos. Este diálogo ha sido plasmado tanto como una necesidad para asegurar los derechos existentes, como para avanzar en la regulación de nuevas circunstancias y hacerlas judiciales ante la Corte IDH, sobre la base de la jurisprudencia ya conocida referente a que la interpretación del derecho debe hacerse acorde con los nuevos tiempos y necesidades.²⁴ Esto es lo que se conoce como *diálogo jurisprudencial*²⁵ o

23. El énfasis en ésta y las siguientes citas es nuestro.

24. «El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal», Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99, serie A núm. 16, 1 de octubre de 1999, párr. 55.

25. El Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor entiende por diálogo jurisprudencial: «La práctica de las cortes nacionales e internacionales a través de la cual se utiliza la argumentación de otras cortes con el fin de construir a una mejor interpretación de las normas de derechos humanos, y en general, de cualquier

«fertilización recíproca» entre diferentes sistemas de protección de los derechos humanos.

Este diálogo se ha expresado, por ejemplo, con el reconocimiento de nuevos derechos a nivel interamericano que pueden llegar a ser justiciables ante la Corte IDH, como el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, el derecho al trabajo o el derecho al agua, entre otros.²⁶ La apertura de dichos criterios jurisprudenciales requiere necesariamente de un debate a nivel internacional, además de con los Estados y la sociedad civil, respecto de las expectativas sobre cómo estos van a ser implementados a nivel interno de los Estados.

En cuanto al *Sistema Europeo*, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) siguen siendo las principales referencias en materia de derechos humanos a nivel regional (Fix-Zamudio, 2006: 1.105), complementados por la Carta Social Europea de 1961, que regula los derechos de carácter socioeconómicos a nivel regional. Sin embargo, la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea se hizo legalmente vinculante para todos los países miembros de la Unión Europea —con excepción de Polonia y el Reino Unido— con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre 2009. Entonces, es posible afirmar que en la actualidad en Europa existe un sistema tripolar de protección de los derechos humanos, compuesto por dos sistemas regionales distintos y los respectivos sistemas nacionales. Estos instrumentos europeos señalan de igual manera la importancia del diálogo multinivel, como señalamos a continuación.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su preámbulo, establece:

Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es *realizar una unión más estrecha* entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados por un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de primacía del derecho, a *tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal*.

Asimismo, la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea precisa en su preámbulo:

otra norma contenida en una constitución o en un tratado» (citado en Rodríguez Revegino, 2017: 106).

26. Sentencia del caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) con Argentina*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 400, 6 de febrero de 2020.

Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y *la solidaridad*, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación.

Esto demuestra que, a nivel del Consejo de Europa y la Unión Europea, el diálogo multinivel es esencial para el desarrollo armónico de ambas organizaciones. Más propiamente, a nivel de la Unión Europea, su Tratado de Funcionamiento regulan en sus artículos 151 al 156 el diálogo social que tiene como objetivo la mejora de la gobernanza europea, a través de la participación de los interlocutores sociales (representantes de las empresas y de los interlocutores) en la toma de decisiones y su aplicación.²⁷ Por otra parte, a nivel del Consejo de Europa, se cuenta con el Libro Blanco sobre Diálogo Intercultural, en el cual se destaca la necesidad de dialogar para evitar divisiones étnicas, religiosas, lingüísticas y culturales, y así avanzar en el reconocimiento de las diferentes identidades de manera constructiva y democrática, según valores universales comunes.²⁸

Nivel nacional

Por último, a nivel nacional, el diálogo se materializa principalmente en el marco de las normas constitucionales y las disposiciones de gobierno de cada uno de los países. Como son muy diversas, no podemos mencionar todas en esta sección.

Sin embargo, a nivel de un Estado cuyo modelo es unitario y no federalista, quizás el diálogo se presenta en algún sentido más sencillo, en el entendido de que se está frente a un Gobierno central y en donde los departamentos o estados a nivel interno no tienen una legislación diferente entre sí. No obstante, en países con regímenes federales, como México y Alemania, el desafío es mayor, pues se cuenta con las constituciones de los estados federados, así como las diferentes políticas públicas que se han forjado en el marco de esa división soberana.²⁹ En países con un sistema federal —por beneficioso que pueda ser en otros aspectos— pueden presentarse preguntas complejas sobre la relación y las competencias en materia de tutela de derechos, sobre

27. «Fichas temáticas sobre la Unión Europea: El diálogo social», Parlamento Europeo, enero de 2020, disponible en <https://bit.ly/3gRuRtY>.

28. «Libro Blanco sobre el Diálogo Intercultural: Vivir juntos con igual dignidad», Consejo de Europa, publicado por los Ministerios de Asuntos Exteriores del Consejo de Europa en su 118.ª sesión ministerial. Estrasburgo, 7 de mayo de 2008, p. 3.

29. El 26 de enero de 2016 fue promulgada la Reforma Política que dio paso a que la Ciudad de México se convirtiera en la entidad número 32 del país, con autonomía en lo concerniente a su régimen interior y a su organización política y administrativa. En ese sentido, también contará con una carta de derechos propia.

todo si el nivel de protección regional de derechos humanos es más garantista que el nivel nacional y viceversa.³⁰

Tipos de diálogo entre los diferentes sistemas de protección de derechos humanos

En el ecosistema de protección de los derechos humanos mencionados se deberían de llevar a cabo diálogos de diferente tipo, como veremos a continuación.

Diálogo vertical

El diálogo vertical es aquél que se presenta frente a actores cuyo nivel de interlocución no es entre pares; o, hablando con la lógica clásica del derecho internacional público, que no tienen el mismo nivel jerárquico. Este diálogo se presenta regularmente entre los organismos políticos y jurisprudenciales internacionales o regionales respecto de los Estados que tienen obligaciones internacionales frente a estos, y entre los Estados y sus respectivas dependencias estatales y demás actores sociales.

En las Américas, este tipo de diálogo puede verse reflejado en la aplicación del control de convencionalidad. Los Estados no solo tienen el deber de alinear su legislación nacional tratando de armonizarla (control de convencionalidad legislativo), sino también deben promover prácticas a nivel de políticas públicas que coadyuven a la protección de los derechos humanos (control de convencionalidad a nivel de políticas públicas). Este deber requiere de un diálogo vertical para su plena efectividad y evitar generar responsabilidades a nivel internacional, pues los Estados necesitan buscar una coherencia en el actuar de sus propias dependencias estatales, que incluye necesariamente a sus organismos judiciales.

Ahora bien, este diálogo vertical no requiere ser «jerárquico» en el sentido tradicional. Es decir, no es necesario que la normativa o jurisprudencia de un organismo judicial o político de rango más alto siempre prevalezca sobre la normatividad o jurisprudencia del organismo más «bajo». Como hemos visto, en virtud de los principios *pro homine* y complementariedad, incluso los tribunales de inferior jerarquía o autoridades locales de menor rango podrían adoptar políticas o estándares jurisprudenciales que ayuden a cumplir las obligaciones internacionales de los Estados o incluso ser más garantistas.

Un ejemplo europeo de esto lo podemos ubicar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España sobre el derecho a un juez imparcial, en que el tribunal asumió la doctrina de la doble dimensión de la imparcialidad desarrollada por el

30. El 5 de febrero de 2017 fue publicada la Constitución Política de la Ciudad de México, y de inmediato fue impugnada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación argumentando, entre otras, la invasión de competencias federales. Véase Velasco (2018: 34).

TEDH,³¹ al declarar inconstitucional una ley que permitía al juez de instrucción resolver también el caso en un proceso penal.³² Otro ejemplo europeo lo vemos en la década de los 2000, cuando hubo algunos problemas de cumplimiento de las sentencias del TEDH en Alemania. Esto se evidenció en la «histórica contienda» o el «juego de ping-pong» entre el Tribunal Constitucional Federal de Alemania y el TEDH en los casos de la princesa Caroline de Mónaco. El Tribunal y el TEDH tuvieron ideas diferentes respecto de la «clásica» ponderación entre la libertad de prensa y el derecho a la vida privada y familiar,³³ así como en la aplicación de la detención preventiva ilimitada de manera retroactiva que era posible en Alemania durante muchos años.³⁴ Según el TEDH en su famoso caso *M con Alemania*,³⁵ existe una infracción a los artículos 5 y 7 de la CEDH cuando se viola el concepto *nulla poena sine lege* (no hay pena sin ley) y la aplicación de una pena de manera retroactiva.

Las diferencias, sobre todo respecto de estos dos casos, se explican porque la relación entre el TEDH y el Tribunal Constitucional alemán fue, durante muchos años, de tensión, competencia o confrontación, a veces incluso de conflicto abierto. En esta situación más o menos tensa, el acercamiento mutuo de las cortes alemanas y el TEDH en el caso *Caroline*³⁶ y la revisión completa de la legislación frente a la prisión

31. Según esta jurisprudencia elaborada por el TEDH en la sentencia de los casos *Piersack con Bélgica*, núm. 8692/79, 1 de octubre 1982, y *De Cubber con Bélgica*, núm. 9186/80, 26 de octubre 1984, la imparcialidad de un juez cuenta con dos dimensiones distintas: «Un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto (que debía ser presumida mientras no se demuestre lo contrario), y un aspecto objetivo, que se refiere a si este ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto».

32. Sentencia 145/1988, Tribunal Constitucional de España, 12 de julio 1988.

33. Sentencias de los casos *Von Hannover con Alemania*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, núm. 59320/00, 24 de junio de 2004; *Von Hannover con Alemania* (núm. 2), núm. 40660/08 & 60641/08, 7 de febrero de 2012; y *Von Hannover con Alemania* (núm. 3), núm. 8772/10, 19 de septiembre de 2013.

34. El derecho penal de Alemania prevé la posibilidad de retener a una persona durante toda su vida, incluso después del cumplimiento de la pena más larga de privación de libertad que existe en el país (de 15 años). Si el delincuente todavía parece ser un peligro para la sociedad después del cumplimiento de la pena privativa de 15 años, el Estado puede ordenar su reclusión preventiva por interés superior de proteger a la generalidad. Esta forma de reclusión o detención —que según el entendimiento alemán no es una pena en sentido estricto, sino una medida de corrección y prevención— se podía aplicar incluso de manera retroactiva a la condena original.

35. Sentencia del caso *M con Alemania*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, núm. 19359/04, 17 de diciembre de 2009.

36. La corte civil más alta de Alemania (el Bundesgerichtshof, BGH), reaccionando al fallo del TEDH, tuvo que bajar el estándar de protección de la libertad de prensa, con una mejor ponderación de los derechos en juego y la introducción de un modelo de protección gradual: el concepto de los «personajes absolutos de la historia contemporánea» no justifica de manera general la prevalencia de la libertad de prensa. Más bien, se requiere una ponderación de cada caso teniendo en cuenta sus hechos específicos y viendo la contribución del artículo al debate público (sentencia del 6 de marzo de 2007, BGH, VI ZR 51/06). A

preventiva por el Parlamento alemán en 2015 adaptándola a la sentencia *M*, fueron recibidos con gran alivio. Los casos prueban que hoy nadie pone en duda que en general Estrasburgo y Karlsruhe tienen una relación de cooperación y diálogo en relación con el cumplimiento de las decisiones. El impacto de las sentencias del TEDH respecto de los fallos nacionales, logrado por el diálogo, es cada día más evidente.

Diálogo horizontal

El dialogo horizontal complementa el diálogo vertical en todo sentido. Este tipo de diálogo se presenta en forma regular entre organismos o actores que tienen el mismo nivel «jerárquico». Es decir, puede presentarse entre Estados, entre organismos regionales —sean o no de derechos humanos— y entre las diferentes dependencias estatales que sean homólogas entre sí, y frente a sus homólogos en otros países, como sucede con los tribunales o cortes constitucionales.

Este diálogo se presenta tanto entre los diferentes Estados dentro de una misma región, como a nivel interregional (Días y Mohallem, 2016: 273-276). Al respecto, los entonces presidentes del TEDH y de la Corte IDH, en el marco del diálogo transatlántico entre ambas cortes, señalaron:

La importancia de esta cooperación debe ser reconocida, dada la similitud de los derechos y libertades protegidos por los respectivos tratados fundacionales de ambas cortes, así como la existencia de ambos sistemas de criterios de admisibilidad y principios de interpretación muy parecidos. Además, la creciente convergencia en las temáticas planteadas ante ambas jurisdicciones confiere una nueva y mayor relevancia a sus respectivas jurisprudencias (TEDH y Corte IDH, 2015: 3).

Ya desde hace muchos años se puede identificar una especie de *cross-fertilization* entre las experiencias del TEDH y la Corte IDH, por ejemplo en los temas de la desaparición forzada³⁷ y otras violaciones graves de derechos humanos, de grupos en situación de vulnerabilidad.³⁸ Cabe enfatizar que el TEDH ha sido una fuente ins-

continuación, el Tribunal Constitucional declaró compatible esta sentencia del BGH con la Constitución (BVerfG, 1 BvR 1602/07). Por su parte, unos años más tarde, el TEDH se acercó a la posición alemana y confirmó los resultados de la jurisprudencia alemana al respecto, después de su primera decisión en el caso *Caroline de Mónaco*, núm. 40660/08 y 60641/08 (Von Hannover II), 7 de febrero de 2012.

37. Entre otras cosas, la Corte IDH suele citar los siguientes fallos del TEDH para afirmar que la desaparición forzada constituye una violación grave de los derechos humanos: *Kurt con Turquía*, 25 de mayo de 1998; *Çakici con Turquía*, 8 de julio de 1999; *Timurtas con Turquía*, 13 de junio de 2000; *Tas con Turquía*, 14 de noviembre de 2000; y *Chipre con Turquía*, 10 de mayo de 2001. El TEDH, por su parte, ha seguido los fallos de la Corte IDH en considerar que la desaparición forzada constituye una violación continuada (Burgogue-Larsen y Montoya, 2017: 201).

38. La Corte IDH citó, por ejemplo, varios fallos del TEDH en la sentencia del caso *Poblete Vilches y otros con Chile*, serie C núm. 349, 8 de marzo 2018, párr. 128.

piradora para la evolución de la jurisprudencia del SIDH y viceversa. Por ejemplo, la Corte IDH invocó por primera vez una sentencia del TEDH en la Opinión Consultiva 4/84, al referirse al principio de no discriminación, en que señala que la jurisprudencia europea ha dicho que «solo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable». ³⁹ Esto da a entender que a nivel del SIDH y SEDH ha existido un diálogo entre ambos tribunales regionales para avanzar en un ámbito solidario en el desarrollo jurisprudencial de normas que tutelan los derechos humanos desde diferentes realidades sociales.

Por otro lado, las motivaciones para entrar en tal diálogo horizontal son múltiples, tanto a nivel interregional como al nivel interestatal. ⁴⁰ Como muchos Estados comparten problemas jurídicos similares, conviene considerar la jurisprudencia ya existente en otras jurisdicciones como fuente de inspiración, lo mismo a nivel local. También se utiliza la jurisprudencia foránea para corroborar la propia línea de argumentación y reforzar la autoridad de la decisión.

Además, se puede constatar un aporte a fomentar la aceptación y la eficacia de las obligaciones del derecho regional e internacional de los derechos humanos mediante una comparación con fallos de otras cortes constitucionales nacionales, un concepto conocido como *transnational reciprocity* (reciprocidad transnacional) (Weiler, 1994: 522). Por un lado, un Estado puede ser presionado a cumplir una obligación internacional sabiendo que los otros Estados miembros del Sistema ya la han aceptado y llevado a la práctica en su orden legal interno; por otro lado, no menos importante, las cortes constitucionales pueden asegurarse de que la aplicación de dicha obligación no perjudique a *su* Estado, ya que todos la están cumpliendo. Por último, a través de la comunicación transjudicial, se crea una especie de deliberación colectiva que busca soluciones a problemas comunes (Slaughter, 1994: 119 y ss.). Sobre todo entre Estados que pertenecen al mismo sistema regional y bajo las mismas obligaciones, un principio legal ya reconocido en una jurisdicción puede ser adoptado y desarrollado por otros tribunales, hasta que se establezca un principio común.

Ahora bien, un factor que es de suma valía para el éxito de este diálogo horizontal es el mecanismo de coordinación entre los diferentes poderes y niveles administrativos del Estado, para dar cumplimiento a la implementación de políticas públicas, o la efectividad de una sentencia emitida a nivel local o a nivel regional. También hay que destacar que este tipo de diálogo e intercambio horizontal se fortalece, en particular, a través de encuentros regulares entre juristas, Estados y demás actores sociales

39. «Restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)», Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-3/83, serie A núm. 3, 8 de septiembre de 1983, párr. 43.

40. Véase, para un estudio extenso de las diferentes motivaciones y ventajas del intercambio transnacional, Slaughter (1994: 114 y ss.).

que trabajan en promover y proteger los derechos humanos, como la Bienal Latinoamericana de Derechos Humanos o el Encuentro Anual de Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de América Latina, llevado a cabo por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer desde hace 25 años.

Diálogo interdisciplinario

Por último, no es suficiente poner en marcha un diálogo solo entre juristas. Como la protección efectiva de los derechos humanos es un asunto de todos, tenemos que esforzarnos para pensar con originalidad en nuevos conceptos, y en medios para promoverlos y defenderlos. Otras disciplinas, como la sociología, la economía o las ciencias políticas suelen tocar temas relacionados con los derechos humanos con regularidad; sin embargo, la ciencia en general se fundamenta en la separación de las diferentes disciplinas. Todavía hace falta un diálogo interdisciplinario para superar esta clasificación estrecha de miras. Además, necesitamos acercar más los derechos humanos y sus instituciones a los ciudadanos por medios claros y fácilmente entendibles, como el arte, el periodismo o el cine para que, finalmente, resulten ser causa de todos.

Rol de la sociedad civil como «embajadores del diálogo»

A lo largo de este texto hemos resaltado la importancia de contar con un diálogo multinivel, que involucre a los sistemas regionales de derechos humanos y a los demás actores, como la sociedad civil activa y organizada.

La historia muestra que las personas que viven en comunidad siempre han participado en la toma de decisiones que las afectan (Racelis, 1993). Para nadie es ajeno que los diferentes niveles de protección de los derechos humanos forman parte de un universo complejo y multidimensional, que difícilmente subsistiría sin la participación de la sociedad civil. Tal es así que, por ejemplo, a nivel del SIDH existe un mayor rol propulsor por parte de las organizaciones de sociedad civil en el desarrollo de la jurisprudencia, debido a que pueden intervenir de manera directa en la representación de las víctimas ante sus organismos, como la CIDH y la Corte IDH. Ello, teniendo en cuenta que es un sistema que está basado en la centralidad de las víctimas.⁴¹ Situación que es un poco diferente en el caso del TEDH, cuyo estándar es más técnico y a veces percibido como alejado del justiciable. Por ejemplo, las organizaciones de sociedad civil solo podrían acudir al TEDH si sus integrantes han sido víctimas de violaciones a los derechos humanos, pero no para representar a víctimas en sí (Cichowski, 2010: 6-7).

41. Sentencia del caso *Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros) con Guatemala*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 26 de mayo de 2001. Véase también Cançado Trindade (2001: 3-68).

Al ser tan diversas, las organizaciones de la sociedad civil han sido, a través del litigio estratégico, la voz viva para los Estados y los sistemas regionales e internacionales de derechos humanos para dar a conocer la realidad actual de sus países o regiones. Por ende, la comunidad internacional no puede fundamentarse en forma exclusiva en la voluntad individual de cada Estado (Cançado Trindade, 2005). En línea con ello, el profesor Celestino del Arenal mencionó:

La sociedad mundial no es ya un sistema exclusivamente interestatal y estatocéntrico, sino una sociedad cada vez más multicéntrica, a nivel de actores y, consecuentemente, más imprevisible y más inestable a nivel de estructuras y dinámicas, en el que el problema de la seguridad y la distribución del poder no se circunscribe solo a los Estados, ni se realiza exclusivamente en términos político-militares (Del Arenal, 2001: 27).

La sociedad civil ha hecho un trabajo muy importante como interlocutor del diálogo en los niveles de protección de los derechos humanos desde tres frentes. La primera, al promover la creación y aplicación de estándares internacionales, y su apoyo en el desarrollo de jurisprudencia. Prueba de ello podemos verlo en el papel importante que han tenido las organizaciones de protección de derechos del trabajador y organizaciones profesionales en la elaboración y conclusión de la Carta Social Europea (Leclerc, 1989: 181-202), así como en su rol activo dentro del litigio estratégico.

La segunda, en avanzar el diálogo sobre fenómenos políticos, económicos, sociales, científico-técnicos y culturales que afectan o podrían impactar a la ciudadanía en general (Ribeiro, 2010: 255), como lo podemos ver en la actualidad en las demostraciones de los «Fridays for Future», en que solicitan se combata de una mejor manera el cambio climático.

La tercera, al operativizar los esfuerzos provenientes de organismos internacionales para que se desarrollen a nivel local o regional, como su apoyo en las etapas de preparación y seguimiento de las Conferencias de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente de 1992, de la Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos de 1993, de la Conferencia de Roma de 1998, que originó el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, y más (Ribeiro, 2010: 260).

En contraste con los aportes de la sociedad civil mencionados, los desafíos que ellos enfrentan para lograr un diálogo efectivo dentro de los diversos niveles de protección de derechos humanos pasan principalmente por la falta de coordinación interna que pueda existir entre estos, y en la desconfianza en los sistemas regionales de derechos humanos y en los Estados respecto del cumplimiento de sus compromisos internacionales.

Para frenar ello, resultaría valioso fortalecer las bases internas de la sociedad civil y buscar un acercamiento más directo con el Estado y sus agentes, a fin de despejar dudas y lograr trabajos conjuntos.

A modo de conclusión: Nuestra apuesta y hacia dónde vamos

En un mundo cada vez más globalizado e interdependiente, la protección y promoción efectiva de los derechos humanos, universales e indivisibles desde su concepción, se puede fortalecer solo a través de un diálogo multinivel profundo y tolerante, lo que nos lleva a un aprendizaje recíproco entre los diferentes organismos regionales e internacionales de derechos humanos, Estados, la academia y la sociedad civil.

De esta manera, buscamos aproximarnos al desarrollo de un «derecho global», que fortalezca la protección y promoción de los derechos humanos (Slaughter, 1994: 136), pero no uno monolítico, sino uno multidimensional y democrático, en donde todas las voces estén representadas y se busquen soluciones plausibles, en el marco de nuestras diversas realidades nacionales y regionales. A nivel jurisprudencial, apostamos a que las cortes regionales y otros tribunales internacionales impulsen un diálogo ecosistémico, bajo el cual actúen de manera armónica en sus funciones de corrección, confirmación y armonización de las leyes y jurisprudencia. La función de corrección, respecto de decisiones que, desde una perspectiva externa, pueden ser criticables. La función de confirmación, para determinar si las regulaciones que a nivel nacional se han adoptado han sido avaladas como convencionales.⁴² Y la función de armonización, que se materializa en los diferentes estándares constitucionales europeos y latinoamericanos (Ferrer Mac-Gregor y Queralt, 2017: 133 y ss.).

El diálogo jurisprudencial también debe apostar por la integración regional y el multilateralismo, pues si bien sus decisiones se adoptan teniendo en cuenta las heterogeneidades y peculiaridades de sus Estados miembros, su jurisprudencia debe ir construyendo y fortaleciendo una especie de judicatura interamericana o europea compartida, que promueva la integración regional en el sentido de ampliar el debate sobre problemáticas comunes.

Por su parte, a nivel técnico-jurídico y político, apostamos por diálogos políticos bilaterales o multilaterales que fortalezcan las políticas internas de los Estados, las que se ven traducidas en la adopción de normatividades coherentes, ponderadas y armónicas. Este diálogo contribuiría también a mejorar la labor de monitoreo de la situación de derechos humanos de manera coordinada, lo que nos ayudará a combatir desafíos comunes que enfrentan todos nuestros países. Desafíos como la pobreza, la desnutrición, la migración forzada, el desempleo y las graves crisis sanitarias, como la que actualmente enfrentamos con el covid-19, y que pone en debate una vez más si en efecto estamos o no siguiendo de manera adecuada un diálogo ecosistémico a ni-

42. Véase Nußberger, «Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das deutsche Arbeitsrecht», ponencia para el simposio europeo del Tribunal Federal de Trabajo de Alemania en Erfurt, 26 y 27 de abril de 2012, p. 20, disponible en <https://bit.ly/34S8phY>.

vel mundial.⁴³ Frente a un fenómeno global como la pandemia, respuestas nacionales no coordinadas no son suficientes para capturar la magnitud de la crisis y encontrar las medidas adecuadas y eficientes para combatirla.

Por último, el diálogo multinivel ofrece una oportunidad única para fortalecer nuestras democracias liberales y la institucionalidad estatal, y para hacer frente a las tendencias nacionalistas, populistas y autoritarias descritas más arriba. De esta manera, aumentaremos nuestras capacidades técnicas y legales para crear un dialogo reflexivo pero basado en la realidad, en la evidencia y con sustento empírico y analítico, libre de romanticismos. Esto nos lleva a concluir que un adecuado diálogo ecosistémico, holístico e inclusivo tiene que ser constructivo, siempre orientado hacia el objetivo que todos compartimos: la plena garantía de los derechos humanos.

La Primera Bienal Latinoamericana de Estudios sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos hizo un valioso aporte a este objetivo de un diálogo multinivel, al brindar un espacio de intercambio floreciente entre juristas y con otras cátedras de los países latinoamericanos, con sistemas de protección de derechos humanos y diversos actores sociales. No obstante, estos temas deben seguir siendo fortalecidos. Por ello, este año 2020 continuaremos con este esfuerzo por promover el desarrollo de un diálogo multinivel durante la segunda Bienal que se celebrará en Bogotá, Colombia, país sede del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, en conjunto con la Universidad de los Andes.

Referencias

- BURGORGUE-LARSEN, Laurence (2011). «The powers of the Court to monitor compliance with its judgments». En *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*. Oxford: Oxford University Press.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence y Nicolás Montoya (2017). *Los Sistemas Interamericano y Europeo de Protección de los Derechos Humanos*. Lima.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (2001). «Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos». En *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*. San José: Corte IDH —. (2005). *A recta ratio nos fundamentos do jus gentium como direito internacional da humanidade*. Belo Horizonte: Del Rey.

43. Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, «COVID-19 and the need for a holistic and integral approach to human rights protection», *Verfassungsblog*, 25 de abril de 2020, disponible en <https://bit.ly/2Dif4qn>.

- CAROZZA, Paolo (2003). «Subsidiarity as a structural principle of international human rights law». *American Journal of International Law*, 97 (1): 38-79. Disponible en <https://bit.ly/2DihPbe>.
- CAROZZA, Paolo y Pablo Gonzalez (2017). «The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse». *International Journal of Constitutional Law*, 15 (2): 436-442. DOI: [10.1093/icon/moxo21](https://doi.org/10.1093/icon/moxo21).
- CICHOWSKI, Rachel (2010). *Civil society and the European Court of Human Rights: Annual meeting of the American Political Science Association*. Washington D. C.
- DEL ARENAL, Celestino (2001). «La nueva sociedad mundial y las nuevas realidades internacionales: Un reto para la teoría y para la política». En *Curso de derecho internacional y relaciones internacionales*. Lejona: Editorial de la Universidad del País Vasco.
- DÍAS, Roberto y Michael Freitas Mohallem (2016). «El diálogo jurisdiccional sobre derechos humanos y el surgimiento de la red internacional de cortes constitucionales». En Luiz Arcado y Luca Mezzetti (editores), *Diálogo entre cortes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Argelia Queralt (2017). «El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europea: ¿Dos caras de una misma moneda?». En Francisco García Roca y Encarnación Carmona (coordinadores), *¿Hacia una globalización de los derechos?: El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*. Madrid: Arazandi Thompson Reuters.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor (2006). *Protección internacional de los derechos humanos*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México.
- HERNÁNDEZ, Gerardo (2014). *El principio pro homine*. Tlaxcala: Universidad Autónoma de Tlaxcala, Centro de Investigaciones Jurídico-políticas.
- HIGGINS, Rosalyn (1994). *Problems and process: International law and how we use it*. Oxford: Oxford University Press.
- HUNEEUS, Alexandra (2011). «Courts resisting courts: Lessons from the Inter-American Court's struggle to enforce human rights». *Cornell International Law Journal*, 44 (3): 493-533. Disponible en <https://bit.ly/3jG3xkt>.
- LECLERC, Akandji (1989). «El papel de los gobiernos en la elaboración, aplicación y evolución de la Carta Social Europea». En Manuel Lezertua y José Vida Soria, (organizadores), *La Carta Social Europea en la perspectiva de la Europa del año 2000: Coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la «Carta Social Europea*. Madrid: CPMTSS.
- MELÉNDEZ, Florentín (2012). *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia*. Buenos Aires: Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y la Universidad del Rosario.

- NEGISHI, Yota (2018). «The subsidiarity principle's role in allocating competences between human rights courts and states parties: The hybrid model of centralized and diffused conventionality control of domestic law». En *Ius constitutionale commune na América Latina* (pp. 125-160). Río de Janeiro: Juruá.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y Gonzalo Aguilar Cavallo (2018). *Control de convencionalidad interno: La aplicación del corpus iuris interamericano por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en especial, las jurisdicciones nacionales*. Santiago: Librotecnia.
- PINTO, Mónica (1997). «El principio *pro homine*: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos». En Martín Abregú y Christian Courtis (editores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- PIOVESAN, Flávia (2017). «*Ius constitutionale commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos». En Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores), *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión* (pp. 181-206). Querétaro: Max Planck Institute e Instituto de Estudios Constitucionales del estado de Querétaro.
- RACELIS, Mary (1993). «Movilización a la población para el desarrollo social: Enfoques y técnicas para la participación popular». En Bernardo Kliksberg (compilador), *Pobreza, un tema impostergable: Nuevas respuestas a nivel mundial*. Caracas: Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), Fondo de Cultura Económica y el PNUD.
- RIBEIRO, Renato (2010). «El rol de la sociedad civil organizada para el fortalecimiento de la protección de los derechos humanos en el siglo XXI: Un enfoque especial sobre los DESC». *Revista IIDH*, 51: 249-271. Disponible en <https://bit.ly/31Lx8CP>.
- RODRÍGUEZ REVEGGINO, Bruno (2017). «¿El diálogo como arma? La lucha de los tribunales regionales contra la fragmentación del derecho internacional de los derechos humanos». *Iuris Dictio*, 20: 105-118. DOI: [10.18272/iu.v20i20.920](https://doi.org/10.18272/iu.v20i20.920).
- SERNA DE LA GARZA, José (2017). «El concepto del *ius commune* latinoamericano en derechos humanos: Elementos para una agenda de investigación». En Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores), *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión* (pp. 193-214). Querétaro: Max Planck Institute e Instituto de Estudios Constitucionales del estado de Querétaro.
- SLAUGHTER, Anne-Marie (1994). «A Typology of Transjudicial Communication». *University of Richmond Law Review*, 29 (1): 99-137. Disponible en <https://bit.ly/2EDWNVq>.

- SOLEY, Ximena y Silvia Steininger (2018). «Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights». *International Journal of Law in Context*, 14 (2): 237-257. DOI: [10.1017/S1744552318000058](https://doi.org/10.1017/S1744552318000058).
- TEDH, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte IDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Diálogo transatlántico: selección de jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers.
- VELASCO, Ignacio Alonso (2018). «Discriminación hacia mexicanos naturalizados para acceder a cargos públicos en México». *Revista de Investigación Científica*, 11 (22).
- WATERS, Melissa (2017). «Creeping monism: The judicial trend toward interpretative incorporation of human rights treaties». *Victoria University of Wellington Law Review*, 107 (3): 628-705. Disponible en <https://bit.ly/32Qxuaq>.
- WEILER, Joseph H. H. (1994). «A quiet revolution: The European Court of Justice and its interlocutors». *Comparative Political Studies*, 26 (4): 510-534. DOI: [10.1177/0010414094026004006](https://doi.org/10.1177/0010414094026004006).

Sobre los autores

MARIE-CHRISTINE FUCHS es abogada. Doctora en Derecho de la Universität des Saarlandes, Saarbrücken, Alemania. Siguió estudios de maestría en Derecho Internacional Público, Derecho de la Unión Europea y Derechos Humanos en el Europa-institut de la misma universidad. Cursó estudios de licenciatura tanto en Derecho Alemán como en Derecho Francés. Ha sido investigadora asociada del Instituto Max Planck de Derecho Privado Extranjero y Derecho Internacional Privado en Hamburgo, así como investigadora y profesora asistente en el Europa-institut. Desde 2016 es directora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Su correo electrónico es marie-christine.fuchs@kas.de.  <https://orcid.org/0000-0003-3696-3186>.

MIGUEL BARBOZA LÓPEZ es abogado por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa, Perú. Es maestro en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame (Estados Unidos), donde se recibió con honores Magna Cum Laude. Fue abogado de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y del Programa Amazonia de EarthRights International. Actualmente es Coordinador de Proyectos del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, y consultor sobre jurisprudencia interamericana para Oxford University Press. Su correo electrónico es miguel.barboza@kas.de.  <https://orcid.org/0000-0003-1486-3379>.

I BIENAL LATINOAMERICANA DIDH

Derecho ambiental y derecho internacional de los derechos humanos: Impactos en la comprensión y protección del medio ambiente

*International human rights and environmental law: Their impact
on the understanding and protection of the environment*

Liliana Galdámez Zelada 

Universidad de Chile

RESUMEN Este trabajo analiza la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento interno, y su especial incidencia en la protección del medio ambiente a partir del trabajo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE Incidencia del DIDH en el derecho interno, cláusulas apertura constitucional, comprensión del medio ambiente, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ABSTRACT This work analyzes the relationship between the International Human Rights Law and the domestic system, and its special impact on the protection of the environment based on the work of the Inter-American Court of Human Rights.

KEYWORDS Incidence of IHRL on domestic law, Constitutional opening clauses to IHRL; Understanding the environment, Inter-American Court of Human Rights.

Introducción

Este trabajo desarrollará en una primera parte breves reflexiones sobre la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento interno desde una perspectiva regional. En la segunda, analizará el asunto a partir de la configuración de esta relación en la Constitución de Chile. En un tercer apartado, se dará especial atención a la forma en que los criterios de la Corte IDH en materia ambiental

son compartidos y desarrollados en la jurisprudencia nacional y su incidencia en la comprensión del medio ambiente y carácter sistémico.

La relación entre Constitución y derechos humanos en la región latinoamericana

Existe una influencia que ha sido determinante en el tratamiento de los derechos fundamentales y su evolución, relacionada con una tendencia en América Latina favorable al reconocimiento del derecho internacional en el derecho interno. Estos criterios han sido especialmente decisivos para el fortalecimiento del derecho a la tutela judicial efectiva en casos de graves violaciones a los derechos humanos, y han permitido abordar otros problemas desafiantes en el actual contexto, como los ambientales y sus efectos en el derecho a la salud.

La relación entre el derecho internacional de los derechos humanos con el ordenamiento interno ha sido clave para avanzar en desarrollos favorables a la protección de nuevos derechos o niveles más altos de protección en los derechos contenidos en la Constitución (von Bogdandy, 2015, 2017). A diferencia de lo que ocurre en Chile, la mayoría de los países latinoamericanos que han mostrado una mayor apertura constitucional al derecho internacional cuentan con una Carta que ha sido el resultado de procesos constituyentes democráticos, no asimilables al caso chileno. Es quizá esta misma cuestión la que ha impulsado una evolución tan novedosa y constante en la aplicación e interpretación del artículo 5 de la Constitución chilena, que contiene la cláusula de apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos.

En el ámbito latinoamericano, todas las constituciones han admitido, con mayor o menor amplitud y claridad, la recepción del derecho internacional en el derecho interno, a cuya delimitación también han contribuido cortes y salas constitucionales. Al valorar este reconocimiento, por amplio o restringido que sea, es oportuno recordar la afirmación de Bobbio (1991: 63): «El problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos no [es] el de fundamentarlos, sino el de protegerlos». Este reconocimiento en muchos países de la región no es garantía de su protección.

La mayoría de las constituciones vigentes en América Latina se gestaron en la segunda mitad del siglo XX, después de conflictos armados internos y dictaduras militares.¹ Surgidas del consenso por la búsqueda de democracia, todas ellas se mani-

1. Constitución de Colombia de 1991, con Gobierno militar entre 1957 y 1958; Constitución de Argentina de 1853, su última reforma es de 1994, con Gobierno militar entre 1976 y 1983; Constitución de Perú de 1993, con Gobierno militar entre 1968 y 1975; Constitución de Guatemala de 1985 y reforma constitucional en 1993, con conflicto armado interno entre 1960 y 1996; Constitución de El Salvador de 1983,

fiestan en favor de la consecución del bien común, el desarrollo y el reconocimiento de la dignidad de la persona.²

Este trabajo hará referencia exclusivamente a normas contenidas en tratados en relación con derechos humanos. No se analizará la posición de todo el derecho internacional en el derecho interno, pues existe una tendencia a separar el tratamiento del derecho internacional general del derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional. La doctrina coincide en señalar que este tipo de tratados posee características específicas que lo distinguen de otros. Así lo ha dicho la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva 2-82, del 24 de septiembre de 1982 (número 29):

Los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y en particular la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. El carácter especial de estos tratados ha sido reconocido, entre otros, por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando declaró que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención [Europea] son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las altas partes contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las altas partes.

con gobierno militar entre 1931 y 1979; Constitución de Bolivia de 1967, con Gobierno militar entre 1971 y 1978 (el 22 de octubre de 2008 se aprobó una nueva Constitución); Constitución de Honduras de 1982, con Gobierno militar entre 1972 y 1982; Constitución de Paraguay de 1992, con Gobierno militar entre 1954 y 1989; Constitución de Brasil de 1988, con Gobierno militar entre 1964 y 1985.

2. Por ejemplo, la Constitución de Guatemala, preámbulo: «Nosotros, los representantes del pueblo de Guatemala, electos libre y democráticamente, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente, con el fin de organizar jurídica y políticamente el Estado; afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social»; Constitución de Perú, artículo 1: «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado»; y Constitución de Colombia, artículo 1: «Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general».

La relación entre el derecho internacional de derechos humanos y el ordenamiento interno: La experiencia de Chile

El artículo 5 inciso segundo de la Constitución chilena, mediante reforma constitucional en 1989, introduce la siguiente reforma al texto: «Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes».

Desde los orígenes de la norma tuvo lugar una activa polémica, retratada en la revista *Ius Et Praxis*, año 2, número 2, de 2003, que dedica este número a reunir distintas tesis sobre este debate, en la que se sostienen opiniones a favor del valor constitucional de los tratados sobre derechos humanos, en una interpretación primera del inciso segundo del artículo 5 de la Constitución, y otras en pro de la tesis que sostiene su posición infraconstitucional, mientras que una tercera tesis sostiene que el sentido del artículo 5 es reforzar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (Ríos, 1998).

En la actualidad, las tesis se van aproximando y logrando un mayor consenso en torno a la idea de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana contenidos en tratados internacionales sobre derechos humanos como fuente material de la Constitución. Se puede afirmar en este sentido que, a más de 30 años de la reforma a la Constitución, los derechos humanos contenidos en tratados ratificados y vigentes contribuyen a completar el catálogo de derechos que la Constitución contempla, integrándose a ella. Es la jurisprudencia de la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones la que con mayor intensidad ha contribuido a reforzar esta interpretación.

Se puede afirmar que hoy el debate a propósito de la jerarquía de los tratados no está en el centro de la polémica. En general, la jurisprudencia ha hecho una interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos, desplazando normas nacionales o reinterpretándolas a la luz de los compromisos asumidos por el país a partir de la ratificación de tratados internacionales sobre derechos humanos.³ No es una cuestión de jerarquía, sino que la propia Constitución conecta los derechos fundamentales con los derechos de fuente internacional.

Por otra parte, diversas cuestiones de orden procesal han impulsado otros desarrollos interesantes a partir de la referencia al derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución. Uno de sus ámbitos de incidencia han sido los derechos

3. Véase *Comunidad indígena Entuco con Municipalidad de Padre Las Casas*, Corte de Apelaciones de Temuco, 20 de noviembre de 2015; *Comunidad indígena Entuco con Contreras Sepúlveda y otros*, Corte Suprema, rol 17037-13, delitos de lesa humanidad, prescripción penal y civil, 8 de octubre de 2014, cita MJCH_MJJ39074; *Fries Monleon, Lorena y otros con Gendarmería de Chile*, Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 68-13, recurso de amparo, 7 de diciembre de 2013.

fundamentales, por lo que, a la hora de alegar la vulneración de derechos humanos que no se contienen en el texto de la Constitución, o bien, de derechos fundamentales contenidos en la Constitución cuya privación, perturbación o amenaza no permita recurrir vía recurso de protección para su tutela, se ha desarrollado otra tendencia que merece la pena destacar. En ambos supuestos, es usual que para alegar la vulneración de derechos que no aparecen en forma expresa en la Constitución o derechos que no contemplen recurso de protección para su defensa, en los alegatos y conclusiones de los jueces adquiera relevancia el artículo 1 de la Constitución: «Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos», asociado a algún derecho que sí esté tutelado por el recurso de protección, principalmente, igualdad (artículo 19 número 2) o propiedad (artículo 19 número 24). A estos argumentos se suma un tercero: que el derecho cuya protección se impulsa está contenido en un tratado internacional ratificado y vigente.

El derecho internacional de los derechos humanos ha traído un dinamismo insospechado en la comprensión de los derechos fundamentales, y permitido el dinamismo y desarrollo progresivo del catálogo de derechos. Ahora bien, esta tarea no reemplaza la del legislador para el desarrollo de los derechos fundamentales. Estos progresos en ocasiones impulsan la tarea del legislador; en otras, propician el desarrollo jurisprudencial de los derechos caso a caso, lo que implica un desarrollo jurisprudencial que no se concreta necesariamente para quienes no litigan ante las cortes superiores.

En la actualidad existe un ámbito consolidado de incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento nacional, que además configura un derecho común en la región. Se trata de los criterios utilizados en el enjuiciamiento y sanción de causas por graves violaciones a los derechos humanos.

El deber de prevenir, juzgar, sancionar y reparar a las víctimas en estos casos ha sido una de las primeras materias impulsadas por la Corte IDH a partir del caso *Velásquez Rodríguez con Honduras*. Otra de las sentencias importantes en este ámbito ha sido el caso *Almonacid Arellano con Chile*, en el que la Corte ordenó al Estado chileno remover los obstáculos que impiden la investigación de los hechos que dieron lugar a la muerte del profesor Almonacid en 1973. A partir de esta sentencia, la Corte impulsó de manera sistemática el llamado control de convencionalidad y se consolidó la inaplicabilidad de las leyes de amnistía en causas por graves violaciones a los derechos humanos en varios países de la región: Argentina, Uruguay, Perú y Chile, entre otros. De la misma manera ocurrió con la prescripción de la acción penal y más adelante con la prescripción de la acción civil.

Pero el ámbito de incidencia del derecho internacional de los derechos humanos —y también del derecho comparado— en el ordenamiento nacional se ha extendido en la actualidad a otros asuntos relacionados con los derechos fundamentales: el desarrollo progresivo de la jurisprudencia de la Corte IDH de los derechos econó-

micos, sociales, culturales y ambientales. La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en esos derechos debilitados en el texto de la Constitución, y fortalecidos en la jurisprudencia de los tribunales y por el legislador, es un proceso paralelo y sincrónico a lo que ocurre en el ámbito interamericano. Sentencia clave en esta materia es la del caso *Poblete Vilches con Chile*, a propósito del acceso a la salud de una persona mayor, en que el mismo esfuerzo argumentativo que desarrolla la Corte para la protección del derecho a la salud, a partir del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), se ha desarrollado por los jueces nacionales que asocian salud, vida y en algunos casos derecho de propiedad, a fin de asegurar una dimensión del derecho a la salud que no protege el recurso de protección.

En materia medioambiental se aprecia otro fenómeno semejante al descrito, quizá mucho más complejo y profundo por la propia naturaleza de lo ambiental. Se trata de una transformación y evolución en la comprensión del medio ambiente, su interconexión con otros derechos fundamentales, principios de interpretación e incluso la superación de una mirada estrictamente antropocéntrica en la relación entre ser humano y naturaleza. Estos desarrollos, es cierto, no siempre aparecen conectados de forma expresa: en el caso al que me referiré en el siguiente apartado, los jueces nacionales no citan a la Corte IDH; sin embargo, la forma en que se comprende lo ambiental, las relaciones con la vida, la economía y los principios ambientales de interpretación se configuran de forma sincrónica. Se trata de desarrollos y evoluciones en que convergen ordenamiento nacional e interamericano.

A estos efectos, quisiera en el siguiente apartado analizar la Opinión Consultiva OC-23/17 de la Corte IDH, del 15 de noviembre de 2017,⁴ y la sentencia dictada por

4. Opinión Consultiva OC-23/17, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, medio ambiente y derechos humanos. El 14 de marzo de 2016, la República de Colombia, con fundamento en el artículo 64.11 de la Convención Americana y de conformidad con lo establecido en el artículo 70.1 y 70.22 del Reglamento, presentó una solicitud de opinión consultiva sobre las obligaciones de los Estados en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal, a fin de que el Tribunal determine «de qué forma se debe interpretar el Pacto de San José cuando existe el riesgo de que la construcción y el uso de las nuevas grandes obras de infraestructura afecten de forma grave el medio ambiente marino en la región del Gran Caribe y, en consecuencia, el hábitat humano esencial para el pleno goce y ejercicio de los derechos de los habitantes de las costas y/o islas de un Estado parte del Pacto, a la luz de las normas ambientales consagradas en tratados y en el derecho internacional consuetudinario aplicable entre los Estados respectivos». Asimismo, el Estado solicitante buscaba que la Corte determine «cómo se debe interpretar el Pacto de San José en relación con otros tratados en materia ambiental que buscan proteger zonas específicas, como es el caso del Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la región del Gran Caribe, con relación a la construcción de grandes obras de infraestructura en Estados parte de estos tratados y las respectivas obligaciones internacionales en materia de prevención, precaución, mitigación del daño y de cooperación entre los Estados que se pueden ver afectados».

la Corte Suprema en el caso *Quintero Puchuncaví* de 2019.⁵ Como se podrá observar, elementos comunes convergen para una nueva comprensión del medio ambiente, relevante para el caso chileno, en el que se evidencia una creciente conflictividad socioambiental.

La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el tratamiento sistémico del medio ambiente

Una serie de informes en Chile viene dando cuenta de constantes y complejas tensiones entre el desarrollo de la industria de la minería, de las energías y la afectación de derechos de las comunidades que habitan en las proximidades de esa industria o que se ve afectada por sus externalidades.⁶

Uno de los problemas más críticos que se ha planteado, y que aún persiste, se produce en Chile a propósito del desarrollo industrial de la zona de Quintero y Puchuncaví. Una notable sentencia dictada en 2019 por la Corte Suprema analiza los problemas asociados con la industria, el rol del Estado, las afectaciones a las personas en derechos como la vida, la salud e integridad, e incorpora de manera consistente la noción de desarrollo sostenible, que no ha sido invocada de manera sistemática por la jurisdicción ordinaria y la constitucional. Esta sentencia, como señalé, es coherente con los criterios de la Corte IDH sostenidos en la OC 23/17. Analizaré enseguida ambas resoluciones e incluiré un apartado en conclusiones en la parte final de este trabajo.

La Opinión Consultiva OC-23/17

Conviene dejar establecido que los casos que analizaré a continuación, así como tienen importantes semejanzas desde la perspectiva del problema que analizan, plantean matices también en cuanto a los sujetos afectados en su derecho a vivir en un medio ambiente sano. La opinión consultiva hace referencia a uno de los actores involucrados en la decisión, esto es, los pueblos indígenas y tribales, quienes se verían afectados en sus derechos ambientales; mientras que para el caso *Quintero Puchuncaví*, los derechos afectados son de poblaciones que padecen las externalidades de un complejo industrial que no responde a la identidad de los pueblos indígenas. En ambos casos las cuestiones analizadas comprometen a comunidades y poblaciones como sujetos colectivos, por lo que las reflexiones respecto de la afectación de sus derechos tienen importantes semejanzas.

5. Sentencia del caso *Quintero Puchuncaví*, Corte Suprema de Chile, Tercera Sala, rol 5888-201, recurso de protección, 28 de mayo de 2019.

6. Véase el «Mapa de conflictos socioambientales», Instituto Nacional de Derechos Humanos, disponible en <https://mapaconflictos.indh.cl/>.

Para el análisis de ambos casos, he identificado ciertos criterios a la hora de abordar cada uno. Por esta razón, las ideas serán sistematizadas a partir de cinco criterios. Iniciaré la reflexión con el análisis de la OC-23/17, anterior a la sentencia del caso *Quintero Puchuncaví*.

La configuración del derecho a un medio ambiente sano y sus fuentes

En la Opinión Consultiva OC-23/17, la Corte deja claro ya desde sus inicios que «no se encuentra limitada por los términos literales de las consultas que se le plantean para el ejercicio de su función consultiva». En esta Opinión, la Corte explica que, para la configuración del derecho a un medio ambiente sano en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, invocará no solo la Convención, sino que un conjunto de otras fuentes del derecho internacional, junto al principio pro persona, la interpretación evolutiva de los tratados internacionales sobre derechos humanos y otros criterios destacados. Con ello busca, en definitiva, establecer que los derechos de contenido ambiental también forman parte de los derechos del Sistema Interamericano.

En esta Opinión, la Corte reitera la idea de una interpretación integradora de todas las fuentes del derecho, nacionales e internacionales:

Es en este sentido que la Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su artículo 29, entre las que alberga el principio pro persona, que implican que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Sobre el sistema de fuentes,

la Corte desea subrayar que, aunque no le corresponde emitir una interpretación directa de los distintos instrumentos de derecho ambiental, indudablemente los principios, derechos y obligaciones allí contenidos contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de la Convención Americana. *En virtud de la materia sometida a consulta, la Corte tendrá en consideración, como fuentes de derecho internacional adicionales, otras convenciones relevantes a fin de efectuar una interpretación armónica de las obligaciones internacionales en los términos de la disposición citada.* En adición, la Corte considerará las obligaciones aplicables y la jurisprudencia y decisiones al respecto, así como las resoluciones, pronunciamientos y declaraciones referentes al tema que hubieren sido adoptados a nivel internacional (el énfasis es nuestro).

La interrelación entre los derechos humanos y el medio ambiente

En este ámbito afirma la Corte que ha «reconocido la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos». La Corte resalta lo que ha señalado la Asamblea General de la OEA, cuando dice que «ha reconocido la estrecha relación entre la protección al medio ambiente y los derechos humanos [...] y destacado que el cambio climático produce efectos adversos en el disfrute de los derechos humanos». Destaca en el mismo sentido las opiniones de otros sistemas regionales de protección a los derechos humanos:

En el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que la degradación severa del medio ambiente puede afectar el bienestar del individuo y, como consecuencia, generar violaciones a los derechos de las personas, tales como los derechos a la vida, al respeto a la vida privada y familiar y a la propiedad privada. De manera similar, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha indicado que el derecho a un «medio ambiente general satisfactorio, favorable al desarrollo» está estrechamente relacionado con los derechos económicos y sociales en la medida en que el medio ambiente afecta la calidad de vida y la seguridad del individuo.

Protección del medio ambiente y desarrollo sostenible

La Corte introduce por vía interpretativa la noción de desarrollo sostenible, que permite articular y relacionar el desarrollo de la industria con el respeto a los derechos humanos. Este principio no encuentra un reconocimiento expreso en la CADH, de la misma manera que tampoco lo incorpora la Constitución chilena de los ochenta. En ambos casos este criterio se introduce por vía interpretativa. Sobre este punto, la Opinión señala:

Existe un amplio reconocimiento en el derecho internacional sobre la relación interdependiente entre la protección al medio ambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos. Dicha interrelación se ha afirmado desde la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, donde se estableció que «[e]l desarrollo económico y social es indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable y crear en la Tierra las condiciones necesarias para mejorar la calidad de la vida», afirmándose la necesidad de balancear el desarrollo con la protección del medio humano. Posteriormente, en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, los Estados reconocieron que «[l]os seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible» y,

a la vez, destacaron que «a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo».

Principio precautorio y preventivo, y procedimentales

Para el cumplimiento de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, en el contexto de la protección del medio ambiente, los Estados deben cumplir con una serie de obligaciones, tanto para daños ocurridos dentro de su territorio como para daños que traspasen sus fronteras [...] a) la obligación de prevención; b) el principio de precaución; c) la obligación de cooperación, y d) las obligaciones procedimentales en materia de protección del medio ambiente, con el propósito de establecer y determinar las obligaciones estatales derivados de la interpretación sistemática de dichas normas junto con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal consagrados en la Convención Americana.

La vulnerabilidad

La Corte toma en cuenta que la afectación a estos derechos puede darse con mayor intensidad en determinados grupos en situación de vulnerabilidad. Se ha reconocido que los daños ambientales «se dejarán sentir con más fuerza en los sectores de la población que ya se encuentran en situaciones vulnerables», por lo cual, con base en «la normativa internacional de derechos humanos, los Estados están jurídicamente obligados a hacer frente a esas vulnerabilidades, de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación».

Caso Quintero Puchuncaví

La Constitución chilena de 1980 ha tratado de forma separada la protección de la salud y el medio ambiente a partir de la configuración de dos derechos diferenciados. La forma de lo ambiental en la Constitución carece de una mirada desde la teoría de los sistemas, no contempla la interconexión entre salud, medio ambiente, vida e integridad y carece de mecanismos auxiliares de interpretación en materia ambiental (Galdámez, 2017, 2019, 2020). También da un tratamiento separado a un elemento esencial de la naturaleza: el agua. Sin embargo, a partir de los desarrollos del derecho internacional, de las opiniones de la Corte IDH y de informes y opiniones de órganos del sistema universal y regionales de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia nacional ha desarrollado las dimensiones sistémicas del medio ambiente, la idea de su interconexión, en armonía con los desarrollos de lo ambiental en el derecho internacional.

En el caso denominado *Quintero Puchuncaví*, por episodios reiterados de contaminación en una zona que paradójicamente se conoce como «zona de sacrificio ambiental», la Corte Suprema recogió múltiples desarrollos elaborados en el ámbito del derecho internacional ambiental y de derechos humanos para la comprensión del medio ambiente. Cabe destacar que se trata de una sentencia valiosa, pero que falta aún examinar su posterior continuidad en otros casos semejantes.

La configuración del derecho a un medio ambiente sano y sus fuentes

Respecto de la importancia que adquiere el derecho internacional en materia ambiental, la sentencia resalta:

Que, asimismo, cabe subrayar que el artículo 70 de la Ley 19.300 prescribe, en lo que interesa, que: «Corresponderá especialmente al Ministerio: [...] d) Velar por el cumplimiento de las convenciones internacionales, en que Chile sea parte en materia ambiental, y ejercer la calidad de contraparte administrativa, científica o técnica de tales convenciones, sin perjuicio de las facultades del Ministerio de Relaciones Exteriores».

En esta materia, los jueces constatan que el Ministerio del Medio Ambiente chileno

ha dejado de aplicar al caso en estudio distintos instrumentos internacionales, entre los que se menciona el Protocolo de Montreal, relativo a las sustancias agotadoras de la capa de ozono, que fuera promulgado mediante el Decreto Supremo 238 de 1990 del Ministerio de Relaciones Exteriores; el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, promulgado a través del Decreto Supremo 38 de 2005 del Ministerio de Relaciones Exteriores, y el Convenio de Basilea relativo al control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, promulgado mediante el Decreto Supremo 685 de 1992 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Todas, como se evidencia, normas aplicables y exigibles en Chile.

La interrelación entre los derechos humanos y el medio ambiente

Señala la Corte Suprema:

En la situación general de grave contaminación [...] se entrelazan posibles afectaciones a tres derechos fundamentales, en particular la vida de las personas, su salud y su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, siendo pertinente analizar su eventual vulneración en conjunto, puesto que una afectación sería de la salud, por causa de una emergencia ambiental severa, amenaza también la vida y, en todo caso, la integridad física o, cuando menos, psíquica, de las personas.

Protección del medio ambiente y desarrollo sustentable

La sentencia incorpora la noción de *desarrollo sustentable*, que no contempla la Constitución, pero que los jueces hacen suya a partir de diversas declaraciones internacionales en la materia. Considera la sentencia que la noción de desarrollo sustentable se asocia a «“equidad intergeneracional”, la “explotación apropiada o racional”, el “uso equitativo de los recursos naturales y utilización por otros Estados” y la “integración del medio ambiente al desarrollo”».

Agrega que no se ha respetado ni cumplido la noción de desarrollo sustentable:

En otras palabras, la actividad de los agentes económicos asentados en la zona de Quintero, Ventanas y Puchuncaví no solo se ha llevado a efecto sin implementar medidas «apropiadas de conservación y protección del medio ambiente», sino que, por el contrario, ha supuesto una importante fuente de contaminación para el entorno de esas comunas, generando episodios de intoxicación cuya última expresión está constituida por aquellos acaecidos los días 21 y 23 de agosto y 4 de septiembre de 2018. Tal constatación representa una clara y evidente transgresión del concepto de desarrollo sustentable reconocido en nuestro derecho interno, así como por los tratados y convenciones internacionales que rigen esta materia.

Principios interpretativos precautorio y preventivo y procedimentales

Resulta relevante la anotada falta de elementos de juicio para determinar tanto las causas como los efectos precisos de los episodios de contaminación objeto de los recursos, pues debido a ella este tribunal deberá recurrir como elementos orientadores de su proceder a dos principios de la mayor trascendencia en el ámbito del derecho ambiental, cuales son el precautorio y el de prevención. En torno al primero se ha dicho que «el principio precautorio impone una actuación anticipada, incluyendo las situaciones en que no se cuenta con la certeza absoluta de los efectos que un determinado hecho puede tener para el medio ambiente», mientras que el segundo, esto es, el principio de prevención, «supone el conocimiento científico de las consecuencias ambientales de una determinada actividad. Es decir, opera cuando el daño ambiental es previsible, de acuerdo con la evidencia con que se cuenta. El ámbito de aplicación del principio precautorio, en cambio, es una etapa anterior: opera en casos de una amenaza potencial, pero debido a la incertidumbre o controversia científica no es posible hacer una predicción apropiada del impacto ambiental» [...] Que los jueces de Iberoamérica han asumido el conocimiento y aplicación de los principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológicamente sustentable, expresando como parte del principio de acceso a la justicia ambiental que las sentencias deben concretar soluciones que constituyan procesos de larga duración (Principio 17, XVII, letra f). En «Principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológicamente sustentable». Poder Judicial de la República de Chile,

Organización de Estados Americanos y Cumbre Judicial Iberoamericana [...] es por ello que se deberá tener en cuenta «las consideraciones ecológicas al momento de formular y aplicar las políticas económicas y sectoriales, en los procedimientos y en la toma de decisiones de los poderes públicos, en la dirección y el desarrollo de los procesos de producción y en el comportamiento y elecciones de las autoridades» [...] en ese mismo sentido se ha reconocido que cada «Estado, entidad pública o privada y los particulares tienen la obligación de cuidar y promover el bienestar de la naturaleza, independientemente de su valor para los seres humanos, al igual que de imponer limitaciones a su uso y explotación» [...] que «cada ser humano, presente y futuro, tiene derecho a un medio ambiente sano, seguro, saludable y sostenible» [...] y que el «aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y la preservación del patrimonio natural y cultural son condicionantes necesarios del desarrollo económico y social».

La vulnerabilidad

Que relacionado con lo anterior, se debe consignar que los menores de edad no constituyen la única población vulnerable y particularmente expuesta a la deteriorada calidad del ambiente que se vive en Quintero, Ventanas y Puchuncaví, pues existen, también, *verbi gracia*, niños y niñas más jóvenes que, por su edad, aún no ingresan al sistema escolar; además, están los ancianos y las personas enfermas, cuya condición de salud se puede ver especialmente afectada por la indicada contaminación, y las mujeres embarazadas. Respecto de ellas, y cada vez que se produzca un evento crítico de contaminación, la autoridad local, asesorada y apoyada, si es necesario, por los niveles provincial y regional, deberá disponer lo pertinente para sacar del sector perjudicado por tal circunstancia a toda la población vulnerable hacia lugares seguros y mientras perdure el señalado episodio.

Conclusiones

El derecho internacional, tanto de los derechos humanos como ambiental, ha aportado a la evolución del tratamiento del medio ambiente en los ordenamientos internos. Sus desarrollos convencionales han incidido en los desarrollos normativos internos y también en los criterios aplicados por la jurisprudencia.

Los aportes provenientes de la Corte IDH adquieren dimensiones propias cuando hablamos de medio ambiente. No se trata, como en el caso de graves violaciones a los derechos humanos, de desplazar o inaplicar instituciones asociadas a la impunidad como la amnistía y la prescripción. En materia ambiental, los criterios internacionales han propiciado una nueva forma de comprensión del medio ambiente. El juez nacional e interamericano concluyen en el mismo sentido que las afectaciones del

medio ambiente tienen consecuencias en otros derechos humanos; eso implica que sus decisiones sean también más complejas.

A partir del derecho internacional, los jueces incorporarán por vía interpretativa la idea del *desarrollo sustentable* como bisagra para resolver las tensiones entre desarrollo y protección de los derechos humanos y fundamentales. No se trata de un principio que tenga consagración convencional ni constitucional expresa —en el caso de Chile—; sin embargo, se va configurando como una de las claves a la hora de abordar las tensiones y los límites que debe observar la industria. Para el caso chileno, la sentencia del caso *Quintero Puchuncaví* deja instalada una expectativa: que el desarrollo sustentable se consolide como criterio de los jueces. Es de esperar que en esta dirección evolucione la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, muy lejana aún de estos criterios.

Reglas de interpretación como el principio preventivo, precautorio y derechos procedimentales, comienzan también a formar parte de una nueva comprensión de lo ambiental, lo que da cuenta de la necesidad de tener reglas especiales para abordar problemas complejos. Se espera que el principio precautorio logre consolidarse como criterio central para abordar lo ambiental. Lo mismo la valiosa invocación de la vulnerabilidad, para efectivamente proteger a quienes están expuestos con mayor intensidad al riesgo ambiental.

La configuración de un *corpus iuris* del medio ambiente, al que concurre un conjunto de fuentes nacionales e internacionales, es otro de los asuntos que ambas sentencias comparten. Los desafíos ambientales, muchos de naturaleza transfronteriza, requieren respuestas globales e integradas. En el caso de la sentencia *Quintero Puchuncaví*, es un avance que el juez nacional atribuya y concrete los deberes de control y protección que pesan sobre el Estado para velar por un efectivo cumplimiento de los compromisos que asume en el ámbito internacional. Si esta tendencia logra consolidarse, contaremos con criterios comunes entre los Estados y los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Esto permitirá avanzar de manera auspiciosa hacia la idea de un derecho común, global, coherente con los desafíos que con tanta fuerza demanda la protección del ambiente y que se hacen aún más evidentes en tiempos de pandemia.

Referencias

- BOBBIO, Norberto (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema.
- GALDÁMEZ ZELADA, Liliana (2017). «Medio ambiente, Constitución y tratados en Chile». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 148: 113-144. DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2017.148.10997](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2017.148.10997).

- . (2018). «Recurso de protección y medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Suprema». En Liliana Galdámez Zelada (coordinadora), *Una perspectiva constitucional del medio ambiente*. Santiago: Jurídica de Chile.
- . (2019). «El medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República del Uruguay*, 48: e107. DOI: [10.22187/rfd2020n48a7](https://doi.org/10.22187/rfd2020n48a7).
- RÍOS, Lautaro (1998). «Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos». *Gaceta Jurídica*, 215: 7-14. Disponible en <https://bit.ly/3iJGD9>.
- VON BOGDANDY, Armin (2015). «*Ius constitutionale commune* en América Latina: Una mirada a un constitucionalismo transformador». *Revista de Derecho del Estado*, 34: 3-50. DOI: [10.18601/01229893.n34.01](https://doi.org/10.18601/01229893.n34.01).
- VON BOGDANDY, Armin, Mariela Morales y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2017). *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.

Sobre la autora

LILIANA GALDÁMEZ ZELADA es doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid, España. Investigadora en el Centro de Derechos Humanos y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es lgaldamez@derecho.uchile.cl.  <https://orcid.org/0000-0003-2889-1629>.

SEGUNDA PARTE

El entorno y los recursos naturales



I BIENAL LATINOAMERICANA DIDH

Los derechos humanos y los derechos de la naturaleza en el neoconstitucionalismo andino: Hacia un necesario y urgente cambio de paradigma

*Human rights and nature rights in Andean Neoconstitutionalism:
An urgent shift of paradigm*

Ramiro Ávila Santamaría

Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador

RESUMEN La naturaleza está tan estrechamente vinculada al ser humano, que sin ella no podríamos sobrevivir. A pesar de esos vínculos, debido a la forma en que la hemos considerado (como propiedad, recurso natural, bien apropiable y disponible), estamos atravesando una sexta extinción causada por los humanos. Los derechos humanos no han sido ni pueden ser una herramienta suficiente para afrontar tamaña destrucción que la especie humana ha provocado. Hacen faltan nuevos paradigmas, diferentes ideas, otro derecho. En ciertas instituciones novedosas del *neoconstitucionalismo andino*, en particular los derechos de la naturaleza, hay una posibilidad de salida a la crisis ambiental y climática, si se lo toman en serio.

PALABRAS CLAVE Derechos de la naturaleza, derechos humanos, crisis climática, neoconstitucionalismo andino.

ABSTRACT Nature is so closely linked to human beings that without her we could not survive. However, despite these close links, due to the way we have considered her (as an object, natural resource, good to be appropriated and available), we are going through a sixth extinction caused by humans. Human rights have not been and cannot be a sufficient tool to confront such devastation that we, as specie, has caused. New paradigms, different ideas, and another Law are needed. In certain new institutions of Andean Neoconstitutionalism, in particular nature rights, there is a hope, if we take them seriously.

KEYWORDS Rights of nature, human rights, climate crisis, Andean Neoconstitutionalism.

Introducción

Desde el año 2008, cuando en Ecuador se reconocieron los derechos de la naturaleza, no he dejado de pensar y cuestionarme sobre las implicaciones de esta innovación en el derecho en general y en los derechos humanos en particular. No tengo respuestas definitivas, solo preguntas, inquietudes e intuiciones. De lo que estoy seguro es que los derechos de la naturaleza ofrecen respuestas radicales para problemas profundos que están atravesando la humanidad, tanto en relación con los seres humanos (violencia, pobreza, exclusión) como entre los humanos, otras especies y la Tierra (crisis ecológica).

En este ensayo, quisiera explorar la relación entre la naturaleza, el humano y el derecho, con cierto énfasis en los derechos humanos. Comenzaré contando mi experiencia personal frente a los derechos de la naturaleza, hasta llegar a lo que ahora podría denominarse *neoconstitucionalismo andino*. En segundo lugar, para entender algunas afirmaciones que sin contexto pueden parecer una locura, conviene comenzar afirmando algo que las ciencias naturales y la historia del universo tienen claro y comprobado: tenemos un origen común con las estrellas y con el resto de especies que habitan en la Tierra. En la tercera parte hago un intento de explicar la separación radical del ser humano con la naturaleza. ¿De dónde viene esta creencia de que el ser humano no es animal y que la cultura está fatalmente separada de la naturaleza? Algunas explicaciones dentro de la lógica de lo que se conoce como «modernidad hegemónica». En una cuarta parte, hago una aproximación crítica al discurso de los derechos humanos. Sostengo que el discurso puede ser contraproducente y funcional a la separación del ser humano con la naturaleza, que favorece al actual sistema de explotación de la naturaleza. En un quinto acápite hago una breve descripción de la crisis ecológica, que nos permite reflexionar sobre que es necesario cambiar de paradigma, de aquél que nos ha llevado a esta catástrofe. Por último, en una apretada síntesis,¹ afirmo que el mejor antídoto para todas las crisis, desde el derecho, se llama *derechos de la naturaleza*, y me permito ejemplificar algunas de sus consecuencias para el derecho y para los derechos humanos.

Del negacionismo al neoconstitucionalismo andino

Todavía recuerdo la noche en que me enteré de que en Montecristi se estaba discutiendo sobre los derechos de la naturaleza. Mi cabeza fue a mi archivo mental. Al momento, venía de enseñar teoría de los derechos humanos y había tenido cierta experiencia en activismo en derechos humanos desde el año 1993. Con mis teorías y vivencias, recuerdo haberme detenido un rato y pensar: ¿qué dirían Nino, Jellinek, Kelsen, Alexy, Ferrajoli, Bobbio, Hohfeld, Peces Barba y Dworkin? ¿Qué pensarían

1. Para una explicación detallada, véase Ávila Santamaría (2018).

mis profesores de derecho constitucional y derechos humanos? ¿Las teorías del derecho, derecho subjetivo, derecho público subjetivo, derecho fundamental, derecho colectivo, derecho difuso, interés público, justificarían a la naturaleza como titular de derechos? ¿Y el fundamento? ¿Dónde encontrar la justificación? ¿En el positivismo, el iusnaturalismo, el realismo jurídico...? Luego, de cuerpo entero, se presentaba —como diría algún importante jurista ecuatoriano— el sacrosanto Código Civil y el derecho de los bienes. Precisamente ahí estaba la respuesta: la naturaleza es un objeto que puede ser apropiable, usable, usufructuable y disponible. Enseguida, como la mayoría de juristas, dije que no había fundamento. Quizá dije algo más cercano a lo que solemos decir los juristas, del tipo «absurdo», «ridículo», «novelería». Lo cierto es que la teoría que tenía al momento no me daba para entender lo que estaban discutiendo en la Asamblea Constituyente de Montecristi. Como en el derecho miramos mucho al pasado y rendimos culto a los autores canónicos, y yo no encontraba respaldo alguno para tremenda innovación, simplemente era un negacionista.

Tengo que confesar que leía y releía el texto, el famoso artículo 71 de la Constitución, que reconoció los derechos a la naturaleza, y no entendía lo que era «ciclos vitales», «procesos evolutivos» o «patrimonio genético», por qué prohibir los transgénicos. Luego, meter la dichosa palabra «Pachamama» y el *sumak kawsay*, incluso en el preámbulo y luego en el texto, era demasiado. Qué vuelta más sin sentido al pasado y al mundo indígena, me decía. Se supone que somos Estado laico y ponemos a la tierra como una deidad indígena.

Negacionista. Esa fue mi primera reacción. Simplemente, desde la teoría del derecho que yo había aprendido, practicado y difundido, no había posibilidad de aceptar que la naturaleza, algo tan abstracto, lejano e inabarcable, pueda ser titular de derechos.

Después entendería que yo estaba dentro de aquella dominante *epistemología de la ceguera*, como la denominó Boaventura de Sousa Santos, que impide ver otros saberes y sensibilidades. Se aprobó la Constitución, y en ella probablemente una de las instituciones más importantes para el derecho contemporáneo: los derechos de la naturaleza. Me entró el interés por explorar un poquito más sobre qué era y cuál era el alcance. Mi primera intuición fue explorar los derechos de los animales. Comencé con Peter Singer (2009) y su obra *Animal Liberation: The Definitive Classic of the Animal Movement*. La clave de ese libro, que sirve un mundo para entender parte de la complejidad de los derechos de la naturaleza, es que hay otros seres que sienten dolor, y que existe una forma de discriminar a otros seres que, aunque merecen igual respeto, se les trata como inferiores, que Singer llama *especismo*. En lo académico, escuchaba con atención y creciente curiosidad a Alberto Acosta y Esperanza Martínez, que comenzaron a publicar en Ecuador una colección de libros que llamaron Debates Constituyentes (editorial Abya Yala). Había algo profundamente innovador en algunas instituciones de Montecristi que aún no obtienen la atención de los juristas: la

plurinacionalidad, la interculturalidad, la democracia comunitaria, la Pachamama, el *sumak kawsay*, los derechos de los pueblos en aislamiento, la soberanía alimentaria, la ciudadanía universal, los derechos de la ciudad. En el 2011 me llevaron a postular la idea de que había un *neoconstitucionalismo transformador* (Ávila Santamaría, 2011) y, años más tarde, un *neoconstitucionalismo andino* (Ávila Santamaría, 2016).

Ahora soy consciente de que Ecuador, por primera vez en la historia del país y del derecho occidental, pronunciaba con voz propia desde el sur global, en lenguaje indígena, instituciones constitucionales. Siempre pusimos adjetivos a las instituciones que nos han implantado desde la modernidad hegemónica: Estado, ciudadanía, democracia, nación, división de poderes, derechos humanos... Nos impusieron sus sistemas de gobernanza e invisibilizamos todas las formas de organizarse y de mirar el mundo que tuvieron y tienen nuestros pueblos indígenas. Entiendo al neoconstitucionalismo andino, más allá de las estériles discusiones sobre el nombre de la teoría, como aquellas prácticas jurídicas de los pueblos indígenas y de los movimientos sociales que tienen como objetivo la transformación de nuestras sociedades, que son harto excluyentes, inequitativas y depredadoras de la naturaleza. La mirada entonces se concentra en los pueblos indígenas y en el derecho crítico occidental. Estas perspectivas requieren una buena dosis de interdisciplinariedad y de interculturalidad, a la que no estamos habituados los juristas tradicionales.

Desde el año 2008, para entender de forma adecuada este nuevo paradigma que nos trajo la Constitución de Montecristi, no he parado de leer sobre temas relacionados con la naturaleza. Imposible fue no dirigir mi mirada a la física, a la química, a la biología y a la filosofía oriental. Libros que vienen de la física, como el escrito por Frank Wilczek (premio Nobel de Física en 2004), *El mundo como obra de arte: En busca del diseño profundo de la naturaleza* (2016), o la esclarecedora obra de Fritjof Capra y Pier Luigi Luisi (2014), *The Systems View of Life: A Unifying Vision*, fueron básicos para entender el famoso «ciclo vital» de la naturaleza.

Otra dimensión que emerge en este camino de investigación y exploración para comprender a cabalidad los derechos de la naturaleza fue el de la espiritualidad. Desde que dejé de practicar la religión católica y de creer en la Iglesia, en toda Iglesia, en la que entran por supuesto los evangélicos y las variedades judeocristianas, me alejé de manera insensata de la vida espiritual. Menciono algunos libros que me abrieron las puertas de mi percepción y que me mostraron otros caminos. Uno que ya voy por la tercera vez que leo: Frei Betto (1999), *La obra del artista: Una visión holística del universo*. Otro que conocí gracias a la lectura del libro de Cormac, Thomas Berry (1999), *The Great Work: Our Way Into the Future*, y Lao Tse (2017), *Tao Teh Ching*. La idea central de estas obras es un llamado a la humildad, a la contemplación de la maravilla que es la naturaleza, a la necesidad de cuidarla y a recuperar una relación más equilibrada. Somos parte de los ciclos vitales de la naturaleza: así como vivimos del agua, del aire, de los alimentos, nosotros, con nuestra respiración, con nuestros

desechos —los naturales por supuesto, como el sudor o la orina, no los plásticos—, con nuestro cuerpo muerto, también devolvemos lo que necesita la naturaleza.

En el plano espiritual, derivar al arte, poesía, literatura, música, era un paso, y darse cuenta de que, como dice Wilczek (2016), «el mundo, en su estructura más profunda, encarna belleza. La idea de que hay simetría en los cimientos de la naturaleza ha llegado a dominar nuestra comprensión de la realidad física», o como afirmaba Kepler, «me siento transportado y poseído por una euforia inenarrable ante el espectáculo divino de la armonía celestial». Esto que sienten los físicos, lo hacen en forma cotidiana los artistas. A diferencia de los juristas, o de los científicos racionalistas y positivistas, ellos y ellas nunca dejaron de estar estrechamente vinculados con la naturaleza, de apreciarla, de entenderla, de inspirarse. Entre los poetas más alucinantes para engancharnos con la naturaleza, cito a Walth Whitman y su *Hojas de hierba*; y otro, genial, Ernesto Cardenal y sus *Versos del pluriverso*.

Pero hay un elemento más en esas búsquedas y encuentros con los derechos de la naturaleza, quizá el más importante para mí, porque me abrió los ojos sobre lo poderoso del reconocimiento de estos derechos: las luchas de los movimientos sociales por la naturaleza, en particular de los pueblos indígenas y de los ecologistas. Ahí, entre todas esas maravillosas y también dolorosas luchas de resistencias contra la explotación indiscriminada y violenta de la naturaleza —que hay muchas en la región y en el Ecuador—, destaco dos: los tagaeris y taromenanis en territorio waorani, y los yasunidos. Los primeros defienden con sus lanzas su territorio frente a nada más ni menos que empresas transnacionales petroleras; y los yasunidos, movimiento que intentó defender con votos el territorio de los pueblos waoranis de la Amazonía ecuatoriana. Detrás de cada lucha, de cada paso que da un tagaerí en su territorio, de cada persona joven que recogía firmas para hacer una consulta popular para que se pueda revertir la decisión de explotar petróleo por parte del Gobierno del señor Correa, estaba la protección de cada ser vivo en la Amazonía, y la convicción de que la explotación de petróleo produce indescriptible destrucción, contaminación, violencia, que bien merecen la pena de ser calificada como *ecocidio*.

La filosofía y las prácticas de los pueblos indígenas, sin duda —y sin ánimo de idealizar—, son una gran fuente de inspiración. Si uno lee las etnografías, los trabajos de antropólogos, lingüistas, misioneros; o, mejor aún, si uno escucha los discursos o tiene la maravillosa experiencia de compartir la vida de los pueblos indígenas, podrá apreciar otra forma de valorar la naturaleza y de relacionarse con la Tierra. Prácticas como pedir permiso para subir una montaña, pedir perdón por matar un animal, agradecer por una cosecha, dejar de cultivar para que se regenere la tierra, son comunes y cotidianas en varios pueblos indígenas. Ahí está la fuente fundamental para entender el contenido y alcance del neoconstitucionalismo andino. Ahora sugiero, para comprender un poco mejor a la Pachamama, recordar quiénes somos y de dónde venimos.

El origen común en el tiempo y sustancia

Los seres humanos no podemos vivir sin la naturaleza. Gracias a la naturaleza podemos respirar, saciar nuestra sed, alimentar nuestro cuerpo, satisfacer las necesidades que nos permiten existir. Agua, aire, tierra, fuego, elementos que alguna vez creímos que eran la esencia del universo, son indispensables para toda vida.

Somos polvo de estrellas, como dice la canción de Jorge Drexler, y tenemos un origen común con el resto del universo. Nuestra historia comienza hace unos 14.000 millones de años.² En un proceso complejo de atracción y repulsión, se formaron galaxias y estrellas. Una de ellas, el Sol en la Vía Láctea, hace unos 4.600 millones de años. Las primeras células, nuestras bisabuelas, emergieron hace 4.000 millones de años. La primera reproducción sexual se produjo hace mil millones de años. Las plantas y los animales, comenzando por algas, peces, salamandras e insectos, hace 500 millones de años, poblaron el planeta. Siguió aves, mamíferos, dinosaurios, hace 200 millones de años. Los primeros homínidos, los chimpancés, aparecen hace 5 millones de años. Los primeros cazadores, *Homo erectus*, aparecieron hace 1,5 millones de años. Hace 200.000 años, los humanos, *Homo sapiens*, construyen sus primeras herramientas, hacen ritos de entierro, habitan en África. Provenimos de las estrellas y todo ser vivo es nuestro pariente.

Durante estos millones de años, los humanos hemos sido parte del gran universo y seguimos el ritmo de la evolución. Los humanos somos una especie que vive de forma tan animal como cualquier otra especie.

Hace cerca de 10.000 años antes de Cristo, el humano comenzó a hacer notar su presencia en la Tierra, cuando domesticó algunos animales y practicó la agricultura. Algunos seres humanos se hicieron sedentarios y crearon las primeras ciudades, hace 8.000 años. Por estos mismos años, emigró y habitó casi todos los lugares de la Tierra.

De ahí en adelante, la huella humana ha sido notable. Se crearon grandes civilizaciones, como la egipcia, inca, maya, china, griega, romana, persa e hindú. El respeto y la admiración por la naturaleza persiste y se refleja en nuestros ritos religiosos y nuestras deidades, excepto quizá la judeocristiana, que se atrevió a imaginar que el ser humano, y solo el humano, es la encarnación de Dios y es el ser central en el universo.

En la modernidad, en un quiebre de la tradición cultural por el pensamiento hegemónico occidental, el ser humano decide romper con la naturaleza.

La separación y la supremacía humana

El drama de nuestra relación con la naturaleza está relacionado con la modernidad. Ésta comienza con un hecho violento: la conquista de América, y se caracteriza por

2. Todos los datos que siguen a continuación provienen del libro de Swimme y Tucker (2011).

tres pilares básicos: el racionalismo, la colonialidad y el capitalismo. Con estos tres ingredientes se fractura nuestra relación con la naturaleza y olvidamos —al menos en el mundo occidental hegemónico— toda una tradición de vínculos con ella.

Racionalismo científico

El racionalismo surge a partir del siglo XVI y da comienzo a lo que se conoce como «Revolución científica». Uno de los hitos más importantes de este periodo es la teoría heliocéntrica, formulada por Copérnico en 1543: la Tierra no es el centro del universo y gira alrededor del Sol. Este hecho, junto con la invención de la imprenta y el cisma de la Iglesia producida por el protestantismo, cambiará la mirada de lo teológico a lo científico. Los científicos, en busca de la verdad, reemplazan a los sacerdotes. La universidad se vuelve la principal fuente de conocimiento en desmedro del convento y de la iglesia.

Por otro lado, Descartes, que escribe *El discurso del método*, establece reglas para el conocimiento y las bases del método científico: lo que no tenga un método, no será racional ni confiable. Descartes separa el alma del cuerpo, el animal del humano («no es que las bestias tengan menos razón que los hombres, sino que no tienen ninguna») (Descartes, 1983: 94), la naturaleza es como una máquina («la naturaleza vemos como un reloj, compuesto por ruedas y de resortes») (Descartes, 1983: 95). De acá en adelante, tanto la filosofía como la ciencia acentuarán estas diferencias.

El resultado es que el ser humano, sujeto que conoce, considerará a la naturaleza como una entidad ajena y diferente, objeto a conocer. El ser humano no es animal, el ser humano no es naturaleza. El ser humano es superior por racional.

El mayor desarrollo del racionalismo tiene que ver con la invención de la máquina y con su intensiva utilización en la Revolución Industrial. Con la máquina, la consideración del espacio y del tiempo, que estaban estrechamente vinculadas a la naturaleza, va desapareciendo. Antes de la existencia del reloj, por ejemplo, el tiempo se apreciaba en función del amanecer, el atardecer, las lunas llenas, las mareas altas o bajas. Antes de la existencia de la locomotora, el automóvil o el avión, el paisaje se sudaba, las distancias largas implicaban estar sobre un animal, sentir su cansancio, su respiración, su hambre. Con los medios de transporte, el contexto natural es apenas un paisaje. Podemos estar a diez mil metros de altura y no sentir el intenso frío del exterior; podemos estar en medio de una tormenta dentro de un auto y no estar mojados. Ahora, con la tecnología digital, la separación es mucho mayor. Tenemos un tiempo y un espacio virtual. Podemos estar en medio de un bosque y al mismo tiempo estar en una aplicación que te conecta con la moda o con juegos colectivos de guerra. Estamos frente a personas de carne y hueso y solo nos importa tener *likes* y creer que somos populares con seres que son un efímero «me gusta».

Colonialidad

La colonialidad es un fenómeno que comienza a partir de la conquista de América. Se caracteriza por el ejercicio del poder a través de la clasificación y la creación de la categoría «indio», que diferencia al europeo (ser civilizado), del americano, africano, asiático (ser primitivo). Aníbal Quijano creó esta categoría y consideró que existían tres manifestaciones: la colonialidad del ser, del saber y del poder (Quijano, 2011).

La colonialidad del ser tiene que ver con la identidad y con la aceptación de valores y percepciones que vienen del norte global. La colonialidad del saber que tiene que ver con la sobrevaloración de una forma de conocer (racionalismo científico) y la invisibilización o negación de otras formas de conocimiento, relacionadas con lo espiritual, con lo «mítico», y con otras manifestaciones de la experiencia humana. La colonialidad del poder está asociada a la capacidad de clasificar y rotular: pobre/rico, normal/anormal, culpable/inocente, desarrollado/subdesarrollado, humano/animal.

Por la colonialidad, existimos humanos superiores e inferiores, el mundo de la cultura y el mundo de la naturaleza, las ciencias humanas y las ciencias naturales. Por la colonialidad, se reforzó la idea de que el ser humano no es animal ni naturaleza.

Capitalismo

El capitalismo, entendido como una forma de organización económica y social que gira alrededor de la acumulación y reproducción del capital, da valor de cambio a la mayor cantidad de actividades humanas. Algo que tiene un valor cultural o satisface una necesidad, como una vasija o como el agua, con el capitalismo tiene precio. El capitalismo nace con la Conquista y se desarrolla en toda la modernidad. Para el capitalismo, la naturaleza es un recurso natural, que tiene que ser explotado para el consumo humano. La naturaleza es como un gran reservorio de bienes que tienen que ser extraídos, transformados, comercializados, acumulados.

Mucho se ha escrito respecto del capitalismo y no pretendo discutir ni resumir su funcionamiento, sus críticas y sus supuestas «virtudes». Quisiera llamar la atención sobre lo que David Harvey (2014), uno de los académicos más conocedores de las teorías marxistas y sobre el capitalismo, denomina «contradicciones» del capitalismo, que tienen relación directa con la naturaleza. Según Harvey, hay tres tipos de contradicciones. A las primeras las llama *fundamentales*, que son aquéllas sin las cuales el capital no podría existir ni funcionar. Abolir una de ellas afectaría seriamente a las otras al punto de la extinción del capital. Estas contradicciones son las que generan las crisis del capitalismo. Las segundas, denominadas *cambiantes*, «son inestables y se mantienen en cambio evolutivo permanente» (Harvey, 2014: 98). Captar esos momentos de cambio son oportunidades para la transformación, pero no son iguales en todo tiempo y lugar. Por último, las que nos interesan por el momento son las que

Harvey denomina *peligrosas*, porque afectan de modo grave tanto al capital como a la humanidad, y provocan daños como la degradación del planeta, el empobrecimiento de millones de personas, el aumento de las desigualdades, la deshumanización de la mayoría, el control y represión policial y militar, y la conformación de democracias totalitarias.

La primera de las peligrosas tiene que ver con el crecimiento exponencial y acumulativo sin fin, que se contradice con el crecimiento del capital productivo y de la población: el capital depreda. Los grupos de interés privado y empresariales se benefician de la acumulación de capital y de las deudas. Si se eliminasen las deudas, entraría en crisis el aumento del capital. El capital crece sin límite y sin necesidad de estar vinculado con la producción. Si, por ejemplo, se tiene US\$100 que ganan un interés del 5% anual; en un año serán US\$105, en 100 años producirá US\$13.150 y no dejaría de crecer si se prolonga al tiempo. «No hay barreras al crecimiento ilimitado» (Harvey, 2014: 237). El capital está en manos de estos rentistas más que en los capitalistas productivos e industriales. Ni la población ni la producción pueden crecer infinitamente. Los seres humanos y la naturaleza tienen límites y pueden incluso dejar de crecer. Si decrecen, el capital entra en crisis.

La segunda de las contradicciones peligrosas consiste en que el capital necesita la naturaleza para subsistir y la explota hasta el límite de sus posibilidades: el capitalismo viola en forma sistemática los derechos de la naturaleza y ha producido el cambio climático. La tercera es la que Harvey anuncia como el camino a un mundo distópico. Estas dos las vamos a exponer en el cuarto acápite, que nos obliga a replantear los derechos económicos, sociales y culturales.

Derecho de la modernidad hegemónica

El derecho es una de las manifestaciones de la modernidad hegemónica y comparte sus características. El derecho es racional. El derecho estatal, en su teoría y sus fundamentos, comparte la lógica del positivismo científico: separa (la moral del derecho, las ciencias naturales de la ciencia jurídica), considera al ser humano como sujeto exclusivo y a la naturaleza como objeto, lo más exquisito de la teoría jurídica es la analítica, profundamente racional. El derecho hegemónico también comparte las características de la colonialidad. Hay un derecho superior, que se aplica con rigurosidad, de forma global y tiene mecanismos efectivos de cumplimiento, el relacionado con la *lex mercatoria*; y otro marginal, que no tiene la atención primordial de los Estados y de las empresas, que cuesta hacerlos efectivos: los derechos de los oprimidos, los derechos de los humanos que solo tienen titularidad de derechos, de la naturaleza, de los pobres, de los informales. Por último, el capitalismo marca el objeto primordial de regulación del derecho, que se refleja en el derecho civil y en la propiedad. El capitalismo requiere de un derecho que proteja, promueva y garantice la expansión del

capital. El derecho privado se ha ido apropiando poco a poco en la modernidad de la naturaleza y de lo que conoce como «los comunes». El derecho protege la propiedad sobre la tierra, el agua, los bosques y los bienes naturales, junto con garantizar su transformación (industrialización) y comercialización.

Con estos elementos, podemos apreciar de manera crítica cómo los derechos humanos en general, y los derechos económicos, sociales y culturales en particular, se han desenvuelto en la modernidad.

Los espejismos de los derechos humanos

Norberto Bobbio (1997) consideraba que en la modernidad, que tantas guerras y dolores ha producido, uno de los pocos «progresos» éticos que se puede considerar es los derechos humanos. Discurso utópico por excelencia, los derechos humanos han permitido limitar el poder del Estado y vincularlo hacia lo que en Occidente se llama *dignidad*. Sin embargo, hay que notar dos hechos importantes: el primero tiene que ver con los altos índices de violación en todos los ámbitos de los derechos; el otro, con el uso instrumental del derecho. Vamos con este segundo apunte.

El discurso de los derechos humanos ha sido instrumentalizado por quienes ejercen poder con el objetivo de controlar, violar derechos y de reconocer derechos al Estado (Santos, 2014: 28). Por otro lado, se ha privilegiado la protección y promoción de ciertos derechos, como los derechos civiles individuales, para promover el modelo de desarrollo y progreso, que fortalece el sistema capitalista y que Noguera (2012: 17) ha llamado «derecho para y de la burguesía».

El discurso de los derechos humanos puede tener dos objetivos opuestos. Por un lado, algunos derechos humanos podrían legitimar ideologías del individualismo propietario, fomentar el consumo, reproducir el desorden capitalista, como el derecho a la propiedad privada, al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de empresa. El ejercicio de estos derechos no es universal y es más bien excluyente y lo goza una minoría (Ferrajoli, 2001: 29). Por eso, Santos (2014: 23) afirma que «la gran mayoría de la población mundial no es sujeto de derechos humanos, sino el objeto de discursos de derechos humanos». Si uno compara —y esto se ha escrito en abundancia en América Latina— las dificultades para exigir el derecho a la salud con los derechos de los propietarios, más si son inversionistas extranjeros o tenedores de deuda externa, se podrá apreciar que la afirmación no es lejana de la realidad.

Se requiere un pensamiento crítico que cuestione los discursos, que Santos (2014: 24) denomina «la hermenéutica de la sospecha». Al aplicarla, Santos mira cinco espejismos:

- La opresión se mira como liberación —como el encierro de los ciegos en la novela *Ensayo de la ceguera* de Saramago (1998)— para «protegerlos» o, saliendo de la metáfora, como cuando George W. Bush invadió Irak con el objeto

de liberar al país de una dictadura e imponer elecciones «libres» (Klein, 2007: 415), o cuando se considera satisfacción del derecho a la salud por la mera existencia de hospitales o escuelas.

- Otros discursos utópicos de emancipación y liberación, como el *sumak kawsay* y la Pachamama son consideradas como inferiores a la lucha por la dignidad. En estos discursos, la salud, la seguridad y la educación podrían tener otra comprensión y otros contenidos.
- Se reduce el discurso a lo jurídico y se descontextualizan las luchas de los movimientos sociales. Por ejemplo, un movimiento de pueblos indígenas que reclama que la selva es su hogar, podría no tener eco en la lógica y los estándares del derecho a la vivienda, y sus formas de vida se restringirían a la disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y más.
- El discurso de derechos puede negar contradicciones, como las diferencias entre hombres y mujeres, el norte y el sur, pueblos indígenas y empresas extractivas, indígenas capitalistas y mestizos ambientalistas.
- En el discurso hegemónico se puede considerar que los derechos humanos son opuestos y en inevitable tensión con el Estado. El Estado puede ser un aliado fundamental en la lucha por los derechos o puede ser un instrumento del mercado y de las corporaciones.

En suma, en los derechos humanos, como en otros componentes de la modernidad, «el norte global reduce el mundo a la comprensión que Occidente tiene de él, ignorando o trivializando las experiencias culturales y políticas definitorias de los países del sur global» (Santos, 2014: 34). Por otro lado, la visión hegemónica, al resaltar lo universal, lo humano, lo individual, el secularismo, los derechos, la razón de Estado, ha impedido considerar lo particular y local, la naturaleza, lo colectivo, las espiritualidades, los deberes, la razón popular (Santos, 2014: 37-55).

A la visión hegemónica, controladora, conservadora de los derechos humanos, Zizek (2005: 143) la denominaría «acolchado ideológico», que da un significado opuesto al emancipador o liberador que una comprensión de los derechos humanos ofrece. Esta forma de comprensión de los derechos humanos tiende a la regulación, al orden y a la sumisión (Santos, 2003: 52).

Uno de los críticos más agudos del discurso hegemónico de los derechos humanos es Giorgio Agamben. Según este autor, la noción de soberanía popular y del Estado garante de derechos no es otra cosa que un abandono al poder (Agamben, 2003: 80). En el Estado que dice proteger los derechos, las muertes son impunes, las libertades se restringen, se anula al individuo por el ciudadano responsable. El Estado hace uso

del estado de excepción, utiliza la biopolítica³ para controlar los cuerpos y administra a los grupos humanos como un campo de concentración, que «es el espacio de esa absoluta imposibilidad de decidir entre hecho y derecho, entre norma y aplicación, entre excepción y regla» (Agamben, 2003: 221). El sistema capitalista nos hace vivir «en un permanente estado de excepción mercantil. La competencia ha superado cualquier limitación y los conflictos comerciales se dirimen a tiros» (Rendueles, 2015: 27). Además, en la misma línea, sostiene que los sistemas políticos y económicos (Estado nación y capitalismo) requirieron de dos técnicas para lograr tener cuerpos dóciles que se adapten a un sistema opresivo: técnicas políticas y culturales (Agamben, 2003: 14). Entre las políticas están el discurso de derechos humanos, por el que una persona se convierte en «sujeto» (sometido y no titular de derechos) al poder estatal. Entre las tecnologías culturales, llamadas *tecnologías del yo*, por las que se lleva a cabo el proceso de subjetivación, están «el núcleo más precioso de la biopolítica del totalitarismo moderno, por una parte, y la sociedad de consumo y del hedonismo de masas, por otra» (Agamben, 2003: 21). Tanto el hospital como la ciudad en la novela de Saramago cumplen al pie de la letra lo afirmado por Agamben: para proteger los derechos de las personas ciegas, que supuestamente habían contraído una enfermedad contagiosa en el *Ensayo de la ceguera*, se las encierra; éstas son sujetos de derechos, pero están, como tal, atrapados en un sistema de control que degrada.

El discurso, las normas y las prácticas de derechos humanos también pueden ser contrahegemónicas y procurar un mundo mejor. En primer lugar, debemos tener conciencia de que el discurso hegemónico es un localismo globalizado, que hace considerar como universal y con influencia mundial algo que es creación y responde a circunstancias locales (Santos, 2014: 38). En el discurso contrahegemónico es más importante la autodeterminación de los pueblos que el desarrollo neoliberal (Santos, 2014: 80), y la expansión de libertades que el control y la represión en nombre de los derechos humanos. Esta comprensión de los derechos humanos tiene como objetivo la emancipación y liberación (Santos, 2003: 52). En este sentido, los derechos humanos siguen teniendo el potencial de ser ideas dinámicas que abren la puerta a otras posibilidades y a la transformación de la realidad (Goodale, 2009: 126).

Un ejemplo sobre el discurso hegemónico y controlador y liberador en los derechos humanos nos ofrece Martínez de Bringas. El derecho a la cultura desde el primer paradigma puede ser entendido y reducido «a meros derechos de propiedad intelectual, expropiando el valor de las culturas y proporcionando las bases para una nueva división del trabajo» (Martínez de Bringas, 2005: 22); o puede ser entendido, desde una teoría crítica y liberadora de los derechos humanos, en una dimensión

3. «Mecanismo con que se entiende la política en la (post) modernidad, aquél por el que la vida se convierte en el asunto y trasunto fundamental de la política en cualquiera de los niveles en que ésta se despliega y ejerce» (Martínez de Bringas, 2004: 111).

holística e indivisible, como un derecho que desde los movimientos sociales enfrenta y deconstruye, reconfigura la política y las posibilidades, y se materializa en la vida de los pueblos, el territorio, la autodeterminación y que se abre «a un provocante pluralismo jurídico transliberal» (Martínez de Bringas, 2003: 74; 2004, 153).

Ahora bien, ¿qué se puede decir desde los derechos humanos sobre el racionalismo científico, la colonialidad y el capitalismo? Cada uno de estos elementos de la modernidad hegemónica pueden ser traducidos al lenguaje del constitucionalismo y de los derechos humanos. Así, el racionalismo científico está asociado con el derecho a la educación; la colonialidad con los derechos políticos, la identidad y la cultura; y el capitalismo con los derechos sociales y económicos.

Desde este análisis, si se considera la perspectiva de los derechos humanos como discurso ideológico negativo y constitutivo, es decir, desde la perspectiva de quienes ejercen poder, los derechos humanos pueden promover y hasta consolidar los ejes de la modernidad. Cuando se habla en términos genéricos del derecho a la educación, el contenido y las metodologías podrían fácilmente contener la forma de hacer estudios científicos positivistas. Es más, un profesor que sigue investigaciones encaminadas a expandir el abanico de productos farmacéuticos o productos de belleza, goza de protección en cuanto a su ejercicio al derecho a la libertad de investigación, al trabajo, al desarrollo de su personalidad, a la libertad de cátedra y más.

En cuanto a la colonialidad del poder, cualquier persona de la élite económica tiene derecho a emprender su carrera política, con un proyecto neoliberal, capitalista, conservador, y aspirar legítimamente a ejercer altos cargos públicos. Esta persona es titular de varios derechos que protegerían su proyecto de vida: a la libertad de conciencia, a votar, a ejercer funciones públicas, a asociarse, a la libertad de expresión, a difundir sus ideas libremente y por cualquier medio. Por otro lado, una persona que decide acumular y consumir ejerce su derecho al libre desarrollo de la personalidad y las más variadas libertades. Jurídicamente, se puede decidir, experimentar y consolidar lo que hemos llamado la *colonialidad del ser*. Por último, una persona, como muchas que existen, escoge carreras que fortalecen el sistema del mundo de la modernidad hegemónica para acumular bienes, como ingenierías de administración de empresas, marketing, antropología funcional a la explotación de «recursos naturales», sociología que Bauman llama *ortodoxa* y que está «preocupada por la obediencia y la adaptación de la condición humana» (Bauman, 2015: 223) y más opciones de vida, en el fondo, dentro de lo que se ha analizado, estarían apoyando la colonialidad del saber.

Respecto del capitalismo, los derechos humanos no prohíben ni impiden una organización social basada en el capitalismo, el socialismo, liberalismo o socialdemocracia. De alguna manera, los derechos limitan ciertas actividades, como la explotación laboral, la servidumbre o el daño ambiental. Sin embargo, el capitalismo se sustenta en dos derechos humanos que le dan vitalidad y garantizan su expansión: el

derecho a la propiedad privada y el derecho a la libre empresa o libertad de mercado. En síntesis, los derechos humanos no solo conviven con los valores y los ejes de la modernidad hegemónica, sino que lo fortalecen.

Desde una lectura crítica y liberadora, como sugiere Santos, los derechos humanos podrían tener otra comprensión y otra aplicación. El racionalismo científico, si bien no se puede prohibir, no puede ser la única forma de aprendizaje. Los derechos humanos podrían evitar una entrada monocultural. No permitir otras formas de entender el mundo podría ser discriminatorio. La colonialidad del poder, ser y saber, si bien son formas de ejercicio de derechos de unos, no podrían en ese ejercicio imponer o violar otros derechos. Por ejemplo, si se lograra demostrar que en un proceso democrático solo pueden acceder a cargos de representación personas y colectivos que tienen fuertes respaldos económicos y esta práctica impide que otras personas y colectivos, con igual derecho pero sin medios económicos, puedan optar por los mismos cargos de representación, estaríamos hablando de un sistema cuestionable y excluyente. En la colonialidad del ser, si bien existen identidades hegemónicas, éstas no pueden ser únicas. La diversidad es parte de los derechos humanos. Lo mismo se puede predicar de la colonialidad del saber. Los derechos humanos protegen a quienes optan por el racionalismo científico, pero no pueden prohibir la existencia y la emergencia de otros saberes, sentires y prácticas epistémicas. Finalmente, el capitalismo, como se ha explicado, es un sistema cuestionable desde la perspectiva de quienes están en situación de opresión o sumisión.

La pobreza y la exclusión de amplios sectores de la población pueden ser consideradas como una violación sistemática y generalizada de los derechos sociales. La relatora de Naciones Unidas sobre pobreza extrema considera que la pobreza «se caracteriza por la privación continua o crónica de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales».⁴ Es más, la riqueza de algunos, cuando está íntimamente ligada con la pobreza de otros, se podría considerar un crimen (Rodríguez Palop, 2005: 267).⁵ En consecuencia, el capitalismo, desde la óptica crítica del constitucionalismo

4. «Proyecto final de los principios rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos», Naciones Unidas, Asamblea General, presentado por la relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, 18 de julio de 2012, disponible en <https://bit.ly/33WA4fO>.

5. Rodríguez Palop (2005: 267) señala algunos datos escandalosos para sostener esta afirmación: con US\$3 podría suministrarse agua a una familia india, con cinco centavos se podría evitar que quede ciego uno de los 100.000 niños que cada año enneguecen, con US\$3 se podría vacunar a uno de los 17 millones de niños que mueren al año, con una tonelada de fertilizante se podría alimentar a las miles de personas que mueren de hambre cada año. Mientras, en Australia se gastan US\$100.000 en un nuevo modelo de automóvil; en Estados Unidos se gastan US\$800.000 cada año en goma de mascar, se invierte en cosméticos lo que podría costear la sanidad de 1.700 millones de personas y se emplean 3 millones de toneladas de fertilizantes en jardines.

y de los derechos humanos, tendría que tener serias restricciones. Por consiguiente, los derechos humanos no pueden prohibir por completo los derechos que podrían sustentar la racionalidad científica, la colonialidad y el capitalismo, pero podrían limitarlos cuando producen violaciones a los derechos.

Los derechos humanos —siempre que se tenga la perspectiva crítica y liberadora— establecidos en las constituciones son proyectos utópicos que cambian vidas y comunidades, que ayudan a resistir formas de opresión, que permiten imaginar otros mundos en los que la gente tiene dignidad. La profesora Rodríguez Palop (2010: 40, 463) sostiene y demuestra que existe una cuarta generación de derechos, relacionados con el medio ambiente, el desarrollo y la paz, que se sustentan en las necesidades humanas y en la solidaridad, y que comprenden un proyecto integral, alternativo y revolucionario (Rodríguez Palop, 2010: 316), lo que demuestra ese lado creativo y renovador del discurso de los derechos humanos y que, además, lo tendremos por un buen tiempo en las presentes luchas sociales, políticas y ambientales. En este sentido, los derechos humanos constituyen un horizonte, merecen intensa dedicación, esfuerzo y ser asumidos hasta sus últimas consecuencias (Martínez de Bringas, 2004: 177).

Sin embargo, la utopía de los derechos humanos es una más en la historia de la humanidad, la más aceptable y movilizadora para unos, pero al mismo tiempo podría ser también conservadora y un dispositivo ideológico. Aínsa afirma que las utopías modernas riman con la razón de Estado-nación, han producido monstruos, no han remediado los problemas que intentaron solucionar, sino que los han agravado. El constitucionalismo contemporáneo y los derechos no plantean necesariamente una alternativa a la modernidad hegemónica y, de hecho, como sucede en la actualidad, no ha limitado de manera efectiva un sistema que genera dolor, exclusión y marginación. Es decir, desde la perspectiva dominante, en los derechos humanos existe una crisis de la función utópica transformadora (Aínsa, 1996: 13). Si bien los derechos humanos nacieron como la última utopía, cualquier día puede aparecer otra (Moyn, 2010: 10). Esa otra utopía emergente podría ser la andina, cuya existencia se justifica por las razones que analizamos enseguida a la luz de los derechos de la naturaleza.

A pesar de todas las críticas y potencialidades de los derechos humanos, hoy estamos ante una crisis sin precedentes en la historia de la humanidad y del planeta Tierra, que podemos llamar «crisis ecológica». Esta situación nos hace plantear nuevos y complejos retos para la comprensión del ser humano en la Tierra y de su derecho, que ha sido en particular pernicioso.

El ser humano y la naturaleza: La crisis ecológica

La tensa relación entre naturaleza y ser humano tiene un largo camino en la historia. Desde que existe el capitalismo, se han podido sortear muchas dificultades, como la industrialización para resolver el problema de la alimentación, que a Malthus le

parecía fatal, o hacer productivas tierras desérticas. La naturaleza, desde el punto de vista del capital, está internalizada en la circulación y la acumulación. La naturaleza es un bien apropiable y rentable. Sin duda, por eso mismo, el capital contribuye a su reproducción: siembra bosques, limpia el agua para el cultivo de peces y la purifica para embotellarla, abona la tierra. Pero al capital le interesa su reproducción y acumulación, no el ser humano y sus necesidades, y menos la naturaleza y sus ciclos biológicos.

El capital es, pues, también «ecológico». El problema es que, en el uso y abuso de la naturaleza, los efectos de la intervención humana son impredecibles, lo cual estamos viendo con uno de los inventos más importantes: el uso de la energía fósil, las emisiones de CO₂ y el problema del calentamiento global. Requerimos, como especie, bajar de 4 °C de temperatura a 2 °C, que es, mirando las últimas cumbres sobre cambio climático, un sueño utópico, y los esfuerzos de los Estados son aún tímidos (Rodríguez Palop, 2005: 261). Somos testigos ya de olas de calor, desertificación, pueblos que han sufrido daños con inundaciones y que están en riesgo de desaparecer, una disminución en los alimentos, pérdida de ecosistemas y de diversidad y una amenaza seria a la sobrevivencia de la humanidad en la Tierra (Klein, 2014: 13). Por ello, Klein (2014: 21) sostiene que el capitalismo está en guerra con la Tierra y con la humanidad, y que hasta el momento está ganando. Laval y Dardot (2015: 17) consideran que el capitalismo neoliberal se ha convertido en enemigo de la naturaleza y el calentamiento global es «el problema más importante y más urgente jamás planteado a la humanidad».

Pero aun estos problemas derivados de la acumulación del capital generan la posibilidad de actividades empresariales. La conservación de bosques para limpiar el CO₂ y el mercado de carbono tienen precio, se compran y se venden. El capitalismo saca provecho de las catástrofes naturales y de las humanas, como hemos visto. La naturaleza es considerada una mera mercancía, un «recurso natural». Es, según Harvey (2014), como una «enorme gasolinera», que da a cambio de dinero y cada vez que se requiera. Para el capitalismo, la forma de solucionar los problemas que han generado el cambio climático es, paradójicamente, contaminar más (Klein, 2014: 256). El ecologismo, para ser efectivo, tiene que ser anticapitalista. El capital siempre pone en peligro a la naturaleza y también al ser humano, no le interesa ni registra las externalidades negativas ni tampoco el impacto a las generaciones futuras (Wright, 2010: 69). En la forma de intervención del capital, la degradación de la naturaleza es como un cáncer: genera desastres, no puede gestionar con éxito la naturaleza por la primacía del interés económico, las especies se extinguen, la biodiversidad disminuye, se generan hambrunas por el aumento de precios, se multiplicación las desigualdades y se valora de forma arbitraria los elementos de la naturaleza. Por ejemplo, unas hojas cuestan mucho, como la de cocaína, mientras que otras valen muy poco, como la menta. «La relación del capital con la naturaleza y con la naturaleza humana es extremadamente alienante» (Harvey, 2014: 255).

El sistema capitalista genera un mundo distópico, indeseable, que se mantiene gracias a la alienación universal, sostiene Harvey. La alienación tiene varios sentidos: enajenar la propiedad a otra persona que no es la dueña (legal); transferir lealtad a otra persona o institución (social); quedarse aislado y separado (psicológico pasivo); mostrar cólera y hostilidad frente a una presión (psicológico activo); invertir la realidad para engañar (ideológico negativo). Todas estas formas de alienación existen en el capitalismo. Se deben identificar, afrontar y superar las alienaciones producidas por el capital. A pesar de tener conciencia y experimentar los efectos del capitalismo, de afectar a la mayoría de la población, el capital subsiste y se reproduce. Las alternativas no son claras y no se sabe con qué reemplazar al capital. Las redes de solidaridad están cruzadas por las búsquedas de ventajas personales y el lucro. Los movimientos sociales están fragmentados y no logran dibujar una alternativa.

La realidad actual, según Oxfam, demuestra que el sistema capitalista, a pesar de ser el dominante, de haber practicado los cambios que los doctrinarios sugieren, simplemente sigue produciendo la misma inequidad que hace quinientos años, porque el sistema vive de las contradicciones denunciadas por Harvey:

La desigualdad extrema en el mundo está alcanzando cotas insostenibles. Actualmente, el 1% más rico de la población mundial posee más riqueza que el 99% restante de las personas del planeta. El poder y los privilegios se están utilizando para manipular el sistema económico y así ampliar la brecha, dejando sin esperanza a cientos de millones de personas pobres. El sistema actual no es fruto de la casualidad, sino el resultado de decisiones políticas deliberadas, de que nuestros líderes presten oídos a ese 1% y a quienes les apoyan, en lugar de actuar en defensa de los intereses de la mayoría y de las necesidades de los más pobres. Ha llegado la hora de rechazar este modelo económico que solo funciona para una minoría.⁶

A la inequidad y a la producción sistemática de la pobreza hay que sumar la devastación ecológica, que también es el resultado de decisiones políticas y económicas deliberadas, el calentamiento global, el modelo agroindustrial basado en monocultivos y deforestación, el *biocidio*: extinción de 70% de las especies conocidas, semejante a la ocurrida hace 65 millones de años (Giraldo, 2014: 63). Un tercio de la tierra ha sido afectada por el ser humano. Hemos alterado la composición de la atmósfera, hemos contaminado más de la mitad del agua que existe, hemos producido más nitrógeno que todos los ecosistemas juntos (Kolbert, 2015: 108). Los daños son irreversibles y el modelo de crecimiento que plantea el capitalismo no los soluciona, porque el crecimiento es exponencial, porque las formas de «resolver» el problema agravan la

6. «Una economía al servicio del 1%: Acabar con los privilegios y la concentración de poder para frenar la desigualdad extrema. 2016», Oxfam, 18 de enero de 2016, disponible en <https://bit.ly/2QyNyYJ>.

situación y porque las soluciones tecnológicas no dan como resultado una sociedad sustentable (Rodríguez Palop, 2013: 46).

En el libro *The Sixth Extinction: An Unnatural History*, Elizabeth Kolbert (2015) recuerda que en la historia del planeta han existido, cada 100 millones de años en promedio, cinco extinciones. Unas porque se derritieron los glaciares, otra por el impacto de un asteroide, otras por erupciones volcánicas. Es la primera vez en la historia del planeta que pasamos de una era geológica al Antropoceno, el evento catastrófico más notable en la historia de nuestro planeta (Kolbert, 2015: 124). El ser humano, en su corta vida, por primera vez es no solo testigo de una extinción, sino que el propio autor. Desde la Revolución Industrial, hemos quemado 365.000 millones de toneladas métricas de carbono que hemos enviado a la atmósfera; a esto hay que sumar 180.000 millones de toneladas de carbono por la deforestación (Kolbert, 2015: 113). Los cambios son tan rápidos que las especies no pueden resistir ni adaptarse. La extinción de especies es por miles, y si uno afina el ojo puede incluso darse cuenta de ello en el patio de la casa (Kolbert, 2015: 18); los glaciares se derriten, las islas desaparecen, las ciudades se inundan, el océano se acidifica. Kolbert documentó la abundancia de algunos animales hace 200 años y su extinción actual. Nuestra huella geológica como especie tardará millones de años en ser absorbida (Kolbert, 2015: 110). Entre esas historias de vida documentadas están los pingüinos, las tortugas de Galápagos, los insectos —han desaparecido 2 millones de especies y 5.000 se pierden cada año— (Kolbert, 2015: 186), algunas especies de rinocerontes, osos y tigres que solo habitan en zoológicos (Kolbert, 2015: 223). Nuestro mundo es como un zoológico empobrecido, simple, extinto por las masacres de especies que hemos llevado a cabo (Kolbert, 2015: 231). Si el ser humano no hubiese aparecido, es posible que todos esos animales seguirían existiendo (Kolbert, 2015: 258). Pero lo peor es que el ser humano no solo es el protagonista de esta sexta extinción, sino también su propia víctima.

En este contexto, debemos reflexionar sobre el derecho y los derechos sociales. ¿Cómo atender estas nuevas crisis y necesidades no solo de los humanos, sino de otras especies en el planeta? ¿Afectan estas perspectivas la forma de entender los derechos humanos?

Los derechos sociales y los derechos de la naturaleza

El antídoto para los males de la modernidad hegemónica —el racionalismo, que oculta otras formas de conocimiento y relación con la naturaleza; la colonialidad, que separa y jerarquiza a la cultura sobre la naturaleza; el capitalismo, que trata como objeto de apropiación y explotación a la naturaleza— se llama «derechos de la naturaleza».

Los derechos de la naturaleza requieren otra modernidad —que Dussel (2000) la llama «transmodernidad», y Bolívar Echeverría (2011) «modernidad barroca»—, la decolonialidad y un sistema no capitalista, que en el mundo andino la hemos llama-

do *sumak kawsay*. En esa modernidad caben otros conocimientos y sensibilidades, como la de los pueblos indígenas; otros sujetos, como los seres no humanos que habitan en el planeta; y otras formas de vida basadas en la satisfacción de necesidades naturales y no en la acumulación de bienes para satisfacer «necesidades» artificiales, cuya satisfacción no está ligada con la vida plena.

En esa otra modernidad, el derecho también tiene que ser diferente. Por un lado, el derecho no puede proteger solo a una especie, sino a todas las que conviven con el humano y con las que hemos coevolucionado. Si el derecho es de todos los seres en la Tierra, entonces las fuentes, el contenido y las finalidades deben ser distintos.

La fuente del derecho es lo que Cormac Cullinan (2011) llama el «gran derecho», que no es otra cosa que el conjunto de relaciones entre todos los seres y entes que existimos y que tenemos más en común de lo que nos imaginamos. Hay relaciones que promueven la convivencia y supervivencia, y otras relaciones que degradan. Las relaciones que se producen en el sistema capitalista que, como hemos visto, están provocando extinciones, están en franca contradicción con el gran derecho.

En cuanto al contenido, los derechos de la naturaleza tienen ya expresión en la Constitución del Ecuador del 2008 (artículos 71 a 73) y en la Declaración Universal de los Derechos de la Madre de la Tierra de 2010. Los derechos de la naturaleza se basan en tres principios básicos: i) la *diferenciación*, por el que cada ser y especie tiene su propia identidad, evolución y lugar en el planeta y en el cosmos. Por este principio, cualquier tendencia a la uniformidad, como se concibe en la agricultura industrial para alimentarnos, es contraria a los derechos de la naturaleza. En este sentido, existen un derecho humano, un derecho de la hormiga, un derecho de las montañas y un derecho de la Tierra. ii) El principio de la *autopoiesis*, por el que cada ser tiene su capacidad autoregenerativa y, como lo dice la Constitución de Montecristi, su ciclo vital; cuando una actividad humana impide u obstaculiza esta capacidad, atenta contra los derechos de la naturaleza. iii) El principio de *comuni3n*, por el que se adscribe a la noci3n de que la naturaleza, el mundo, el humano, ha evolucionado por procesos de colaboraci3n y solidaridad, no por individualismos o competencia.

En este marco, los derechos humanos deberían tener por completo otra concepci3n. En primer lugar, conviene evitar la connivencia con el sistema polít3co y econ3mico de la modernidad hegem3nica. Los derechos humanos que se adaptan al capitalismo degradan a la naturaleza y violan sus derechos. En segundo lugar, los derechos humanos requieren también ser eco o bioc3ntricos, para abandonar ese protagonismo pernicioso del ser humano en el mundo. En tercer lugar, el contenido de los derechos humanos tiene que ser leído no solo en clave de interdependencia con otros derechos, que es la concepci3n tradicional, sino en interrelaci3n con la naturaleza. En cuarto lugar, para ubicarnos en esta nueva forma de entender el derecho, requerimos combatir el divorcio que pregona el positivismo jurídic3 tradicional entre derecho, ciencias sociales y ciencias naturales. Hay que saber física, biología,

geología y poesía —las personas artistas nunca entendieron la separación de cuerpo y alma y de humano y naturaleza— para poder tener la sensibilidad adecuada para comprender los derechos humanos en clave de derechos de la naturaleza.

Pongamos algunos ejemplos e intentemos contrastar las diferencias de lo que sería la forma tradicional de comprender los derechos humanos (derechos sociales) con los derechos en clave de la naturaleza. El derecho a la salud se puede medir por el número de médicos, camas, hospitales, vacunas y fármacos en función de la población. El énfasis en el derecho a la salud dentro de un sistema capitalista está en la enfermedad y en la curación. Garantizar el derecho a la salud se refleja en el acceso a la atención médica y a las medicinas, mejor si son producidas en forma industrial. El sistema puede vivir de la enfermedad y buscar la forma de curar. La enfermedad, de hecho, es un gran negocio. Desde los derechos de la naturaleza, por el principio de autoregeneración (*autopoiesis*), el énfasis debe ponerse en la prevención. El ambiente que rodea al ser humano puede producir las enfermedades, y de esto ya nos ha hablado bastante la epidemiología crítica y lo que llaman determinaciones sociales de la salud (Breilh y Miño, 2006). A un ambiente sano, sigue un ser humano sano. La salud no se lleva bien con el extractivismo, con la producción industrial que usa químicos, con la comida barata, con la contaminación producida por las formas de consumo energético dominante. Con los derechos de la naturaleza, el derecho a la salud exige ambientes sanos, y para tener ambientes sanos se deben respetar los derechos de la naturaleza.

El derecho a la educación se puede satisfacer con el acceso a escuelas y con una escolaridad de diez años, con saber leer y escribir textos. Se viola el derecho, en el sistema hegemónico, si uno no tiene el certificado escolar, es analfabeto, es expulsado de la escuela. Con los derechos de la naturaleza, lo importante es acceder al conocimiento que permite vivir en armonía con la naturaleza. Una persona indígena que sabe cómo comportarse con la selva o el río, que siembra respetando la tierra y permitiéndola descansar, puede ser alfabetizado sin ir a la escuela. En términos de derechos de la naturaleza, nuestro sistema nos ha hecho analfabetos totales de lo que es vital para la existencia. Una persona de ciudad, como yo, no sabe sembrar, no puede discernir las estrellas, no distingue una planta venenosa de una que proporciona alimentos, no sabe relacionarse con otros seres vivos (¡muchas veces ni con el humano podemos, peor con otros seres!). Desde los derechos de la naturaleza, el actual contenido del derecho a la educación viola otros derechos, porque nos impide vivir en armonía y no nos da los conocimientos necesarios para vivir como una especie más, dependiente de la naturaleza.

Podríamos así seguir con el derecho a la seguridad social, al trabajo, a la cultura, a la vivienda. Desde la lógica de los derechos de la naturaleza, los derechos humanos tendrían otros fundamentos, otro contenido y otras formas de exigibilidad. Esa

comprensión, además, requiere un ser humano con comportamiento distinto, más humilde, más simple, más sensible, más solidario y posiblemente más feliz.

El cambio de paradigma, y el cambio de contenido del derecho y de los derechos humanos, no sólo es necesario, sino urgente. En el neconstitucionalismo andino encontramos una puerta y un camino por recorrer.

Referencias

- AGAMBEN, Giorgio (2003). *Homo sacer: El poder soberano y la nuda vida*. Valencia: Pre-Textos.
- AÍNSA, Fernando (1996). «Bases para una nueva función de la utopía en América Latina». En Horacio Cerutti y Oscar Agüero, *Utopía y nuestra América*. Quito: Abya Yala.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (2011). *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya Yala.
- . (2016). *El neoconstitucionalismo andino*. Quito: Huapóni.
- . (2018). *La utopía andina: Los derechos de la naturaleza y el buen vivir desde la literatura, el derecho y las ciencias sociales*. Madrid: Akal.
- BAUMAN, Zygmunt (2015). *Modernidad líquida*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- BERRY, Thomas (1999). *The great work: Our way into the future*. Nueva York: Three Rivers.
- BETTO, Frei (1999). *La obra del artista: Una visión holística del universo*. Madrid: Trotta.
- BOBBIO, Norberto (1997). *El tercero ausente*. Madrid: Cátedra.
- BREILH, Paz y Jaime Miño (2006). *Epidemiología crítica: Ciencia emancipadora e interculturalidad*. Río de Janeiro: Fiocruz.
- CAPRA, Fritjof y Pier Luigi Luisi (2014). *The systems view of life: A unifying vision*. Londres: Cambridge.
- CULLINAN, Cormac (2011). *Wild law: A manifesto for Earth justice*. Vermont: Chelsea Green.
- DESCARTES, Renato (1983). *Discurso del método*. Barcelona: Orbis.
- DUSSEL, Enrique (2000). «Europa, modernidad y eurocentrismo». En Eduardo Lander (editor), *La colonialidad del saber: Eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Caracas: Unesco-FACES.
- EACHEVERRÍA, Bolívar (2011). *La modernidad de lo barroco*. Ciudad de México: Biblioteca Era.
- FERRAJOLI, Luigi (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

- GIRALDO, Omar Felipe (2014). *Utopías en la era de la supervivencia: Una interpretación del buen vivir*. Ciudad de México: Ítaca.
- GOODALE, Mark (2009). *Surrendering to utopia: An Anthropology of human rights*. Redwood: Stanford University Press.
- HARVEY, David (2014). *Diecisiete contradicciones y el fin del capitalismo*. Quito: IAEN.
- KLEIN, Naomi (2007). *The shock doctrine: The rise of disaster capitalism*. Nueva York: Picador.
- . (2014). *This changes everything: Capitalism vs. climate*. Nueva York: Penguin Books.
- KOLBERT, Elizabeth (2015). *The sixth extinction: An unnatural history*. Nueva York: Henry Holt Company.
- LAVAL, Christian y Pierre Dardot (2015). *Común: Ensayo sobre la revolución del siglo XXI*. Barcelona: Gedisa.
- MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier (2003). *Los pueblos indígenas y el discurso de los derechos*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- . (2004). *Exclusión y victimización: Los gritos de los derechos humanos en la globalización*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- . (2005). *La cultura como derecho en América Latina: Ensayo sobre la realidad post-colonial en la globalización*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- MOYN, Samuel (2010). *The last utopia: Human rights in history*. Cambridge: Harvard University Press.
- NOGUERA, Alberto (2012). *Utopía y poder constituyente: Los ciudadanos ante los tres monismos del Estado neoliberal*. Madrid: Sequitur.
- QUIJANO, Aníbal (2011). «Bien vivir: Entre el desarrollo y la des/colonialidad del poder» En *Centro Andino de Acción Popular: Acerca del buen vivir*. Quito: CAAP.
- RENDUELES, César (2015). *Capitalismo canalla: Una historia personal del capitalismo a través de la literatura*. Bogotá: Seix Barral.
- RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia (2005). «Vive usted en un mundo civilizado? El desarrollo sostenible desde el discurso de los derechos humanos». *Revista de Humanidades: Tecnológico de Monterrey*, 18: 261-270. Disponible en <https://bit.ly/31Aeiw>.
- . (2010). *La nueva generación de derechos humanos: Origen y justificación*. Madrid: Dykinson.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2003). *Crítica de la razón indolente: Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- . (2014). *Derechos humanos, democracia y desarrollo*. Bogotá: Dejusticia.
- SARAMAGO, José (1998). *Ensayo sobre la ceguera*. Madrid: Alfaguara.
- SINGER, Peter (2009). *Animal liberation: The definitive classic of the Animal Movement*. Nueva York: Harper Perennial.

- SWIMME, Thomas y Mary Evelyn Tucker (2011). *Journey of the universe*. New Haven: Yale University Press.
- TSE, Lao (2017). *Tao Teh Ching*. Madrid: Biblok Book.
- WILCZEK, Frank (2016). *El mundo como obra de arte: En busca del diseño profundo de la naturaleza*. Barcelona: Crítica.
- WRIGHT, Erik Olin (2010). *Envisioning real utopias*. Nueva York: Verso.
- ZIZEK, Slavoj (2005). *El sublime objeto de la ideología*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Sobre el autor

RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA es abogado y juez de la Corte Constitucional del Ecuador. Doctor en Sociología Jurídica por la Universidad del País Vasco, España. Máster en Derecho por la Universidad de Columbia, Estados Unidos. Máster en Sociología Jurídica por la Universidad del País Vasco-Instituto Internacional de Sociología Jurídica (Oñati). Abogado y licenciado en Ciencia Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Docente de planta del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador. Sus correos electrónicos son ramiro.avila@uasb.edu.ec y ravila67@gmail.com.

I BIENAL LATINOAMERICANA DIDH

Derechos indígenas a los recursos naturales, al agua y al medio ambiente en el derecho internacional

Indigenous rights to natural resources, water and the environment in international law

Nancy Yáñez Fuenzalida

Universidad de Chile

RESUMEN Este artículo analiza los desarrollos normativos y estándares generados en el derecho internacional de los derechos humanos respecto del entorno y los derechos indígenas sobre sus territorios y recursos naturales. A partir del análisis del Convenio 169 y de la evolución de los estándares en el seno del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se verifica que el derecho internacional reconoce el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales y, como consecuencia, el derecho sobre los recursos naturales que han sido tradicionalmente usados para su supervivencia, desarrollo y prosecución de su sistema de vida y costumbre. Sin embargo, a partir de jurisprudencia reciente del Sistema, se observa el desarrollo de estándares específicos de derechos ambientales a pueblos indígenas, con el derecho al medio ambiente reconocido como un derecho autónomo que implica la protección de la naturaleza en sí misma y los elementos que la componen, independiente de si hay afectación directa a las personas como consecuencia del daño ambiental. También es relevante la relación que se observa en el derecho internacional entre identidad cultural y medio ambiente, para asegurar las formas de vida tradicionales de los pueblos indígenas, su soberanía alimentaria y su sustentabilidad hídrica.

PALABRAS CLAVE Pueblos indígenas, territorio, recursos naturales, medio ambiente, derecho de la naturaleza, identidad cultural, soberanía alimentaria, derecho al agua y la sustentabilidad hídrica.

ABSTRACT This article analyses the normative developments and standards generated in international human rights law with respect to the environment and the rights of indigenous peoples over their territories and natural resources. Following the analysis of Convention 169 and the evolution of standards within the Inter-American System of Human Rights (ISHR), it is verified that international law recognizes the right of indigenous peoples to property over their ancestral territories and, as a consequence, the right to natural resources that have been traditionally used for their survival, devel-

opment and the continuation of their system of life and custom. However, recent ISHR jurisprudence shows the development of specific standards of environmental rights for indigenous peoples, recognizing the right to the environment as an autonomous right that implies the protection of nature itself and the elements that comprise it, regardless of whether there is a direct impact on people as a result of environmental damage. Also relevant is the relationship observed in international law between cultural identity and the environment, in order to ensure the traditional ways of life of indigenous peoples, their food sovereignty, and water sustainability.

KEYWORDS Indigenous peoples, territory, natural resources, environment, right to nature, cultural identity, food sovereignty, right to water and water sustainability.

Introducción

En el presente artículo analizaremos los desarrollos normativos y estándares generados en el derecho internacional de los derechos humanos respecto del entorno y los derechos indígenas sobre sus territorios y recursos naturales.

En primer lugar, hacemos un análisis de los instrumentos de derecho internacional que regulan los derechos indígenas al territorio, la tierra, los recursos naturales y el medio ambiente. A continuación, recogemos los estándares generados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en base al derecho de propiedad indígena respecto a la tierra y los recursos naturales, y la evolución que ha tenido el reconocimiento del derecho al medio ambiente de los pueblos indígenas. Finalmente, incorporamos un acápite de conclusiones que evidencia los importantes avances en el reconocimiento de estos derechos en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos y, en particular, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, relevando la evolución del derecho al medio ambiente como derecho autónomo y, asimismo, la interrelación del derecho con la integridad cultural indígena, el derecho a la alimentación adecuada y el derecho al agua.

Marco normativo de derecho internacional sobre derechos indígenas al territorio, la tierra, los recursos naturales y el medio ambiente

El derecho internacional reconoce el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales y, como consecuencia, el derecho sobre los recursos naturales existentes en esos territorios, que han sido tradicionalmente usados para su supervivencia, desarrollo y prosecución de su sistema de vida y costumbre.¹ Así se

1. «Informe de derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales», Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009.

expresa en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) —en el que se reconocen derechos específicos en este ámbito a los pueblos indígenas—, la Declaración Universal de Derechos Indígenas y otros instrumentos de derechos humanos de aplicación general, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP), el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PDESC), y la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre la base de los cuales se han amparado los derechos territoriales indígenas por medio de la interpretación evolutiva que de ellos han hecho los tribunales internacionales y los órganos encargados de su aplicación.²

El Convenio 169 reconoce el derecho al medio ambiente, la subsistencia, el desarrollo y la protección de los recursos naturales. El Convenio 169, artículos 4.1 y 7.4, impone a los Estados la obligación de adoptar medidas para proteger el medio ambiente indígena. En este plano, es obligación de los gobiernos velar por que se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos indígenas, que permitan determinar los impactos sociales, espirituales, culturales y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo puedan generar en estos pueblos (artículo 7.3). Se reconoce los derechos de subsistencia de los pueblos indígenas, y en particular se dispone que la artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca y la recolección, entre otras, sean reconocidas como factores importantes para el mantenimiento de la cultura, su autosuficiencia y desarrollo económicos, por lo que es obligación de los gobiernos velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades (artículo 23). El derecho al desarrollo de los pueblos indígenas, acorde con el artículo 7.1 del Convenio 169, se estructura en torno al derecho a la libre determinación salvaguardando la facultad de estos pueblos a establecer sus prioridades en materia de desarrollo, cuestión de extrema relevancia cuando este modelo colisiona con el que pretende imponer el Estado, por cuenta propia o de particulares, y en el que se disputa el control sobre los recursos naturales en los territorios indígenas. El artículo 15.1 reconoce los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras e impone al Estado la obligación de proteger especialmente estos derechos y garantizar la participación indígena en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. Se dispone, sin embargo, que si la propiedad de estos recursos pertenece al Estado conforme a la legislación doméstica, se deben adoptar medidas para proteger y preservar los territorios de los pueblos indígenas, como consulta previa,

2. La Corte IDH, en la sentencia del caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni con Nicaragua*, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 79, 31 de agosto de 2001. párr. 148, estableció esta tendencia jurisprudencial que implica una interpretación evolutiva de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) a la luz de otros instrumentos de derechos humanos, basado en el artículo 29 letra b) de la CADH, que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos.

libre e informada; participación en los beneficios de la explotación y la compensación por los daños (artículo 15.2) (Yáñez, 2014).

Estos derechos también han sido reconocidos en el artículo 8 letra j) de la Convención sobre Biodiversidad y en la Agenda 21, capítulo 26, ambos instrumentos adoptados en el marco de la Conferencia Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992.³

El artículo 8, inciso j, impone a los Estados una obligación específica de respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica con participación (Yáñez, 2014). La Agenda 21, por su parte, «sobreentiende que el término “tierras” abarca el medio ambiente de las zonas que esas poblaciones ocupan tradicionalmente» (párrafo 26.1).

Estándares Interamericanos respecto al derecho de propiedad indígena a las tierras, a los recursos naturales y el derecho al medio ambiente

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la propiedad comunal indígena a las tierras y recursos naturales, aplicando el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁴ Este reconocimiento se ha dado en el

3. Documentos generados en el seno de Naciones Unidas o en el marco del decenio Internacional para la Acción «El agua fuente de vida, 2005-2015», plan de aplicación de las decisiones de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo, 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002; Declaración Ministerial del Foro Mundial del Agua de Kioto, 22 y 23 de marzo de 2003, «Mensaje del Lago Biwa y de la Cuenca del Río Yodo»; Declaración de la conferencia organizada por el Programa de Medio Ambiente de Naciones Unidas en Nairobi, 17 de enero de 2006, Worker's initiative for a Lasting Legacy (WILL, por sus siglas en inglés), 2006.

4. La Corte IDH, en sentencia del caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni con Nicaragua*, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 79, 31 de agosto de 2001, párr. 148, reconoció el valor de la propiedad comunal de los pueblos indígenas a la luz del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo, reconoció la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aun a falta de título, como fundamento de su propiedad sobre ellas; y, finalmente, estableció la necesidad de que la estrecha relación que los indígenas tienen con sus tierras sea reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Esta jurisprudencia se ha ratificado en una multiplicidad de casos: sentencia del caso *Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 125, 17 de junio de 2005, párr. 137; sentencia del caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa con Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 146, 29 de marzo de 2006, párrs. 118, 121; sentencia del caso *Pueblo Saramaka con Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 172, 28 de noviembre de 2007, párr. 120; sentencia del caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek con Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 214, 24 de agosto de 2010, párr. 85; sentencia del caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku con Ecuador*, fondo y reparaciones, serie C núm. 245, 27 de junio de 2012, párr. 145.

marco de las disputas generadas por el control de los recursos naturales, bosques, agua y minerales, entre otros, existentes en los territorios donde habitan los pueblos indígenas y tribales. Esta disputa se acentúa debido a la colisión de derechos entre el reconocimiento de la propiedad indígena y los derechos de los Estados, a quienes las normas constitucionales o legales en el derecho doméstico les asignan la propiedad de los recursos naturales del subsuelo y de los recursos hídricos.⁵

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se hace cargo de esta situación asumiendo, en concordancia con lo establecido en el artículo 15.2 del Convenio 169, que si bien es legítimo que los Estados se reserven formalmente la propiedad de los recursos del subsuelo y del agua, esto no implica desconocer el derecho de los pueblos indígenas o tribales a ser respetados en relación con el proceso de exploración y extracción de recursos del subsuelo o recursos hídricos, ni tampoco implica que las autoridades estatales tengan plena libertad para disponer de dichos recursos a su discreción (Yáñez, 2014). Por el contrario, se sostiene, la jurisprudencia interamericana ha identificado derechos de los pueblos indígenas y tribales que los Estados deben respetar y proteger cuando pretendan extraer los recursos del subsuelo o explotar los recursos hídricos, y que incluyen el derecho a un medio ambiente seguro y sano, el derecho a la consulta previa y, en ciertos casos, al consentimiento informado, el derecho a la participación en los beneficios del proyecto, y el derecho de acceso a la justicia y a la reparación.⁶

Los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y tribales se extienden a los recursos naturales presentes en sus territorios, como una consecuencia necesaria del derecho de propiedad territorial⁷ y en clara correspondencia con la noción de territorialidad indígena acuñada por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.⁸ La Corte IDH ha determinado que la protección de la propiedad indígena sobre los recursos naturales es necesaria para mantener sus formas de vida y costumbres. Por ello, la protección se extiende también a los derechos culturales e impone la obligación de garantizar actividades indígenas relacionadas con los recursos naturales como la pesca, la caza o la recolección.⁹

5. «Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos», Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 diciembre 2009, párr. 179 y 180.

6. «Derechos de los pueblos...», párr. 180.

7. Sentencia del caso *Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay*, párrs. 124, 137; sentencia del caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya con Paraguay*, párrs. 118, 121; sentencia del caso *Pueblo Saramaka con Surinam*, párr. 122, subtítulo D. Corte IDH Caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku con Ecuador*, párr. 146.

8. «Derechos de los pueblos...», párr. 182.

9. «Derechos de los pueblos...», párr. 184; sentencia del caso *Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay*, párr. 154; sentencia del caso *Xkamok Kasek con Paraguay*, Corte Interamericana de Derechos

En 2005 (caso *Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay*), la Corte IDH estableció que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio que la propiedad, relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida.¹⁰ El fallo concluye que los peticionarios, miembros de la comunidad yakye axa, viven en condiciones de miseria extrema como consecuencia de la falta de tierra y acceso a recursos naturales, y que por ello ven imposibilitado el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como a agua limpia y servicios sanitarios, lo que constituye una infracción por parte del Estado de Paraguay a la luz de los derechos garantizados por la Convención.¹¹

También se ha pronunciado el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre el derecho a la integridad ambiental (Yáñez, 2014). A este respecto, la CIDH plantea que si bien la protección del medio ambiente no está reconocida en forma expresa en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ni tampoco en la Convención Americana de Derechos Humanos, varios derechos de rango fundamental como el derecho a la vida, a la seguridad y la integridad física y a la salud requieren como precondition necesaria para su ejercicio una calidad medioambiental mínima, por lo que la contaminación y degradación del medio ambiente amenaza estos derechos.¹²

En un fallo reciente, la Corte Interamericana de Derechos se pronuncia sobre los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a parti-

Humanos, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 214, 24 de agosto de 2010, párr. 113; sentencia del caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku con Ecuador*, párr. 148.

10. Sentencia del caso *Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay*, párr. 146. A esta misma conclusión arriba la Corte IDH en el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku con Ecuador*, párr. 147.

11. Sentencia del caso *Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay*, párr. 164.

12. La CIDH se ha pronunciado sobre esta materia en una multiplicidad de informes sobre la situación de derechos humanos en los países partes del Sistema Interamericano. Véase «La situación de los derechos humanos en Cuba: Séptimo informe», OEA/Ser.L/V/II.61, Doc.29 rev. 1, 4 de octubre de 1983, en los párrs. 1, 2, 41, 60 y 61, se pronunció sobre la relación entre la protección del medio ambiente y el derecho a la salud, para el cual es necesaria la provisión de agua, servicios de higiene y saneamiento y de disposición de residuos; «Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador», OEA/Ser.L/V/II.96, Doc.10 rev.1, 24 de abril de 1997; «Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia», OEA/Ser.L/V/II.102, Doc.9 rev.1, 26 de febrero de 1999; «Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay», OEA/Ser.L/VII.110, Doc.52, 9 de marzo de 2001; «Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia», OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007; «Democracia y derechos humanos en Venezuela», OEA/Ser.L/V/II, Doc.54, 30 de diciembre de 2009. La Corte IDH se ha pronuncia sobre el derecho a la integridad ambiental en el caso *Pueblo Saramaka con Surinam*.

cipar en la vida cultural, aplicando el artículo 26 de la Convención.¹³ Haciendo un análisis sistemático entre la Convención y la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reconoce que el derecho al medio ambiente sano se entiende incluido en el artículo 26 de la Convención y que dimana de la obligación de los Estados de alcanzar el «desarrollo integral» de sus pueblos,¹⁴ según lo establecen los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta de la OEA.¹⁵

Precisando el alcance y contenido sustantivo del derecho al medio ambiente, el fallo se remite a su Opinión Consultiva OC-23/17, relevando que se trata de un derecho autónomo que protege los componentes del ambiente, como bosques, mares, ríos y otros. Protege la naturaleza y sus componentes, como intereses o bienes jurídicos en sí mismos, aun cuando no se tenga certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas. Se trata de proteger la naturaleza y su utilidad respecto de todos los organismos vivos del planeta, no solo respecto de los seres humanos. La Corte IDH precisa que, no obstante que el derecho al medio ambiente es un derecho autónomo, es incuestionable que otros derechos humanos puedan ser vulnerados como consecuencia de daños ambientales y, de igual modo, deben ser salvaguardados (párrafo 203).

El Estado tiene, respecto de este derecho, la obligación de respeto y de garantía, de modo que prevenga vulneraciones de terceros. Se consigna que esta obligación de prevenir daños ambientales forma parte del derecho internacional consuetudinario. Se establece que los estándares exigibles al Estado para la aplicación del principio de prevención, frente a actividades potencialmente dañosa al medio ambiente, son: i) regular; ii) supervisar y fiscalizar; iii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; iv) establecer planes de contingencia, y v) mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental (párrafo 208).

La debida diligencia supone hacerse cargo de la circunstancia que las problemáticas ambientales pueden afectar de modo diferenciado a pueblos, grupos y personas en condición de vulnerabilidad, como los pueblos indígenas, quienes dependen para su economía y supervivencia de la integridad de los recursos ambientales que configuran su hábitat (párrafo 209).

Sobre el contenido del derecho a la alimentación, la Corte IDH se sustenta en la Observación General 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), el que señaló que el «contenido básico» del derecho a la alimentación

13. Sentencia del caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) con Argentina*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C núm. 400, 6 de febrero de 2020, párr. 201.

14. Nancy Yáñez, «Caso *Lhaka Honhat*: Los avances del Sistema Interamericano de Derechos Humanos», *Debates Indígenas*, 1 de mayo de 2020, disponible en <https://bit.ly/2E8RCw8>.

15. Sentencia del caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) con Argentina*, párr. 202.

comprende «la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada», y «la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos» (párrafo 218).

El fallo releva los componentes culturales del derecho y su incidencia en la conceptualización de los estándares de *adecuación y seguridad alimentaria*, que son propios del derecho.¹⁶ En el mismo sentido, la Corte IDH se pronunció sobre el derecho al agua¹⁷ y fijó sus contenidos normativos según lo establecido por el Comité DESC en la Observación General 15.¹⁸

Lo más novedoso de esta jurisprudencia es el análisis sistemático que la Corte IDH hace de los derechos mencionados en este acápite y su interdependencia,¹⁹ dimensionando la forma en que estos derechos (al agua, a la alimentación y a participar en la vida cultural) son particularmente vulnerables a las afectaciones ambientales.²⁰ De la misma forma, cabe connotar la sentencia en cuanto integra al análisis la necesaria relación entre identidad cultural y desarrollo integral de los pueblos, comunidades y grupos sociales del continente, según el marco normativo que provee la Carta OEA,²¹ precisando que «el derecho protege los rasgos distintivos que caracterizan a un grupo social, sin que ello implique negar el carácter histórico, dinámico y evolutivo de la cultura»,²² reconociendo la contribución de estos grupos en la definición de otra concepción de desarrollo.²³

Los Pactos de Derechos Humanos, Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP) y Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), a los que alude la Corte IDH en su reciente sentencia, reconocen que el derecho de los pueblos sobre sus recursos naturales está ligado al ejercicio del derecho de libre determinación y que ello constituye la piedra angular para articular sus estrategias de desarrollo.

16. Sentencia del caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) con Argentina*, párrs. 220-221.

17. Sentencia del caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) con Argentina*, párrs. 226-230.

18. Comité DESC, Observación General 15, el derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

19. Véase epígrafe B.1.2, «Interdependencia entre los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural y especificidades en relación con pueblos indígenas».

20. Yáñez, «Caso *Lhaka Honhat*».

21. Sentencia del caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) con Argentina*, párr. 231.

22. Sentencia del caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) con Argentina*, párr. 240.

23. Yáñez, «Caso *Lhaka Honhat*».

En efecto, el artículo 1, inciso segundo del PDCP y el mismo precepto del PDESC reconocen el derecho a la libre determinación de todos los pueblos y lo vinculan al derecho sobre los recursos naturales, al señalar que,

para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

También se reconoce el derecho a la cultura en el artículo 27, que dispone:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponda, en común con los demás miembros de su grupo a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Para interpretar los artículos 1 y 27 del PDCP, el Comité ha adoptado dos observaciones generales: Observación General 12 (1984), derecho de libre determinación (artículo 1); y la Observación General 23 (1994), derechos de las minorías (artículo 27). En la práctica, el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la protección de los recursos naturales indígenas para la preservación de su cultura aplicando el artículo 27 del PDCP, ya que el Comité se ha declarado incompetente para pronunciarse, bajo el mecanismo de quejas individuales que instaura el Protocolo Facultativo del PDCP, de violaciones al derecho de libre determinación.²⁴ Sin embargo, ha relevado la importancia del derecho de libre determinación «como condición esencial para la eficaz garantía y observancia de los derechos humanos individuales y para la promoción y fortalecimiento de esos derechos».²⁵

24. En el caso *Jefe Bernard Ominayac y miembros de la agrupación del Lago Lubicón con Canadá* (Com. 167/1984), Dictamen de 26/3/1990, párrs. 1, 2.1 y 2.3, se alegó la violación del derecho a la libre determinación y, en particular, el derecho de la comunidad indígena del lago Lubicón a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales y proveer al desarrollo económico, social y cultural. El Comité interpretó el protocolo facultativo en el sentido de que lo inhibe de conocer de presuntas violaciones al derecho a la libre determinación, razonando del siguiente modo: «El Comité reafirma que [...] el Pacto [...] reconoce y protege en los términos más enérgicos el derecho de un pueblo a la libre determinación y su derecho a disponer de sus recursos naturales, como condición esencial para la eficaz garantía y observancia de los derechos humanos individuales y para la promoción y fortalecimiento de esos derechos. No obstante, el Comité observa que el autor, como persona individual, no puede afirmar con arreglo al protocolo facultativo que es víctima de una violación del derecho a la libre determinación consagrado en el artículo 1 del Pacto, que trata de los derechos reconocidos a los pueblos como tales» (O'Donell, 2007: 860).

25. Comité de Derechos Humanos, Observación General 12, párr. 1.

El Comité de Derechos Humanos, basado en el artículo 27 del PDCP, ha salvaguardado las actividades económicas de los pueblos indígenas vinculadas al uso y aprovechamiento de recursos naturales cuando hacen parte de la cultura. Ha determinado que ello constituye un límite a la libertad económica de los Estados, los que no pueden disponer de estos recursos naturales si ello amenaza la integridad cultural de los pueblos indígenas, mientras que deben garantizar además el derecho de participación de los pueblos interesados.²⁶

La jurisprudencia generada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha establecido que en la medida de que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho de propiedad sobre los recursos naturales presentes en sus territorios ancestrales, los Estados deben tomar medidas efectivas, de acuerdo con sus patrones tradicionales de uso y ocupación, para asegurar la plena garantía del derecho.²⁷ En este contexto, se dispone expresamente que el reconocimiento del derecho propio indígena

26. La jurisprudencia más relevante en la materia está determinada por los siguientes casos: caso *Iván Kitok con Suecia* (Com. 197/1985), dictamen del 27 de julio de 1988, párr. 9.2; esta jurisprudencia es precursora en considerar la relación entre actividad económica del Estado y la cultura de una comunidad indígena, y proveer protección al amparo del artículo 27 del PDCP. Caso *Jefe Bernard Ominayac y miembros de la agrupación del Lago Lubicón con Canadá* (Com. 167/1984), dictamen del 26 de marzo de 1990, párrs. 32.2, 33; en este caso se estableció que las actividades económicas que forman parte de la cultura y el modo particular de vida de una comunidad indígena deben ser salvaguardadas de amenazas. Se determinó que «los derechos protegidos por el artículo 27 incluyen los derechos de las personas, en comunidad con otros, para comprometerse en actividades económicas y sociales que son parte de la cultura de la comunidad a la cual pertenecen». El Comité reconoció que la subsistencia y actividades económicas tradicionales de los pueblos indígenas son parte integrante de su cultura, y que la interferencia con esas actividades, en ciertos casos, podía ser perjudicial para su integridad cultural y supervivencia. Caso *Länman y otros con Finlandia* (Com. 511/1992), dictamen del 26 de octubre de 1994; la libertad económica del Estado se mide por la referencia a las obligaciones que impone artículo 27 del PDCP. Caso *Diergaardt y otros con Namibia*, (Com. 760/1997), dictamen del 25 de julio de 2000, párrs. 2.1, 2.3, 3.1 y 10.6; especifica que el derecho de los miembros de una minoría a disfrutar de su cultura conforme al artículo 27 comprende la protección de un modo particular de vida relacionado con el uso de los recursos de tierras mediante actividades económicas, como caza y pesca, especialmente en el caso de pueblos indígenas, por lo que es insuficiente para la aplicación del precepto acreditar exclusivamente el uso comunitario de tierras para pastoreo. Caso *Apirana Mahuika y otros con Nueva Zelanda* (Com. 547/1993), dictamen del 16 de noviembre de 2000; las actividades económicas entran en el artículo 27 del PDCP, cuando son un elemento indispensable en la cultura de una comunidad, en este caso las actividades pesqueras, aun cuando no se trate de actividades de subsistencia. Caso *Angela Poma Poma con Perú*, dictamen del 24 de abril de 2009; se determinó que las actividades económicas de valor cultural demandan participación en el proceso que involucra la extracción de recursos; la participación debe ser efectiva y se requiere el consentimiento libre, previo e informado de los miembros de la comunidad; la falta de consulta, estudios de impacto ambiental y medidas para minimizar e imposibilidad de seguir con la actividad comprometen de manera sustantiva el modo de vida y la cultura, párrs. 7.4; 7.5; 7.6; y 7.7 (Henderson, 2011).

27. «Derechos de los pueblos...», párr. 185.

por parte de las autoridades estatales y de los tribunales de justicia es una condición necesaria para que los pueblos indígenas puedan hacer valer sus derechos sobre los recursos naturales.²⁸ Estos derechos no pueden ser extinguidos o alterados por el Estado sin que se salvaguarden las garantías del derecho de propiedad que concurren en caso de expropiación²⁹ y, en todo caso, se respeten las garantías específicas de derechos indígenas, como son la consulta y, cuando corresponda, el consentimiento previo libre e informado.³⁰

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por medio de la jurisprudencia de la Corte IDH, ha establecido las siguientes obligaciones estatales en materia de derechos territoriales: i) deber de reconocer que la posesión de tradicional de las tierras indígenas por parte de los pueblos indígenas y tribales tiene efectos jurídicos homologables al título de dominio pleno que otorga el Estado e incluye el concepto de territorios; ii) deber de reconocer que dicha posesión tradicional otorga a los pueblos indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de la propiedad y su registro y el derecho a no ser trasladados; iii) deber de proceder a la demarcación, delimitación y titulación de las tierras indígenas; iv) deber de restituir, cuando corresponda, las tierras tradicionales a la comunidades, cuando por causas ajenas a su voluntad hayan salido de sus tierras tradicionales o perdido la posesión de las mismas y estas se encuentran en manos de terceros; v) deber de otorgar tierras alternativas de la misma extensión y calidad que las pérdidas, cuando en forma excepcional la restitución no fuera posible, las que deben acordadas libremente con las comunidades y sus legítimos representantes; vi) deber de indemnizar plenamente a las personas trasladadas y reubicadas como consecuencia de cualquier daño que hayan sufrido a causa del desplazamiento (Steiner y Fuchs, 2019: 632-634).

Tratándose de tierras indígenas no tituladas, la obligación internacional del Estado es demarcar y titular los territorios indígenas para proveer certeza jurídica sobre el dominio ancestral indígena. Antes de la demarcación y titulación de estos territorios —como ha consignado la Corte IDH—³¹ el Estado se debe abstener de cualquier tipo de actos que puedan afectar la integridad de los territorios indígenas.³²

La Corte IDH ha reconocido el derecho del Estado a subordinar el uso y goce de los bienes de propiedad indígena sobre la tierra y recursos naturales a los intereses de la sociedad, exigiendo en dichas circunstancia las condiciones impuestas por el artículo 21 de la CADH para la expropiación,³³ a saber: i) las restricciones a la pro-

28. «Derechos de los pueblos...», párr. 185.

29. «Derechos de los pueblos...», párrs. 229-231.

30. «Derechos de los pueblos...», párr. 186.

31. Sentencia del caso *Pueblo Saramaka con Surinam*, párr. 194.

32. Sentencia del caso *Pueblo Saramaka con Surinam*, párr. 196.

33. Sentencia del caso *Comunidad indígena Yakye Axa con Paraguay*, párrs. 144-145; sentencia del

piedad indígena deben ser establecidas previamente por ley; ii) sean necesarias; iii) proporcionales; iv) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática; v) previo pago de una justa indemnización.³⁴ De esta forma, se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 21.2 de la CADH, que dispone que «ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de una indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley». Una cuestión relevante es que la Corte IDH ha determinado que las condiciones expropiatorias concurren no solo en caso de total privación de un título de propiedad, sino también en el evento de privación parcial del uso y goce.³⁵

Como complemento a lo señalado, se ha establecido que los Estados violan los derechos de los pueblos indígenas a la propiedad cuando otorgan concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales, incluidos recursos hídricos, en territorios indígenas que no han sido delimitados, demarcados o titulados, por lo que deben abstenerse de otorgar concesiones mientras no se efectúe una consulta efectiva, se recabe el consentimiento previo libre e informado y se haga la titulación.³⁶ En estos casos, el retardo en el proceso de delimitación, demarcación o titulación opera como una agravante de la responsabilidad internacional del Estado, porque la Corte IDH exige que, concurriendo estas circunstancias, el Estado debe recabar el consentimiento, previo libre e informado.³⁷

caso *Ricardo Canese con Paraguay*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 111, 31 de agosto de 2004, párr. 96; sentencia del caso *Herrera Ulloa con Costa Rica*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 107, 2 de julio de 2004, párr. 127; sentencia del caso *Ivcher Bronstein con Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 74, 6 de febrero de 2001, párr. 155; sentencia del caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya con Paraguay*, párr. 137.

34. «Derechos de los pueblos...», párr. 230.

35. «Derechos de los pueblos...», párr. 231. Véase sentencia del caso *Pueblo Saramaka con Surinam*, párr. 127.

36. «Derechos de los pueblos...», párrs. 187-189. Esta posición está refrendada en los alegatos efectuados por la CIDH en la sentencia del caso *Awas Tingni con Nicaragua*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 79, 31 de agosto de 2001, párr. 140(j). También está recogida en una multiplicidad de informes de la CIDH: Informe 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 153; Informe 40/04, caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, 12 de octubre de 2004, párr. 194. La Organización Internacional del Trabajo, por su parte, se ha pronunciado sobre la consulta en caso de exploración o explotación de minerales u otros recursos naturales que se encuentren en las tierras o territorios indígenas. Asimismo, reconoce el derecho de los pueblos interesados a participar, siempre que sea posible, de los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de tales actividades (Aylwin, Meza-Lopehandía y Yáñez, 2014: 369).

37. La sentencia del caso *Pueblo Saramaka con Surinam*, párr. 194(a), estableció: «Hasta tanto no se lleve a cabo dicha delimitación, demarcación u otorgamiento de título colectivo respecto del territorio

La omisión estatal consistente en no tomar las medidas adecuadas³⁸ para salvaguardar los derechos indígenas sobre los recursos naturales viola los artículos 1 y 2 de la CADH.³⁹ Las acciones positivas suponen la implementación de estándares y regulaciones adecuadas, acorde con los compromisos estatales en el ámbito internacional y a su regulación interna.⁴⁰

Conclusiones

El análisis normativo y jurisprudencial evidencia notables avances en el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas sobre el entorno, sus territorios y recursos naturales. Es importante resaltar que, de la mano del desarrollo de estándares específicos de derechos ambientales y territoriales a pueblos indígenas, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha reconocido que el derecho al medio ambiente es un derecho autónomo que implica la protección de la naturaleza en sí misma y los elementos que la componen, independiente de si hay afectación directa a las personas como consecuencia del daño ambiental. También es relevante la relación que se observa en el derecho internacional entre identidad cultural y medio ambiente, que reconoce que la protección de los ecosistemas es fundamental para asegurar las formas de vida tradicionales de los pueblos indígenas, su soberanía alimentaria y su acceso pleno a las fuentes de agua que garantizan la sustentabilidad hídrica de sus territorios. El Sistema, a falta de disposiciones específicas respecto del derecho al medio ambiente sano, el derecho a la alimentación y el derecho al agua de los pueblos indígenas en la Convención, ha recurrido al *corpus iuris* de los derechos humanos

saramaka, Surinam debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo saramaka, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo».

38. En este punto resulta importante introducir en la discusión el significado de la idea jurídica de *igualdad* aplicada a la configuración teórica y dogmática de los derechos sociales. Según ella, la igualdad está determinada por un enunciado que está determinado por un contenido mínimo, que verifica la coherencia entre el criterio con arreglo al cual se mide la igualdad y de igual forma la desigualdad, y la finalidad de la medida que introduce la diferenciación, cuya coherencia o razonabilidad implica recurrir a criterios materiales externos al juicio de igualdad. Así concebida, la igualdad remite a un criterio histórico que se expresa en la Constitución que le sirve de marco y, en consecuencia, en el modelo de Estado al que adscribe (Escobar Roca, 2012: 337-362).

39. «Derechos de los pueblos...», párrs. 185, 189.

40. Los mecanismos son múltiples e incluyen el establecimiento de estándares de calidad, producción o emisiones; el licenciamiento o regulación de actividades riesgosas; la sanción penal de actividades dañinas al medio ambiente; instauración de incentivos o desincentivos económicos o regímenes de responsabilidad privada para prevenir daños ambientales o garantizar su compensación, etcétera. «Derechos de los pueblos...», párr. 203.

aplicables a los pueblos indígenas, conformado por los instrumentos internacionales de derechos humanos citados en este artículo y el artículo 26 de la Convención, para determinar sus alcances normativos por medio de una interpretación evolutiva de las fuentes de derecho internacional, lo que constituye un claro avance jurisprudencial.

Referencias

- AYLWIN, José, Matías Meza-Lopehandía y Nancy Yáñez (2013). *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: Lom.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo (2012). *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuter.
- HENDERSON, Humberto (2011). «La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre los derechos de pueblos indígenas». Ponencia presentada en el seminario Derechos Humanos e Interculturalidad: Hermenéutica y Jurisprudencia Internacional y Nacional. Santiago, 11 y 12 de noviembre de 2011.
- O'DONELL, Guillermo (2007). *Derecho internacional de los derechos humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Santiago: Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- STEINER, Christian y Marie Christine Fuchs (2019). *Convención Americana de Derechos Humanos: Comentario*. Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung. Disponible en <https://bit.ly/3gcDMWM>.
- YÁÑEZ, Nancy (2014). «Nuevos paradigmas para la interpretación jurídica del derecho de aguas en Chile a partir del enfoque de derechos fundamentales y lineamientos para una reforma institucional al modelo chileno de aguas». Tesis para optar al grado de doctor en Derecho, Universidad de Chile.

Sobre la autora

NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA es abogada de la Universidad de Chile. Directora del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Máster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Center for Civil and Human Rights, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos. Doctora en Derecho, Universidad de Chile. Especialista en derecho de los pueblos indígenas. Su correo electrónico es nyanez@derecho.uchile.cl.

I BIENAL LATINOAMERICANA DIDH

El Acuerdo de París sobre cambio climático y el proyecto de la ley marco en Chile: Entre el protagonismo y la denegación de los pueblos indígenas

*The Paris Agreement on climate change
and the framework law draft in Chile:
Between protagonism and denial of indigenous peoples*

Salvador Millaleo 

Universidad de Chile

RESUMEN Esta investigación se refiere al rol de los pueblos indígenas en el escenario mundial en las estrategias para enfrentar el cambio climático, debido a sus conocimientos ecológicos tradicionales, como ha sido consagrado en el Acuerdo de París, y que se ha reflejado en leyes nacionales en América Latina como las de México, Guatemala y Perú. Sin embargo, Chile lleva adelante un proyecto de ley marco sobre cambio climático que niega ese rol para los pueblos indígenas.

PALABRAS CLAVE Cambio climático, Acuerdo de París, pueblos indígenas, ley marco.

ABSTRACT This paper refers to the role of indigenous peoples on the world stage in strategies to confront climate change, due to their traditional ecological knowledge, as enshrined in the Paris Agreement, and which has been reflected in national laws in Latin America, for example in Mexico, Guatemala and Peru. However, Chile is currently carrying out a framework law draft on climate change that denies that role for indigenous peoples.

KEYWORDS Climate change, Paris Agreement, indigenous peoples, framework law.

Introducción

Este texto analiza cómo el Acuerdo de París sobre Cambio Climático ha establecido nuevas pautas respecto del rol de los pueblos indígenas en las estrategias para enfrentar el cambio climático en el mundo. Se presentan los motivos de por qué los pueblos indígenas buscaron tener protagonismo en este nuevo régimen internacional a partir de la lucha por el reconocimiento de la relevancia de los conocimientos ecológicos tradicionales de los pueblos indígenas. Por otra parte, se analizan los cambios más importantes que dicho nuevo régimen internacional ha significado para la implementación de estrategias estatales de cambio climático en América Latina, en especial en México, Guatemala y Perú. Por último, se analiza cómo la estrategia de Chile, a través del proyecto de ley marco sobre cambio climático, rompe con esas pautas y da la espalda a la participación de los pueblos indígenas.

El Acuerdo de París

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático 2015 (COP21) fue celebrada junto a la Undécima Conferencia de las Partes del Protocolo de Kioto (CMP11), en París, entre el 30 de noviembre y el 11 de diciembre de 2015. El resultado de dicha conferencia fue el Acuerdo de París.

El Acuerdo de París o Convención Marco sobre el Cambio Climático¹ señala, dentro de sus consideraciones:

Reconociendo que el cambio climático es un problema de toda la humanidad y que, al adoptar medidas para hacerle frente, las partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos, [...] los derechos de los pueblos indígenas.

Y luego:

Observando la importancia de garantizar la integridad de todos los ecosistemas, incluidos los océanos, y la protección de la biodiversidad, reconocida por algunas culturas como la Madre Tierra, y observando también la importancia que tiene para algunos del concepto de «justicia climática», al adoptar medidas para hacer frente al cambio climático.

En el articulado del Acuerdo se incluyó un reconocimiento de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas:

Las partes reconocen que la labor de adaptación debería llevarse a cabo mediante un enfoque que deje el control en manos de los países, responda a las cuestiones de género

1. Convención Marco sobre el Cambio Climático, 12 de diciembre de 2015, FCCC/CP/2015/L.9.

y sea participativo y del todo transparente, tomando en consideración a los grupos, comunidades y ecosistemas vulnerables, y que dicha labor debería basarse e inspirarse en la mejor información científica disponible *y, cuando corresponda, en los conocimientos tradicionales, los conocimientos de los pueblos indígenas y los sistemas de conocimientos locales, con miras a integrar la adaptación en las políticas y medidas socioeconómicas y ambientales pertinentes, cuando sea el caso* (artículo 7.5, el énfasis es nuestro).

En la misma conferencia COP21 hubo una alta visibilidad de los pueblos indígenas, facilitada por la concurrencia de más de 160 indígenas representativos a París para participar en las negociaciones, así como la existencia de un pabellón de los pueblos indígenas y una ceremonia de entrega de alto perfil del Premio Ecuatorial 2015 para resaltar la gestión indígena en los asuntos climáticos. Esto fue acompañado por una estrategia mundial de comunicaciones que remarcó la importancia global de los pueblos indígenas y sus derechos para enfrentar el cambio climático.²

Durante la COP21, los representantes indígenas señalaron cuatro grandes ejes de problemas relativos al cambio climático (Azpiroz, 2018: 227-228):

- Falsas soluciones: Basadas en mecanismos de mercado que presentan los países desarrollados, las multinacionales y las corporaciones, a las que se dan subsidios masivos y producen más víctimas, debido a los efectos adversos sobre los derechos humanos, el aspecto social, el uso de la tierra, la biodiversidad y los ecosistemas.
- El extractivismo: Los pueblos indígenas denuncian las actividades de empresas extractivas respecto de los recursos naturales y sus consecuencias en cuando a la contaminación, degradación de los suelos y otros elementos de la biodiversidad, enfermedades, crisis social y abusos hacia los pueblos indígenas.
- Falta de reconocimiento oficial y protección integral de los territorios indígenas: Se requiere el reconocimiento completo de la ocupación de un territorio ancestral y su uso colectivo por parte de cada pueblo indígena. Se exige la aplicación del derecho la autodeterminación, de acuerdo con la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
- No inclusión en el artículo 2 del Acuerdo de París de los derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas, así como de la equidad de género y los derechos de los trabajadores.

2. «Reflexión de la participación de los pueblos indígenas en la COP y las implicaciones del acuerdo de París», Foro Internacional de los Pueblos Indígenas sobre Cambio Climático, 11 de mayo de 2016, disponible en <https://bit.ly/2XMhKDS>.

Los resultados del Acuerdo de París fueron magros para los pueblos indígenas, pues no hubo un compromiso fuerte con sus derechos humanos. Según Adelman (2018: 19), el Acuerdo proporcionó una victoria marginal para quienes abogan por la construcción de puentes entre el régimen climático y el derecho de los derechos humanos. A pesar de ello, es claro que el Acuerdo de París hace varias referencias a los pueblos indígenas y afirma la necesidad de reconocer y respetar sus derechos, a diferencia del Protocolo de Kioto, que no hizo ninguna referencia.

Ahora bien, en el Acuerdo de París no se incluyó lo dispuesto en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, cuyo Principio 22 destaca el rol fundamental de los pueblos indígenas y sus comunidades en el manejo del medio ambiente y en el desarrollo gracias a sus conocimientos y prácticas tradicionales.

Asimismo, el Convenio de la Diversidad Biológica, en su artículo 8 letra j), reconoció en forma expresa el papel para la conservación de la diversidad biológica del conocimiento, las prácticas e innovaciones tradicionales de los pueblos indígenas.

En la Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra de Cochabamba en 2010, se había acordado lo siguiente:

Exigimos a los Estados que reconozcan, respeten y garanticen la efectiva aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas, en particular la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la OIT, entre otros instrumentos pertinentes, en el marco de las negociaciones, políticas y medidas para resolver los desafíos planteados por el cambio climático. En especial, demandamos a los Estados a que reconozcan jurídicamente la preexistencia del derecho sobre nuestros territorios, tierras y recursos naturales para posibilitar y fortalecer nuestras formas tradicionales de vida y contribuir efectivamente a la solución del cambio climático.

Demandamos la plena y efectiva aplicación del derecho a la consulta, la participación y el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas en todos los procesos de negociación, así como en el diseño e implementación de las medidas relativas al cambio climático.³

En los procesos internacionales de negociación, los pueblos indígenas habían logrado ser considerados una circunscripción dentro de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático en 2001 y como uno de los grupos de interés, con la capacidad de tener reuniones en la sede de la COP, en la forma de un *caucus*, y presentar declaraciones a las partes (Delgado, 2019). A partir del año 2000, funciona el Foro Internacional de los Pueblos Indígenas sobre Cambio Climático (IIPFCC), establecido como *caucus* participando en las reuniones COP desde 2008. Un logro de

3. «Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra», Organización de Estados Iberoamericanos, disponible en <https://bit.ly/2DQwDhc>.

la COP23 en Bonn en 2017 fue la conformación oficial de la plataforma de los pueblos indígenas, cuyo propósito es reforzar los conocimientos, las tecnologías, las prácticas y los esfuerzos de las comunidades locales y los pueblos indígenas para hacer frente al cambio climático, a fin de facilitar el intercambio de experiencias, mejores prácticas y lecciones aprendidas sobre la mitigación y la adaptación al cambio climático, a fin de mejorar la participación de pueblos indígenas y comunidades locales en los procesos de las COP.

Esta inclusión creciente ha sido un gran logro, toda vez que, a pesar del reconocimiento de sus derechos políticos, territoriales y culturales en el ámbito de Naciones Unidas, y de su posición única para contrarrestar el cambio climático, los pueblos indígenas habían tendido a ser excluidos de las arenas internacionales de discusión y decisión sobre las medidas e instrumentos para mitigar el cambio climático. La exclusión política, económica y epistemológica de los pueblos indígenas ha demorado su protagonismo en dichas discusiones (Comberti y otros, 2019).

Los pueblos indígenas habían participado intensamente —aunque con enfoques críticos— en la iniciativa REDD+,⁴ ya desde la cumbre de Bali de 2007. Esta iniciativa se orientaba hacia políticas e incentivos positivos con el objetivo de reducir las emisiones producto de la deforestación en los países en desarrollo, apoyando la función de conservación, la gestión sostenible de los bosques y el aumento de las reservas forestales de carbono. Estos enfoques fueron denunciados por los pueblos indígenas, ya que, al dar valor monetario a los bosques, han producido conflictos entre comunidades indígenas y el Estado, con exclusión de poblaciones locales de los procesos de implementación y de los beneficios, e incluso expulsiones de sus tierras.

En la actualidad, los pueblos indígenas son formalmente reconocidos dentro de las negociaciones respecto del cambio climático en Naciones Unidas como actores políticos que desempeñan tres papeles: poseedores de conocimiento, parte interesada especialmente vulnerable y protectores de la diversidad biológica, debido a su estrecha relación con la naturaleza (Lindroth y Sinevaara-Niskanen, 2013).

Conocimientos indígenas ecológicos y cambio climático

Los pueblos indígenas están en el epicentro de los efectos y de las soluciones disponibles respecto del cambio climático (Pearl, 2018: 724 y ss.). Por una parte, constituyen un grupo en especial vulnerable ante los efectos del cambio climático. Esto se debe a que las formas de vida propia de los pueblos indígenas están integradas en los ecosistemas que habitan, con lo que mantienen una relación de estrecha interdependencia con el medio ambiente.

4. Reducción de las Emisiones de la Deforestación y la Degradación de Bosques, disponible en <https://redd.unfccc.int>.

Lo anterior hace que los pueblos indígenas sean en particular vulnerables a los impactos del calentamiento antropogénico sobre el medio ambiente, debido a las historias de explotación de su entorno y el despojo colonial que han sufrido, así como por la irreversibilidad del daño climático. La deforestación amenaza los medios, la alimentación, el agua, la salud y la vida, intensifica la pérdida de territorios tradicionales y socava el acceso, uso y propiedad de la tierra y los recursos naturales. La contaminación de los mares y la sobreexplotación de la fauna marina afecta a las comunidades ribereñas que dependen de formas artesanales de pesca; la escasez de agua deteriora la habitabilidad en territorios indígenas (Abate y Kronk, 2013). La pérdida o alteración en los recursos de caza, pesca y agricultura tienen impactos negativos para la seguridad alimentaria y las formas de vida de los pueblos indígenas.

Las áreas administradas por los pueblos indígenas y las comunidades locales se enfrentan a una creciente extracción de recursos, producción, minería y transporte e infraestructura energética, con consecuencias para la subsistencia y salud local; incluso algunas políticas de mitigación del cambio climático tienen impactos negativos sobre los indígenas. Los impactos negativos incluyen la pérdida continua de subsistencia y los medios de vida tradicionales como resultado de la deforestación, la pérdida de humedales, la minería, la propagación de prácticas insostenibles de agricultura, silvicultura y pesca e impactos en la salud y el bienestar por la contaminación y la inseguridad del agua (IPBES, 2019: 14).

Por otra parte, el conocimiento íntimo y de largo aliento del entorno permite a los pueblos indígenas mantener formas de vida autosuficientes a largo plazo, con sistemas de gestión local mejor sintonizados, de manera que pueden ser considerados verdaderos «salvadores del clima» (Zvouloun, 2019). En efecto, las filosofías de los pueblos indígenas consideran a la naturaleza como un complejo integral y holístico, del cual forman parte de manera interrelacionada, interdependiente, con obligaciones y derechos recíprocos entre sí, de las cuales derivan su rol de guardadores y defensores del mundo natural (Galdámez y Millaleo, 2020).

La naturaleza gestionada por los pueblos indígenas y las comunidades locales está bajo presión creciente. Sin embargo, y aunque la diversidad biológica está disminuyendo en el mundo, en la práctica esto sucede con menos rapidez en las tierras de los pueblos indígenas (IPBES, 2019: 14). A pesar de una larga historia de uso de recursos, conflictos de conservación relacionados con la expansión colonial y apropiación de tierras indígenas para parques y usos económicos privados, los pueblos indígenas han manejado sus paisajes terrestres y marinos en formas que se ajustaron a las condiciones locales durante generaciones. Sus métodos de gestión a menudo permanecen compatibles y apoyan en forma activa la conservación de la biodiversidad (IPBES, 2019: 31).

Para el informe de la Plataforma Intergubernamental Científico-normativa sobre Diversidad Biológica y Servicios de los Ecosistemas (IPBES, por sus siglas en inglés),

una estrategia efectiva para confrontar el cambio climático consiste en reconocer el conocimiento, innovaciones, prácticas, instituciones y valores de los pueblos indígenas, y asegurar su inclusión y participación en la gobernanza del medio ambiente. Esto a menudo mejorará su calidad de vida y las posibilidades de conservación, restauración y uso sostenible de la naturaleza (IPBES, 2019: 18).

Gran parte del mundo silvestre y la biodiversidad se encuentra en áreas tradicionalmente administradas, poseídas, usadas u ocupadas por comunidades indígenas. Éstas han desarrollado formas de domesticación y mantenimiento de variedades locales adaptadas de cultivos, frutas y razas animales; han creado hábitats ricos en especies y alta diversidad de ecosistemas en sus paisajes culturales; han favorecido la identificación de plantas útiles y su cultivo en ecosistemas de alta diversidad; han llevado a cabo una gestión y monitoreo de especies silvestres, hábitats y paisajes para la vida silvestre; han restaurado tierras degradadas; han trabajado en la prevención de la deforestación en territorios indígenas reconocidos, y han ofrecido alternativas para las relaciones entre la humanidad y la naturaleza (IPBES, 2019: 31).

En general, los pueblos indígenas tienen la menor huella ecológica, pero soportan las cargas ambientales más pesadas.

Leyes de cambio climático en América Latina: México, Guatemala y Perú

A partir de las declaraciones y otros instrumentos adoptados sobre cambio climático a nivel mundial, se han desarrollado marcos legislativos en algunos países para normativizar las estrategias estatales de cambio climático. Según el estudio de Moraga y Meckievi (2016: 6), «si bien las motivaciones son diversas, todas parten de un denominador común: la necesidad de dejar atrás la ambigüedad de instrumentos no vinculantes, como planes y estrategias ministeriales, que poco poder efectivo les otorgan a las autoridades». Los países presentan diversos niveles de avance, con algunos alcanzando logros importantes con su legislación (PNUMA, 2015: 143). Esto es en particular evidente en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas. En varias leyes referidas al cambio climático, los pueblos indígenas comienzan a ocupar un rol cada vez más importante. Veremos algunos de estos rasgos en México, Guatemala y Perú.

En México, la Ley General de Cambio Climático, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2012 (reformada en 2019), señaló de manera escueta en su artículo 26, inciso segundo:

Al adoptar medidas para hacer frente al cambio climático, se deberán respetar irrestrictamente los derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones de vulnerabilidad y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional.

En la ley de Guatemala, Ley Marco para Regular la Reducción de la Vulnerabilidad, la Adaptación Obligatoria ante los Efectos del Cambio Climático y la Mitigación de Gases de Efecto Invernadero (Decreto Legislativo 7-2013), se consideran en el artículo 16 los conocimientos tradicionales, al exigir que las personas individuales o jurídicas, públicas o privadas del país, en la prestación de servicios y producción de bienes, consideren la variabilidad y el cambio climático, así como las condiciones propias de las diferentes regiones, incluidos los conocimientos tradicionales y ancestrales adecuados, aprovechando las tecnologías apropiadas limpias y amigables con el ambiente y con las condiciones ecológicas y biofísicas del país. Así también, deben adoptar nuevas prácticas, incluidas las provenientes del conocimiento tradicional y ancestral, que permitan una producción tal que no se vea afectada por los efectos del cambio climático, garanticen que la población del país cuente con la alimentación básica y minimice los procesos de degradación del suelo. Por otra parte, se contempla la integración de un representante de organizaciones indígenas en el Consejo Nacional de Cambio Climático (artículo 8).

Sin duda, la legislación que más profundiza el rol de los pueblos indígenas frente al cambio climático es la ley marco peruana (Ley 30.754, publicada en el Diario Oficial el 18 de abril de 2018), que fue elaborada considerando una importante participación de las organizaciones indígenas. Una de las características de esta legislación es que atiende de forma diferenciada a los pueblos indígenas y revalora sus prácticas y conocimientos para ayudar a conservar los ecosistemas y a combatir los efectos negativos del cambio climático.

La ley peruana plantea un enfoque integral para la gestión del cambio climático, que debe dialogar, valorar e incorporar las visiones culturales, conocimientos ancestrales y concepciones de bienestar de pueblos indígenas (artículo 3). El artículo 6.6 establece la responsabilidad del Ministerio del Medio Ambiente en promover y llevar a cabo investigación científica y desarrollo tecnológico para la mitigación y adaptación al cambio climático, a través de sus entidades adscritas y especializadas, tomando en consideración los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas u originarios. Así también, el artículo 17.3 señala que los programas y proyectos de conservación y manejo sostenible de bosques incorporen preferentemente prácticas y conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas u originarios.

La ley peruana reconoce el papel de los actores no estatales en la lucha contra el cambio climático, en especial la colaboración de los pueblos indígenas, junto con el sector privado y la sociedad civil, para proporcionar recomendaciones relacionadas con las acciones climáticas (Pinto-Bazurco, 2020: 91).

En el artículo 22 de la ley peruana se establece que el Estado salvaguarda el derecho de participación de los pueblos indígenas u originarios, respetando su identidad social, colectiva y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones, en la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de las políticas públicas y proyectos

de inversión referidos al cambio climático que los afecte, en lo que corresponda al Convenio 169 de la OIT.

El reglamento de dicha ley crea una plataforma climática indígena, la que servirá como un espacio de los pueblos indígenas para la gestión, articulación, intercambio, sistematización, difusión y seguimiento de sus propuestas de medidas de adaptación y mitigación, y de los conocimientos, prácticas y saberes tradicionales y ancestrales en cambio climático que contribuyen a la gestión integral del cambio climático, según el Acuerdo de París.

En el capítulo 4 sobre medidas de mitigación y adaptación, se incorpora la implementación de una educación ambiental con enfoque intercultural.

Proyecto de ley marco de cambio climático en Chile

El Convenio de París fue ratificado por Chile el 10 de febrero de 2017. A consecuencia de ello, el Gobierno del presidente Sebastián Piñera lanzó una consulta nacional durante 2018, que consistió en un proceso de participación y discusión para la elaboración de un anteproyecto de ley marco de cambio climático para Chile. Durante dicho proceso se celebraron talleres, diálogos y consultas públicas tanto en las regiones como en la capital, Santiago. Estos diálogos ciudadanos se celebraron en las dieciséis regiones del país (Biskupovik, Sepúlveda y Carmona, 2020: 2). Sin embargo, como señala Jessica Cayupi, claramente la convocatoria para los diálogos ciudadanos no se extendió a organizaciones ni comunidades indígenas, ni tampoco se les informó del proceso, con lo que se obvió el derecho de participación consagrado en el Convenio 169 y la obligación correlativa del Estado de asegurarlo (Cayupi, 2019).

Después del proceso participativo referido, el 13 de enero de 2020, el Gobierno ingresó al Congreso Nacional el proyecto de ley marco de cambio climático, Boletín 13.191-12.

El artículo 2 del proyecto de ley señala cuáles son los principios que inspirarán las políticas, planes, programas, normas, acciones y demás instrumentos que se dicten o ejecuten para enfrentar el cambio climático. Dentro de dichos principios se establece el principio de equidad. Por ella, se entiende el deber del Estado de procurar una justa asignación de cargas, costos y beneficios, con enfoque de género y especial énfasis en sectores, comunidades y ecosistemas vulnerables al cambio climático. No se establece allí ninguna referencia especial respecto de las comunidades indígenas.

Uno de los elementos que más resaltan de la norma propuesta consiste en la total ausencia de reconocimiento —y no digamos de protección— de los conocimientos ecológicos tradicionales de los pueblos indígenas.

Por cierto, esto tiene un contexto. En primer lugar, en Chile existe una protección muy débil de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, de manera que son apropiados por terceros en diversas formas sin consentimiento de los pue-

blos que los generaron y los mantienen. Apenas existe una prohibición en la Ley de Propiedad Industrial para impedir la constitución de derechos de patentes respecto de conocimientos tradicionales.

En segundo lugar, la protección de las tierras indígenas es también débil. Las tierras subsistentes están protegidas por la ley indígena (Ley 19.253), pero éstas representan menos de la mitad de las que el Estado tituló para los indígenas a fines del siglo XIX, mientras que las otras pasaron a terceros no indígenas, tanto por vías legales como ilegales. El mecanismo de recuperación de tierras instalado por la ley en 1993 ha operado a través de la compra en el mercado, mediante un sistema engorroso, dilatado y costoso, que solo ha podido recuperar una porción marginal de las tierras perdidas mientras ha operado.

A ello hay que agregar que los pueblos indígenas prácticamente no tienen derechos respecto de las áreas silvestres protegidas por el Estado que habitan. Salvo algunas excepciones, en que parques nacionales son administrados o coadministrados por los pueblos indígenas (Rapa Nui y Los Flamencos), la casi totalidad de las áreas son administradas por agencias estatales (la Corporación Nacional Forestal, Conaf).

A nivel internacional, se ha sostenido que los derechos de tenencia para los pueblos indígenas claros y seguros son esenciales para la gestión sostenible y la conservación efectiva de los bosques y otros ecosistemas ricos en carbono (turberas, praderas y humedales costeros). En virtud de esos derechos, los pueblos indígenas ven protegida su capacidad para ejercer su autogobierno, adaptarse a su entorno cambiante y administrar los ecosistemas de los que dependen al incentivar el mantenimiento y la restauración, y para resolver el riesgo de conflicto y apropiación ilegal por parte de otros (RRI, 2019).

Lo anterior nos lleva a precisar, en tercer lugar, que en Chile no se reconoce el derecho al autogobierno de los pueblos indígenas, de manera que sus poderes de gestión son limitados y solo están respaldados cuando tienen títulos de propiedad. Las consultas indígenas, por su parte, y a pesar de la incorporación en 2009 del Convenio 169 de la OIT, en materia ambiental están sumamente restringidas, toda vez que solo se aplican a aquellos proyectos que deben contar con un estudio de impacto ambiental, cuando los impactos posibles se pueden justificar como significativos; además, no son en realidad previos, por lo que operan cuando los proyectos de inversión no admiten con facilidad modificaciones, por lo que limitan solo a la discusión de reparaciones y mitigaciones.

Lo anterior se resume en que Chile es el país más atrasado en la región en materia de reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas, tanto que ni siquiera tienen reconocimiento a nivel constitucional. Ello se expresa en relaciones de tensión entre el Estado y los pueblos indígenas, que se han manifestado en una serie de observaciones de organismos internacionales de derechos humanos

—en varios ámbitos— por las afectaciones a sus derechos humanos; e incluso condenas, como la del caso *Lonkos* en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2014.⁵

Estos factores han sido determinantes en que Chile se margine de las tendencias globales y de los modelos regionales para permitir el necesario protagonismo de los pueblos indígenas en las estrategias de cambio climático.

Sin duda, lo más crítico es la falta de protección de los conocimientos ecológicos tradicionales, lo cual es coincidente con que el proyecto de ley marco chileno no los considere como factores valiosos para su transferencia y aplicación en el resto de la sociedad. Así, tampoco se rescata su importancia para la educación ambiental.

La referencia al respeto a los derechos de los pueblos indígenas no aparece en ninguna parte del proyecto, ni siquiera en su fundamentación. Tampoco hay un enfoque diferenciado para sus especiales condiciones como sujetos vulnerables a los efectos negativos del cambio climático.

Esto se ve acompañado por la falta de participación de los pueblos indígenas en materias de acción climática. En efecto, el artículo 31 del proyecto señala que toda persona o agrupación de personas tendrá derecho a participar, de manera informada, en la elaboración, revisión y actualización de los instrumentos de gestión del cambio climático, mediante los mecanismos provistos para ello en la ley. El proyecto, por cierto, no contempla mecanismos diferenciados de participación de los pueblos indígenas. Con ello, se vulnera el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que señala que los Estados tienen el deber de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar de manera libre, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les concierna.

En ninguna de las instancias de deliberación, consulta y participación que crea el proyecto de ley se incorporan a los pueblos indígenas, como el Comité Científico Asesor para el Cambio Climático y el Consejo Nacional para la Sustentabilidad y el Cambio Climático. Estas omisiones expresan una denegación de los derechos e intereses ambientales de los pueblos indígenas en Chile, y han sido cuestionadas y rechazadas por la lucha de las comunidades para proteger sus ecosistemas y formas de vida.

5. Sentencia del caso *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) con Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, fondo, reparaciones y costas, 29 de mayo de 2014.

Conclusiones

El Acuerdo de París reflejó, de una manera pálida, los derechos de los pueblos indígenas y su rol respecto de los efectos del cambio climático, la justicia ambiental y la correspondiente acción climática.

Ello es producto de un protagonismo que han ido tomando los pueblos indígenas en las negociaciones de los foros internacionales, en los que se ha reconocido su rol en el epicentro del cambio climático, como grupos especialmente vulnerables y como portadores de conocimientos tradicionales que permiten una mejor gestión de la diversidad biológica y protección de los ecosistemas en dicho contexto: la salvación climática.

Este proceso, difícil y lleno de límites y obstáculos, se ha reflejado de manera paralela o posterior en procesos estatales en que las legislaciones internas de diversos países procuran reflejar ese protagonismo de los pueblos indígenas en la acción climática. Los casos de México, Guatemala y Perú son muy ilustrativos al respecto.

En contraste con esas tendencias de transformación que provienen de la esfera internacional, Chile muestra un ejemplo disonante de extraña resistencia a los derechos e intereses ambientales indígenas, al denegar su rol en la acción climática. Esto, por cierto, se explica por las particularidades del caso chileno en cuanto al retraso de las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas.

Referencias

- ABATE, Randall y Elizabeth Kronk (2013). «Commonality among unique indigenous communities: An introduction to climate change and its impacts on indigenous peoples». En Randall Abate y Elizabeth Kronk (editores), *Climate change and indigenous peoples: The search for legal remedies* (pp. 3-18). Cheltenham: Edward Elgar.
- ADELMAN, Sam (2018). «Human rights in the Paris Agreement: Too little, too late?». *Transnational Environmental Law*, 7 (1): 17-36. DOI: [10.1017/S2047102517000280](https://doi.org/10.1017/S2047102517000280).
- AZPIROZ, María (2018). «Actores sociales en la Cumbre del Clima de París: El mensaje de pueblos indígenas, grupos religiosos, mujeres y jóvenes». *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 63 (233): 221-254. DOI: [10.22201/fcyps.2448492xe.2018.233.59458](https://doi.org/10.22201/fcyps.2448492xe.2018.233.59458).
- BISKUPOVIK, Consuelo, Macarena Sepúlveda y Rosario Carmona (2020). *Ley Marco de Cambio Climático y pueblos indígenas en Chile: Elementos para su incorporación*. Santiago: CIIR.
- CAYUPI, Jessica (2019). *Pueblos indígenas, actores claves en la gobernanza del cambio climático*. Santiago: Observatorio Ley de Cambio Climático para Chile, CR2, Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile.

- COMBERTI, Claudia, Thomas Thornton, Michaela Korodimou, Meghan Shea y Kimaren Ole Riamit (2019). «Adaptation and resilience at the margins: Addressing indigenous peoples' marginalization at International Climate Negotiations». *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, 61 (2): 14-30. DOI: [10.1080/00139157.2019.1564213](https://doi.org/10.1080/00139157.2019.1564213).
- DELGADO, Deborah (2019). *La participación de los pueblos indígenas en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático: De actores «tradicionales» a actores frente al Antropoceno*. Madrid: Fundación Carolina.
- GALDÁMEZ, Liliana y Salvador Millaleo (2020). «La naturaleza en la Constitución: Visiones indígenas y propuestas ante la crisis». *Acta Bioethica*, 26 (1): 51-60. DOI: [10.4067/S1726-569X2020000100051](https://doi.org/10.4067/S1726-569X2020000100051).
- IPBES, Plataforma Intergubernamental Científico-normativa sobre Diversidad Biológica y Servicios de los Ecosistemas (2019). *Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*. Bonn: IPBES Secretariat.
- LINDROTH, Marjo y Heidi Sinevaara-Niskanen (2013). «At the crossroads of autonomy and essentialism: Indigenous peoples in international environmental politics». *International Political Sociology*, 7 (3): 275-293. DOI: [10.1111/ips.12023](https://doi.org/10.1111/ips.12023).
- MORAGA, Pilar y Sol Meckievi (2016). *Análisis comparativo de legislación de cambio climático*. Santiago: CR2.
- PEARL, Alexander (2018). «Human rights, indigenous peoples, and the global climate crisis». *Wake Forest Law Review*, 53: 713-738. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3328592>.
- PINTO-BAZURCO, José (2020). *Los retos del cambio climático: Un estudio sobre las respuestas legales del Perú*. Lima: Universidad de Lima, Fondo Editorial.
- PNUMA, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (2015). *Aportes legislativos de América Latina y el Caribe en materia de cambio climático*. Ciudad de Panamá: PNUMA, Parlantino.
- RRI, Rights and Resources Initiatives (2019). *Secure indigenous peoples and community land rights as a nature-based solution to climate change*. Washington D. C.
- ZVOULOUN, Shy (2019). «Indigenous peoples as climate saviours, how defending indigenous rights could save the planet». *Leviathan*, 10 (1): 20-24.

Sobre el autor

SALVADOR MILLALEO es abogado, doctor en Sociología de la Universidad de Bielefeld, Alemania. Investigador en el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Su correo electrónico es smillaleo@derecho.uchile.cl.  <https://orcid.org/0000-0001-6559-4856>.

TERCERA PARTE

La persona latinoamericana: igualdad y no discriminación



I BIENAL LATINOAMERICANA DIDH

La protección constitucional y convencional de los migrantes

Constitutional and conventional protection of migrants

César Landa Arroyo 

Universidad Católica del Perú

RESUMEN En el presente artículo se medita sobre la situación de vulnerabilidad de las personas migrantes y los caminos que se deben recorrer para la consideración del derecho fundamental a migrar. En tal sentido, se rescatan los principales estándares interamericanos para su protección, así como la actuación de la justicia constitucional peruana en el actual contexto del *ius constitutionale commune*. Por último, se hace un balance jurisprudencial del diálogo interjudicial en la garantía de los derechos de los migrantes y se revalora la importancia del *ius migrandi* frente al caso venezolano.

PALABRAS CLAVE Migrantes, control de convencionalidad, *ius constitutionale commune*, estándares interamericanos, derecho a migrar.

ABSTRACT This article reflects on the situation of vulnerability of migrants and the paths that must be followed in order to consider the fundamental right to migrate. In this sense, the main inter-American standards for their protection are rescued, as well as the performance of the Peruvian constitutional justice in the current context of the *ius constitutionale commune*. Finally, a jurisprudential balance of the interjudicial dialogue in the guarantee of the rights of the migrants is made and the importance of the *ius migrandi* in the Venezuelan case is reevaluated.

KEYWORDS Migrants, conventionality control, *ius constitutionale commune*, inter-American standards, right to migrate.

Introducción

No hay democracia sin derecho, ni derecho sin democracia. El poder del Estado proviene del pueblo y las autoridades deben ejercerlo con limitaciones, evitando arbitrariedades e inspirándose en las leyes, la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. Esa es la base de toda gobernabilidad que pueda calificarse como «democrática».

A pesar de esto, la migración interna e internacional resulta a la fecha restringida por las políticas de seguridad que algunos Estados vienen adoptando a fin de, presuntamente, «asegurar» el orden interno de cada país, pues las personas migrantes —sean cuales fueren los motivos por los cuales deciden movilizarse hacia otro territorio— desafían el andamiaje jurídico y la institucionalidad democrática de los Estados receptores, basados en una legitimidad política de la soberanía de los Estados. Sin embargo, ésta no puede desconocer los derechos humanos de los migrantes.

Este grupo en situación de vulnerabilidad tiene derechos humanos universales de goce y de ejercicio en cualquier territorio. En el actual contexto de la migración venezolana a diferentes regiones de América Latina,¹ así como de la migración centroamericana hacia Estados Unidos,² se demuestra la especial trascendencia de derechos como libre tránsito, residencia, asilo, unidad familiar, nacionalidad y debido proceso, así como los derechos económicos, sociales y culturales.

En este sentido, es necesario advertir los principales estándares interamericanos de protección de los migrantes y la importancia que estos han tenido al momento de resolver casos en la judicatura constitucional peruana, en el marco del llamado *ius constitutionale commune*, y que resultan de similar relevancia para los demás altos tribunales de la región.

Lo señalado nos permitirá reflexionar sobre el debate doctrinario en torno al reconocimiento del derecho fundamental humano a migrar, el cual si bien en un principio fue ejercido por las antiguas potencias occidentales a fin de legitimar las conquistas y las colonizaciones (Ferrajoli, 2019: 34), en la actualidad merece ser repe-

1. «Refugiados y migrantes de Venezuela superan los cuatro millones: ACNUR y OIM», Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 7 de junio de 2019, disponible en <https://bit.ly/3fNWfsf>. Los países latinoamericanos acogen a la gran mayoría de venezolanos: Colombia ha recibido alrededor de 1,3 millones, seguido por Perú con 768.000, Chile con 288.000, Ecuador con 263.000, Argentina con 130.000 y Brasil con 168.000. México y los países de América Central y el Caribe también albergan un gran número de refugiados y migrantes de Venezuela.

2. María Rodríguez, «Estadísticas generales de inmigración en Estados Unidos», *Thought Co.*, 9 de febrero de 2019, disponible en <https://bit.ly/2EiiRs3>. Se señala que para finales del año 2018 había en Estados Unidos alrededor de 44 millones de inmigrantes, entre regulares e irregulares. Esta cifra supone que el 13,5% de la población proviene de otros lugares del mundo, y que uno de cada cinco inmigrantes elige a Estados Unidos como su destino final.

sando y protegido en el ámbito doméstico e interamericano, en el contexto de flujos migratorios masivos que se desarrollan en la región, para permitir una migración libre y segura de la ciudadanía.

Estándares interamericanos de protección de los derechos de los migrantes

Los derechos humanos son universales porque la persona humana, sin distinción de su origen nacional, nace libre e igual en dignidad. Así, nadie puede ser discriminado por razones de raza, sexo, color de piel, idioma, origen o cualquier otra índole, que constituyen las clásicas «categorías sospechosas» de discriminación.

La prohibición de discriminación se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en los pactos regionales, como la Convención Europea de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Carta Africana de derechos Humanos; así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención contra la Tortura, la Convención Internacional contra la Discriminación Racial, y la Convención para el Empleo y Familiares de los Migrantes, entre muchos otros instrumentos internacionales.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha encargado de promover y garantizar la eficacia del mandato de igualdad y no discriminación de las personas migrantes contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el artículo 24, a través de diversos informes temáticos, opiniones consultivas y casos contenciosos emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La tasa más alta de migración en América Latina es hacia los Estados Unidos, que llega a 75% del total que emigra de la región; por algo hay más de 59 millones de latinos, según el censo del año 2016, de los cuales 60% son mexicanos. Ello ha llevado a una corriente migratoria irregular que ha significado una serie de tratos discriminatorios y degradantes y que ha servido para un importante pronunciamiento de la Corte IDH a través de la OC-18/03.³

México formuló una consulta ante la Corte IDH sobre los derechos de los trabajadores migrantes, pues parte de la legislación de los Estados Unidos los trataba de manera discriminatoria, en especial en lo referido al ámbito laboral. Así, la Alta Corte consideró necesario iniciar su respuesta señalando que todos los ciudadanos tienen derecho a ser tratados de manera equitativa y sin distinciones injustificadas o arbitrarias, pues es un deber ineludible de los Estados el respetar el principio de la igualdad

3. «Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados», Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, serie A núm. 18, 17 de septiembre de 2003.

y no discriminación, en tanto es parte del *ius cogens* y, por ende, cualquier tratado o acto jurídico que vaya en contra de este será declarado nulo.

La Corte IDH decidió pronunciarse primordialmente por la situación de los «trabajadores inmigrantes indocumentados», es decir, de aquellas personas que llegan a un país a trabajar en forma irregular, sin las autorizaciones ni permisos respectivos. Estas personas están en situaciones graves, que los fuerzan a salir de sus países de origen para buscar mejoras económicas en otros lugares. Lamentablemente, su situación de vulnerabilidad aumenta en forma considerable cuando se toma en cuenta que su trabajo suele ser infravalorado en el mercado laboral, so pretexto de su condición de irregularidad. Así, muchas empresas o particulares se aprovechan de su apremiante situación para buscar provecho propio, con condiciones laborales adversas en extremo.

La condición de irregularidad no puede anular los derechos humanos inherentes a la condición del trabajador, pues estos derechos son consecuencia de la relación laboral existente. Por más que la persona esté en el país de manera irregular, esta situación no amerita o justifica tratos que atenten contra su dignidad. Por ello, no es justificable la contratación con condiciones laborales menos favorables frente a terceros que sí cuentan con una situación jurídica estable, sean nacionales u otros extranjeros. Así lo estableció de manera categórica la Corte IDH cuando señaló:

La calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral (OC-18/03, fundamento 134).

La Corte IDH recuerda que, por supuesto, nadie está en obligación de contratar a una persona que responda a estas características. Empero, si decide hacerlo, debe respetar los derechos laborales de los migrantes indocumentados que tengan un vínculo de trabajo con él o ella, pues se convierten en titulares de los derechos correspondientes, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular.

De esta manera, la Alta Corte, a través de su opinión consultiva, reforzó el principio de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral y en específico consideró la situación de migración irregular de los trabajadores de la región. Con posterioridad emitiría diversas opiniones consultivas de similar importancia, como la OC-21/14 sobre la protección de las niñas, niños y adolescentes en el marco de la movilidad humana,⁴

4. «Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional», Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14, serie A núm. 21, 19 de agosto de 2014.

y la OC-25/18, en la cual desarrolló el contenido convencional del derecho humano a buscar y recibir asilo, así como sus diversas modalidades, en el derecho internacional.⁵

Ahora bien, sin perjuicio de la importancia de las decisiones de la Corte IDH en ejercicio de su competencia consultiva, debemos rescatar también los informes emitidos por la Comisión Interamericana en el reconocimiento de la situación de especial vulnerabilidad de las personas migrantes y en la determinación de estándares para su protección efectiva.

Es el caso, por ejemplo, del informe temático «Movilidad humana: estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos», publicado el 31 de diciembre de 2015. En este informe, la CIDH aborda cuestiones de indudable relevancia, como la movilidad humana, la migración forzada en las Américas y las distintas categorías de especial protección, como los refugiados, solicitantes de asilo, víctimas de trata de personas, apátridas, migrantes internos y desplazados internos.

Por otro lado, los estándares interamericanos de protección de los derechos de los migrantes también están conformados por los principales pronunciamientos emitidos por la Corte IDH en el marco de su competencia contenciosa. Tres ejemplos relevantes de la amplia jurisprudencia de la Alta Corte lo conforman los casos *Vélez Loor con Panamá*, *Nadege Dorzema y otros con República Dominicana* y *Pacheco Tineo con Bolivia*.

El caso *Vélez Loor con Panamá*⁶ involucró a un ciudadano ecuatoriano, quien en 2002 fue retenido en el puesto policial de Tupiza (Panamá) por no contar con la documentación necesaria para permanecer en el país. La directora de migración dictó orden de detención en su contra, por lo que fue trasladado a un centro penitenciario. Se resolvió imponerse una pena de dos años de prisión por el quebrantamiento de las disposiciones del Decreto Ley sobre Migración. Después fue trasladado al centro penitenciario La Joyita. Al cabo de un año, la directora de migración resolvió dejar sin efecto la pena impuesta. Finalmente fue deportado hacia Ecuador, donde el señor Vélez Loor denunció haber sido víctima de actos de tortura y malos tratos en los diversos centros penitenciarios de Panamá.

La Corte IDH consolidó el famoso estándar relacionado a que el ingreso irregular a un país no constituye delito. Asimismo, evaluó la violación del derecho a la libertad personal, a la luz de la orden de privación de libertad arbitraria y la falta de recursos disponibles para cuestionar la legalidad de su detención. Asimismo, observó que el

5. «La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)», Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-25/18, serie A núm. 25, 30 de mayo de 2018.

6. Sentencia del caso *Vélez Loor con Panamá*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 218, 23 de noviembre de 2010.

procedimiento administrativo sancionatorio mediante el cual se le privó la libertad a Vélez Loor no cumplió con distintas garantías, como el derecho a ser oído y a contar con asistencia técnica letrada. Del mismo modo, la Corte advirtió que Vélez Loor no tuvo oportunidad de comunicarse con el consulado de su país ni tuvo acceso efectivo a la asistencia consular como componente del derecho a la defensa.

La Corte IDH consideró que el artículo 67 del Decreto Ley 16 emitido en sede interna era irrazonable y desproporcional (inconvenional), pues consagraba una sanción de carácter punitivo para los extranjeros que eludieran una orden de deportación previa y, por ende, daba lugar a detenciones arbitrarias. Además, el Tribunal Interamericano enfatizó la importancia de que los migrantes sean detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin, que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes.

Por su lado, en *Nadege Dorzema y otros*,⁷ la Corte IDH conoció el caso de treinta ciudadanos haitianos, entre los cuales se encontraban un niño y una mujer en estado de gravidez, que abordaron un camión rumbo a Santiago de los Caballeros en territorio dominicano. El camión pasó por el primer puesto de control sin ser detenido; sin embargo, al llegar al segundo puesto de control, un grupo de militares hizo señales para que se detengan, por lo que el camión desvió su marcha y se dirigió al poblado de Copey. En tal contexto, cuatro militares pertenecientes al Destacamento Operativo de Fuerza Fronteriza abordaron su patrulla e iniciaron la persecución del vehículo, que terminó con la volcadura del camión con muertos y heridos, a quienes detuvieron y llevaron a la frontera para expulsarlos a Haití.

La Corte IDH declaró violados los derechos a la vida e integridad personal de las víctimas, en mérito al excesivo uso de la fuerza militar y las ejecuciones extrajudiciales cometidas en perjuicio de las personas haitianas. Asimismo, se pronunció sobre la libertad personal y el derecho a la libre circulación y residencia, pues no se respetó ni garantizó el debido proceso en el marco de su detención, y sufrieron expulsión colectiva sin seguir los estándares internacionales en la materia ni los procedimientos previstos en la normativa interna.

En este punto, es importante recordar que la Corte IDH mencionó que un proceso que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero debe de garantizar, como mínimo:

- i) ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como:
 - a. la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra;

7. Sentencia del caso *Nadege Dorzema y otros con República Dominicana*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 251, 24 de octubre de 2012.

- b. la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación;
- ii) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y
- iii) la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada (fundamento 175).

Por último, el caso *Pacheco Tineo y otros*⁸ también ha sido de vital importancia en la línea jurisprudencial interamericana. En 2001, los miembros de la familia peruana Pacheco Tineo ingresaron a Bolivia de manera irregular. Las autoridades de migración tomaron nota de su situación migratoria y dispusieron medidas a fin de proceder a su expulsión al Perú. El señor Pacheco solicitó al Estado el reconocimiento del estatuto de refugiados a favor de él y los miembros de su familia; sin embargo, la solicitud fue rechazada. De tal manera, por decisión adoptada por las autoridades migratorias, la familia Pacheco Tineo fue devuelta a Perú.

En dicho caso, la Corte IDH desarrolló el contenido del derecho de buscar y recibir asilo, según el artículo 22.7 de la Convención Americana, lo cual no implicaba que debiera reconocerse el estatuto de refugiado a la persona solicitante, pero sí que la solicitud sea tramitada de acuerdo con el debido proceso. En tal sentido, la Corte advirtió que, en el caso en concreto, la familia Pacheco Tineo no contó con posibilidad alguna de conocer mínimamente las decisiones que habían sido proferidas respecto de su solicitud y su situación migratoria, pues la familia fue expulsada al día siguiente de la emisión de una resolución que no fue notificada y fue expedida en un plazo en exceso corto.

De tal manera, este caso es de especial importancia, pues la Corte IDH determinó un grupo de obligaciones a cargo de los Estados a fin de respetar las garantías del debido proceso en el trámite de reconocimiento del estatus de refugiado: acceso a asesoría y representación legal, incluyendo los servicios de un intérprete competente; respetar el debido procedimiento, que incluye una entrevista personal; las resoluciones deben estar debidamente fundamentadas; en las solicitudes de asilo debe garantizarse la protección de datos y la confidencialidad de la información; de rechazarse su solicitud, debe recibir información para recurrir en un plazo razonable; y la revisión debe tener efecto suspensivo y permitir la permanencia del solicitante hasta que la autoridad tome la decisión definitiva.

Sin perjuicio de los estándares interamericanos mencionados, es importante tener en cuenta la Resolución 2/18, aprobada el 2 de marzo de 2018 en Bogotá, mediante la cual la CIDH se pronunció sobre uno de los problemas de mayor preocupación actual: la migración forzada de personas venezolanas.

8. Sentencia del caso *Familia Pacheco Tineo con Bolivia*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 272, 25 de noviembre de 2013.

En tal sentido, la Comisión atendió a la grave crisis política, económica y social de Venezuela bajo el mandato de Nicolás Maduro, y a la dinámica migratoria venezolana en búsqueda de alimentos y medicamentos, lo cual se reflejaba en el alto número de migrantes irregulares y solicitantes de asilo en la región. Esta resolución es de especial importancia, ya que demuestra la preocupación por la implementación de políticas y medidas migratorias con mayores restricciones en perjuicio de las personas venezolanas en América Latina, y exhorta a los Estados a adoptar medidas como: i) el reconocimiento de la condición de refugio a personas venezolanas de acuerdo con la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984; ii) la adopción de respuestas colectivas de protección de las personas venezolanas; iii) el respeto del principio y derecho a la no devolución; iv) la implementación de mecanismos que permitan identificar a las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad; v) no criminalizar la migración de personas venezolanas e implementar medidas dirigidas a la lucha contra la discriminación y xenofobia, entre otras.

Dicha resolución, si bien no es estrictamente vinculante, constituye un llamado a la comunidad internacional a una respuesta regional e internacional —respetuosa de los derechos humanos— a la migración forzada de personas venezolanas y en el marco de la denominada «responsabilidad compartida», que incluso ha sido utilizada como parámetro de interpretación en la emisión de medidas cautelares por la misma CIDH.⁹

En virtud de lo mencionado, se procederá a continuación a evaluar el impacto que han tenido dichos estándares interamericanos en algunos casos resueltos por la judicatura constitucional peruana en el marco del *ius constitutionale commune* y el control de convencionalidad ejercido en la protección de los migrantes.

El Tribunal Constitucional peruano y la protección de los migrantes

Desde mediados del siglo XIX, las corrientes migratorias en el Perú fueron esporádicas pero muy definidas. Por ejemplo, para colonizar la selva central se promovió por parte del Estado el ingreso de 13.000 familias alemanas; a fin de suplir la abolición de la mano de obra indígena y la esclavitud de los afroperuanos, el Estado entregó en consignación la contratación de mano de obra china, los llamados «culíes», de los cuales alrededor de 100.000 llegaron a inmigrar. También se produjeron importantes flujos migratorios espontáneos de italianos, británicos y franceses, quienes contribuyeron con su arte, oficio o empresa a la modernización del Perú.

En el siglo XX, dados los conflictos nacionales, internacionales y mundiales, se iniciaron importantes corrientes migratorias, en particular desde Japón, como tam-

9. Convención Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 81/2018, medida cautelar 490-2018, M. B. B. P., respecto de Panamá, 15 de octubre de 2018.

bién de menor envergadura por árabes palestinos, así como de otros países europeos del Este. Frente a ello, a partir de 1930 los Gobiernos militares del Perú dispusieron la prohibición de ingreso al país de comunistas, anarquistas o nihilistas. A su vez, durante la Segunda Guerra Mundial se produjo la deportación de japoneses a Estados Unidos y la expropiación de las empresas alemanas.

Durante las décadas de los setenta y ochenta, los regímenes militares de América Latina, entre ellos el del Perú, reprimieron con mayor o igual impunidad a los extranjeros por medio del «plan Cóndor». Hubo casos de violaciones de derechos humanos que, durante los procesos democráticos de finales del siglo XX, pudieron ser juzgados y en algunos casos reparados, tanto a nivel de los tribunales nacionales y extranjeros como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Para el Perú, el fenómeno migratorio del siglo XXI es la migración venezolana, porque marca un hito para el Estado democrático y social, debido al volumen de familias que ingresan por razones humanitarias por causa de la grave crisis política y económica por la que atraviesa Venezuela. Como consecuencia, han emigrado más de 4 millones de venezolanos, cerca de 800.000 al Perú.¹⁰ Esta situación ha generado un debate público y social sobre los derechos de los migrantes, el que además se ha empezado a judicializar.

A continuación, se presentan tres casos emblemáticos en el ámbito constitucional, desde la vigencia de la transición democrática, que de cierto modo revelan la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en sede interna y abre caminos en una reflexión sobre la libertad de migrar como derecho fundamental.

El caso del ciudadano chino Wong Ho Wing es paradigmático.¹¹ Fue procesado en China por delito contra el patrimonio del Estado, pero huyó al Perú y fue detenido en Lima por una orden de detención de la Interpol en 2008. De este modo, se inició el proceso de extradición sobre la base de un tratado internacional de cooperación recíproca judicial entre el Perú y China. Ho Wing recurrió ante el Tribunal Constitucional por la decisión de la Corte Suprema del Perú de extraditarlo para que sea procesado por el delito de contrabando, ya que peligraba su vida por pena capital contra delitos patrimoniales contra el Estado. En 2010, el Tribunal Constitucional en mayoría declaró fundada la demanda, basado en los argumentos del demandante.

Sin embargo, el interesado, en simultáneo, recurrió al presidente de la Corte IDH, quien emitió una medida provisional para evitar que el Estado llevara a cabo la extradición; y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que también expidió una medida cautelar de no extradición.

10. Oficina Internacional de Migración, «Reporte Mundial Migratorio 2020», disponible en <https://bit.ly/3gTBIny>.

11. Sentencia del caso *Wong Ho Wing con Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 297, 30 de junio de 2015.

Por su parte, el Gobierno chino acreditó que el procesado no era pasible de la aplicación de la pena de muerte en caso de ser condenado, debido a que esta pena había sido abolida del Código Penal para ese delito el 25 de febrero del 2011. No obstante, el Tribunal Constitucional se pronunció en mayoría en un nuevo *habeas corpus* presentado por Ho Wing, señalando que no estaba acreditada la aplicación retroactiva de la ley penal, aun cuando la ley fuera más favorable al reo; ello, a pesar de que entre los principios del Código Penal de China se encuentra el de la aplicación de la ley benigna al reo.

Finalmente, la Corte IDH, al resolver el proceso que inició la Comisión a favor de Ho Wing contra el Estado peruano, falló en 2015 declarando que habiéndose acreditado que no existía el peligro de la aplicación de la pena de muerte, correspondía a la justicia peruana resolver dicha controversia, la misma que en 2016 permitió al Tribunal Constitucional validar la resolución de la Corte Suprema de Justicia sobre la constitucionalidad de la extradición. Esto dio lugar a la extradición de Ho Wing a China, pero con el mandato de supervisión del cumplimiento de las condiciones del proceso, detención y condena.

Por su lado, el caso de Mesquita Oliviera también resulta de especial relevancia en materia de protección del debido proceso de las personas migrantes.¹² El Tribunal Constitucional se pronunció sobre el caso del ciudadano brasileño Jesús de Mesquita Oliviera, casado con una peruana y con una hija peruana, el cual recibió una orden de salida obligatoria del país en el marco de un procedimiento migratorio, y se le impidió su reingreso a pesar de su arraigo y vínculo familiar, por violar la antigua Ley de Extranjería (Decreto Legislativo 703), debido a que se encontraba con una visa de turista vencida largamente.

Este caso es de particular importancia, pues el Tribunal Constitucional recogió los estándares fijados en el caso de Pacheco Tineo, abordado en párrafos anteriores. En tal sentido, el Tribunal dispuso que era exigible reconocer a los extranjeros en situación irregular las siguientes garantías mínimas: el derecho a ser informado expresa y formalmente de los motivos de la sanción administrativa; el derecho a exponer y acreditar razones que lo asistan en contra de la sanción administrativa impuesta; solicitar y recibir asesoría legal; en caso de una decisión desfavorable, el derecho a someter su caso a revisión ante una autoridad competente e imparcial; y que la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada.

En la actualidad, el Decreto Legislativo 1.350 (Nueva Ley de Migraciones) y su reglamento regulan la migración en clave del goce y ejercicio de los derechos y deberes de las personas extranjeras en el Perú, impulsando el despliegue de actividades económicas formales sujetas al pago de impuestos, la regularización migratoria y la atención a las personas en situación de vulnerabilidad.

12. Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 02744 2015-PA/TC.

Por último, un caso pendiente de decisión por el Tribunal Constitucional es el de pasaporte y visa venezolana.¹³ La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos interpuso contra el ministro del Interior un *habeas corpus* a favor de los migrantes venezolanos que no cuentan con pasaporte, por impedirles el ingreso al territorio nacional, dado que esto viola el derecho a la libertad de tránsito, a solicitar refugio, a la igualdad y no ser discriminado, así como el derecho de los niños y niñas a migrar.

La jueza de primera instancia consideró que la Resolución de Superintendencia 000270-2018, que dispone exigir la presentación de pasaporte vigente a las personas de nacionalidad venezolana para efectos del control migratorio de ingreso al territorio nacional, vulneró el derecho a la libertad de tránsito de los ciudadanos venezolanos que no cuenten con pasaporte, por lo que declaró fundada la demanda de *habeas corpus* en dicho extremo.

En segunda instancia, la Corte Superior de Justicia de Lima planteó que la controversia se resolvería determinando si existe o no transgresión del derecho a la libertad de tránsito. Para tal efecto, recordó que el Estado está facultado para reglar, controlar y condicionar la entrada y admisión de extranjeros.¹⁴

En ese sentido, los ciudadanos venezolanos que pretenden migrar al Estado peruano deben cumplir con satisfacer los presupuestos establecidos con tal fin, toda vez que el derecho al libre tránsito no es irrestricto. Por tanto, tratándose de extranjeros que buscan ingresar por la frontera, empero aún no se encuentran dentro, no resultan de aplicación las normas de derecho interno.

De este modo, la Corte Superior señaló que no es amparable a través de un *habeas corpus* el acto de ingresar a otro país «sin ningún tipo de limitación», porque no está reconocido como derecho en ningún instrumento internacional, ni en la OC-18/03 ni en la OC-21/14 de la Corte IDH, así como tampoco en ordenamiento jurídico del país. Esto, debido a que los Estados conservan la potestad soberana para aceptar o rechazar el ingreso de una persona a su territorio en función de lo que establezca su normatividad migratoria. Esta decisión ha sido cuestionada por el demandante vía recurso de agravio constitucional y, como se mencionó, se encuentra pendiente de decisión.

Es importante mencionar que la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos interpuso una nueva demanda de *habeas corpus*, esta vez respecto de la exigencia de visa a las personas venezolanas que comenzó a regir el 15 de junio del 2019, por lo que el reto en materia de control de convencionalidad en favor de las personas migrantes continúa pendiente en sede judicial y constitucional.

En virtud de los casos mencionados, se puede apreciar una recepción continua de

13. Quinto Juzgado Penal para Procesos con Reos Libres y Cuarta Sala Penal Especializada para Procesos con Reos Libres, Expediente 06488-2018-0-1801-JR-PE-05.

14. Tribunal Constitucional del Perú, STC 2876-2005-PHC/TC, foja 12.

diversos estándares interamericanos en sede constitucional en el caso peruano, sobre todo en materia de debido proceso, sin perjuicio de que también existen resistencias en torno a la libertad de tránsito —y si vamos un poco más lejos, en el caso venezolano, al derecho a migrar— de las personas migrantes. Por tanto, el Estado peruano deberá reflexionar sobre la situación de especial vulnerabilidad de este colectivo, y adoptar respuestas que pueden girar en torno al enfoque de la política migratoria, las leyes migratorias o decisiones amparadas en el control de convencionalidad.

El *ius constitutionale commune* en América Latina y los caminos hacia el derecho a migrar

Es importante el diálogo interjudicial que debe existir entre las altas cortes de la región, los órganos de protección supranacional y los tribunales internos. Así, la apertura y recepción hacia los estándares interamericanos de protección por los Estados constitucionales y democráticos de derecho merece ser continua y siempre favorable a la máxima protección de los derechos fundamentales, como expresión propia de lo que en la región se ha denominado *ius constitutionale commune*.¹⁵

El caso de la especial situación de vulnerabilidad de las personas migrantes revela los patrones y estructuras de discriminación que han sufrido durante mucho tiempo y que persisten debido a la ausencia de comprensión de los Estados respecto de la facultad soberana de fijar sus políticas migratorias con límites en los derechos humanos, propia de cualquier Estado que pueda ser denominado «democrático».

Los flujos masivos de migración como el caso venezolano no solo llaman la atención respecto de los desafíos en el activismo judicial y el control de convencionalidad, sino que sobre todo invitan a reflexionar sobre la necesaria presencia de derechos como la libertad de migrar, que se encuentra ausente en muchas cartas fundamentales de la región¹⁶ —como la peruana—, o en las leyes especiales de migración,¹⁷ y que definitivamente provienen desde el derecho natural.

Es cierto que constituye una labor destacable por la administración de justicia a nivel supranacional la fijación de estándares en materia de debido proceso, personalidad jurídica, integridad personal, igualdad y no discriminación, circulación y residencia, entre otros. Sin embargo, en protección de las personas migrantes —y, de similar modo, el control de convencionalidad ejercido por los tribunales internos de la región acogiendo los estándares interamericanos en la solución de controversias jurídicas—, lo cierto es que los caminos para la protección efectiva de sus derechos requieren esfuerzos que vayan más allá y visibilicen el *ius migrandi*.

15. Me he referido sobre este aspecto en Landa (2016: 104-107).

16. Un caso excepcional es el artículo 40 de la Constitución Nacional de Ecuador.

17. Obsérvese el artículo 4 de la Ley 25.871 de la República de Argentina.

Lo señalado implica no solo medidas desde el ámbito jurisdiccional, sino también de los poderes Ejecutivo y Legislativo, quienes se encuentra obligados a armonizar las normas internas con el derecho internacional a fin de lograr una revaloración de los derechos de las personas migrantes en una lógica de fronteras abiertas y cooperativas en la región.

Conclusión

En el ámbito interamericano, presenciamos que los actuales patrones de migraciones masivas y forzadas —como claro ejemplo es el caso venezolano— requieren una reflexión sobre la consagración y protección constitucional y convencional de un derecho fundamental a migrar, pues al final esto no solo irradiará sus efectos en las políticas migratorias locales, sino que también reforzará y ampliará la jurisprudencia migratoria de la jurisdicción nacional e internamericana, lo que abrirá puertas a una sociedad más inclusiva y a la consolidación del *ius constitutionale commune*.

Referencias

- FERRAJOLI, Luigi (2019). «Políticas contra los migrantes y crisis de la civilización jurídica». *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 18: 182-193. Disponible en <https://bit.ly/2PTfjBy>.
- LANDA, César (2016). *Convencionalización del derecho peruano*. Lima: Palestra.

Sobre el autor

CÉSAR LANDA ARROYO es expresidente del Tribunal Constitucional del Perú. Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Su correo electrónico es clanda@pucp.edu.pe.  <https://orcid.org/0000-0003-0801-8873>.

I BIENAL LATINOAMERICANA DIDH

La sustancialidad de la Convención Belém do Pará para la superación de la discriminación estructural y la violencia contra la mujer fundada en el género

The substantiality of the Belém do Pará Convention to overcome structural discrimination and gender-based violence against women

Claudia Iriarte Rivas 

Universidad de Chile

RESUMEN En este trabajo se revisa el aporte y avance que ha significado la Convención Belém do Pará como instrumento del derecho internacional de los derechos humanos en el avance al respeto de estos derechos respecto de la mujer y en el logro de la superación de la violación de los derechos de la mujer. A partir de ello, se quiere destacar el aporte que este instrumento ha tenido en la conformación de un *corpus* normativo y en el desarrollo de estándares en materia de derechos humanos de la mujer, los cuales se han constituido como un cuerpo jurídico común en el Sistema Interamericano de Derecho Humanos, que puede y debe ser recepcionado por Estados que integran el sistema regional de derechos humanos.

PALABRAS CLAVE Convención Belém do Pará, derechos humanos de la mujer, violencia contra la mujer, discriminación estructural.

ABSTRACT This paper analyzes the contribution and progress produced by the Belém do Pará Convention as an instrument of international human rights law in terms of fostering the respect of these rights for women and in overcoming the violation of women's rights. Based on this, will highlight the contribution that this instrument has made to the creation of a regulatory framework and the development of standards in the area of women's human rights, which have become a common legal body in the Inter-American Human Rights System, which can and should be accepted by the States belonging to the regional human rights system.

KEYWORDS Belém do Pará Convention, women's human rights, violence against women, structural discrimination.

Introducción

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer «Convención de Belém do Pará»¹ fue el primer instrumento internacional de carácter convencional que abordó los derechos humanos de las mujeres y la violencia de género.

En este trabajo revisaremos el aporte y avance que ha significado la Convención como instrumento del derecho internacional de los derechos humanos, para asegurar el respeto irrestricto de estos derechos respecto de la mujer, para el logro de la superación de la violación de sus derechos y la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer. A partir de ello, se destacaremos el aporte de este texto en la conformación de un *corpus* normativo y en el desarrollo de estándares en materia de derechos humanos de las mujeres, que constituyen un cuerpo jurídico común en el Sistema Interamericano de Derecho Humanos (SIDH), que puede y debe ser recepcionado por Estados que integran el sistema regional de derechos humanos.

Revisaremos este instrumento desde tres perspectivas:

En primer lugar, revisaremos qué significó la adopción por parte del SIDH, en el contexto del derecho internacional de derechos humanos, del primer instrumento de carácter convencional que abordara de un modo específico la violencia contra la mujer por razones de género y la afectación que esta realidad implica al reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales.

En lo referente a su contenido, se abordarán sus principales y más destacables aportes concernientes a la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer. Se analizan aquí cuatro aspectos: la conceptualización de la violencia contra la mujer como violencia estructural, la vinculación de la violencia contra la mujer y los derechos humanos, y la recepción de la doctrina de la «diligencia debida» por parte de los Estados y los mecanismos de control que contempla.

Por último, se examinará de modo específico las disposiciones contenidas en este instrumento referidas a derechos protegidos y, de modo particular, respecto de la conceptualización y alcance del planteamiento que contiene la Convención Belém do Pará que señala que «toda mujer tiene derecho a un mundo libre de violencia». Su análisis se efectuará respecto de las disposiciones convencionales relativas a la conceptualización de violencia y al derecho de la mujer al reconocimiento, goce y ejercicios de los derechos humanos. Ello, de modo de sostener una interpretación posible, que plantee que la discriminación estructural contra la mujer es constitutiva de violencia contra la mujer en los términos que contempla la propia Convención.

1. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, Organización de los Estados Americanos, 14 de agosto de 1995, disponible en <https://bit.ly/2Qgy6QN>.

La problemática de la violencia contra la mujer en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos

Hasta la adopción y ratificación de la Convención Belém do Pará, los únicos antecedentes en materia de violencia contra la mujer en el derecho internacional de los derechos humanos eran, primero, las Recomendaciones Generales 12 y 19, adoptadas en 1989² y 1992³ por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW),⁴ ambas referidas a violencia contra la mujer. En segundo lugar, se encontraba la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (DEVAW), acordada por la asamblea general en la 85.^a sesión plenaria del 20 de diciembre de 1993.⁵

La Convención contra la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW),⁶ instrumento considerado como carta magna de los derechos de las mujeres (Jiménez Sánchez, 2018: 492), no aborda de modo específico la violencia contra la mujer. Por ello, el Comité CEDAW, en virtud de su potestad para hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general (artículo 21), adoptó recomendaciones generales sobre la violencia contra la mujer para suplir esta ausencia. La Recomendación General 12 se limita a recomendar que los Estados partes incluyan en sus informes periódicos información relativa a legislación y medidas adoptadas por ellos para erradicar la violencia contra la mujer. La Recomendación General 19, en cambio, plantea el abordaje de la violencia contra la mujer de un modo más sustancial, al considerarla como problemática central en materia de derechos humanos de la mujer. Así, en su numeral 4 señala: «Los informes de los Estados partes no siempre reflejaban [...] la estrecha vinculación entre la discriminación contra la mujer, la violencia contra la mujer, y las violaciones de los derechos humanos y las libertades

2. «Recomendación General 12: Violencia contra la mujer», Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1989, disponible en <https://bit.ly/32grB6a>.

3. «Recomendación General 19: La violencia contra la mujer», Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1992, disponible en <https://bit.ly/3j8xGsp>.

4. Los países que se han adherido al tratado tienen la obligación de presentar al Comité informes periódicos relativos a la aplicación de los derechos amparados por la Convención. El Comité formula recomendaciones generales y sugerencias, las que son remitidas a los Estados y tratan de artículos o temas que figuran en la Convención. También formula recomendaciones sobre cualquier cuestión que afecte a las mujeres que considere que los Estados partes deben dedicar más atención. Hasta la fecha, el Comité había aprobado 37 recomendaciones generales, publicadas en «Recomendaciones generales», Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, disponible en <https://bit.ly/3j16awM>.

5. «Declaración sobre la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer», Naciones Unidas, Asamblea General, 85.^a sesión plenaria, 20 de diciembre de 1993, disponible en <https://bit.ly/31j7swZ>.

6. «Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer», Resolución 34/180, Naciones Unidas, Asamblea General, 18 de diciembre de 1979, disponible en <https://bit.ly/2Qdocj9>.

fundamentales». Luego, en el numeral 7, agrega: «La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos, constituye discriminación, como la define el artículo 1 de la Convención». Es decir, este instrumento internacional señala que la violencia contra la mujer está vinculada con el menoscabo, violación o anulación en el goce de sus derechos, y que su ocurrencia será considerada discriminación contra la mujer, según los criterios y definiciones establecidos en la propia CEDAW.

En julio de 2017, a 25 años de la adopción de la Resolución 19, fue aprobada una nueva Recomendación General 35,⁷ sobre la violencia por género contra la mujer, que actualiza la Recomendación 19. Conforme se establece en la propia introducción de esta recomendación, a 25 años de la Recomendación 19, se ofrece a los Estados una orientación adicional para «acelerar la eliminación de la violencia por razón de género contra la mujer», lo que es necesario, ya que, a pesar de los importantes avances en este periodo, esta violencia continúa siendo generalizada y tiene un alto grado de impunidad. La Recomendación 35 está concebida y estructurada como un complemento y profundización de la Recomendación 19, avanzando de un modo sustancial en la conceptualización y determinación de la violencia de género como un problema social que demanda respuestas integrales y cuya ocurrencia es uno de los medios sociales, políticos y económicos fundamentales a través de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer.⁸

La DEVAW, segundo instrumento internacional referido a derechos humanos y violencia contra la mujer, siguió muy de cerca a la Recomendación 19 en cuanto a la referencia contenida en el preámbulo respecto del carácter estructural de la violencia contra la mujer. Sin embargo, no profundizó en su desarrollo conceptual, ni avanzó en una propuesta que afrontara la prevención y sanción de la violencia contra la mujer desde una perspectiva de derechos humanos que aborde la discriminación. Se debe destacar que este texto, junto con las recomendaciones generales a la CEDAW, fue parte de un esfuerzo del Sistema Internacional de los Derechos Humanos en la década de los noventa de avanzar hacia la elaboración de instrumentos convencionales que abordaran la situación de violencia contra las mujeres basadas en su género.

7. «Recomendación General 35: La violencia por razón de género contra la mujer», Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2017, disponible en <https://bit.ly/2EleB74>.

8. De las medidas específicas que aborda, es posible destacar lo referido al establecimiento de las «Obligaciones de los Estados partes en relación con la violencia por razón de género contra la mujer». Las recomendaciones comprenden medidas legislativas generales, medidas preventivas, medidas de protección, medidas de enjuiciamiento y castigo, medidas de reparación, medidas de coordinación, vigilancia y recopilación de datos y medidas de cooperación internacional. Véase «Recomendación General 35».

La Convención de Belém do Pará, como vemos, es el primer instrumento internacional de carácter convencional que aborda los derechos humanos de las mujeres y la violencia de género. Fue adoptada en junio de 1994 y entró en vigor internacional el 5 de marzo de 1995.⁹ Con ello, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos crea un texto jurídico vinculante que aborda específicamente la violencia que se ejerce contra las mujeres, para llenar el vacío existente en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos.

En particular, aborda esta temática vinculándola con la afectación al reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales (preámbulo y artículo 4); conceptualiza la violencia contra la mujer fundada en el género como violencia estructural e, incluso, plantea nuevas perspectivas y conceptualizaciones en materia de derechos humanos de la mujer, al reconocer el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia y establecer la prohibición expresa al ejercicio de violencia basada en el género.

En el sistema europeo, el año 2011, el Consejo de Europa aprobó la Convención sobre Prevención y Lucha Contra la Violencia Contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul), la cual entró en vigor el año 2014.¹⁰ Sin pretender entrar a un análisis pormenorizado de este instrumento internacional, ya que en este trabajo nos abocamos al instrumento interamericano, es importante reseñar al menos sus características centrales y plantearse una mirada comparativa general del alcance de ambos instrumentos. El Convenio de Estambul, de modo similar que la Convención interamericana, tiene como antecedente las recomendaciones generales que complementan la CEDAW, e incluso la DEVAW, en el sentido de contar con una normativa específica que, desde la perspectiva de los derechos humanos, tenga por objetivo «la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres». Este es un texto extenso que, junto con el objetivo de proteger, prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra las mujeres, plantea un marco global que guíe políticas y medidas de protección a las víctimas y, además, busca la promoción de la cooperación internacional para abordar y superar la violencia contra la mujer. El Convenio conceptualiza la violencia contra la mujer en términos amplios, definiéndola a partir de actos de violencia que se basan en el género y que puedan significar daño y sufrimiento a la mujer de variada índole, incluyendo el daño económico. Este último punto es en especial destacable, ya que ningún instrumento del derecho internacional de los derechos humanos referido a violencia señala de forma expresa esta forma de violencia.

9. Hasta la fecha, 32 Estados han ratificado el instrumento y 2 Estados miembros se han quedado al margen.

10. Hasta la fecha, 34 Estados han ratificado el instrumento, 11 solo han depositado el instrumento de firma y 2 se han quedado al margen.

El punto más controvertido del Convenio de Estambul es que plantea la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica como si fueran dos fenómenos de tal particularidad que requirieran ser abordados por separado, o bien que la violencia doméstica fuera una categoría diferente a la violencia de género (Ventura Franch, 2016: 203). Esta concepción se ve agravada al definir la violencia doméstica de un modo neutral, es decir, que cualquier integrante del núcleo doméstico puede ser víctima de violencia. Con ello, en definitiva la colocan como una realidad diversa de la violencia contra la mujer, lo que lleva a una confusión en el derecho internacional de los derechos humanos sobre los estándares conceptuales sobre la violencia de género, al alejarse del consenso doctrinal y de los criterios jurídicos que caracterizan a la violencia doméstica como una forma de violencia contra la mujer (Mercado Carmona, 2017: 237).

Contenido de la Convención Belém do Pará

Del contenido de la Convención Belém do Pará es en particular destacable la conceptualización de la violencia contra la mujer como una violencia estructural basada en el género; la vinculación relacional de la violencia contra la mujer y los derechos humanos; la inclusión de la doctrina de la «diligencia debida» por parte de los Estados y los mecanismos de control que contempla, conjugando órganos de control no convencionales y órganos de control convencionales. A continuación, veremos cómo se abordan en la Convención Belém do Pará.

Violencia estructural basada en el género

La violencia contra la mujer se plantea como una realidad sistémica estructural. En el preámbulo, al plantear los fundamentos de esta Convención, se señala que la violencia contra la mujer es «una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres» (preámbulo, párrafo 3), para agregar luego, en su artículo 1, que «debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento, físico, sexual o psicológico a la mujer». Con estas disposiciones, determina la existencia de una violencia contra la mujer de carácter estructural, en tanto se funda en conceptos de inferioridad o subordinación de la mujer, configurados en el orden social (género),¹¹ producto de las relaciones históricas de jerarquía y poder desigual que afectan a las mujeres.

11. La conducta social basada en el género expresa la relación social de jerarquía entre sexos, en que el sujeto es lo masculino y la alteridad lo femenino, lo que crea una relación jerarquizada de poder entre lo masculino y lo femenino (sujetos hombres y sujetos mujeres), que determina relaciones de dominio o de subordinación de carácter estructural que afecta a las mujeres (Iriarte Rivas, 2018: 37).

Siguiendo a la teórica feminista Iris Marion Young, la conceptualización de esta violencia como estructural permite plantearla como una situación de injusticia igualmente estructural, en tanto se reproduce en forma sistemática en las principales instituciones políticas, económicas y culturales —sin que sea necesario identificar a un grupo con conciencia o intencionalidad de oprimir—, por el solo hecho de obtener un beneficio de la opresión del otro; la otra, en este caso. La dominación se expresa en las relaciones entre los grupos sociales en general, en las cuales el grupo oprimido es puesto en situaciones de injusticia o discriminación (Young, 2000: 71-103).

Por último, es interesante destacar que, al considerar la violencia contra la mujer como un fenómeno estructural, esta Convención plantea su abordaje como un todo que tiene diversas manifestaciones y expresiones, pero que no es parcelable como fenómeno.¹² En este sentido, recepciona los estándares conceptuales sobre la violencia de género, lo que permite su comprensión fenomenológica en el abordaje jurídico, en particular en lo referente a la afectación de los derechos humanos de la mujer.

Violencia contra la mujer y derechos humanos

La concepción estructurante de la Convención de Belém do Pará determina que ésta contenga una vinculación relacional de la violencia contra la mujer y los derechos humanos. La vinculación de la violencia de género y los derechos humanos fue, como se dijo líneas arriba, un tema ausente del derecho internacional de los derechos humanos hasta la dictación de la Recomendación 19. Esta Convención continúa y afianza este planteamiento, al establecer en su articulado el capítulo 2, que se refiere de modo expreso a los derechos protegidos por el texto convencional.

Para el análisis de estos artículos, los ordenaremos en dos grupos. Primero, el artículo 3 y artículo 6, que abren y cierran respectivamente este capítulo, se refieren al derecho de la mujer a una vida libre de violencia. El artículo 3 establece el derecho de la mujer a una vida libre de violencia tanto en el ámbito público como privado; el artículo 6 se refiere de un modo no taxativo al alcance de este derecho, que comprende el derecho a ser libre de toda forma de discriminación y ser valorada y educada libre de estereotipos y prácticas sociales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. Esta Convención recepciona así una de las propuestas planteadas por el *ius feminismo* en materia de derechos, que plantea la configuración de nuevos derechos humanos que permitan avanzar en la superación de modelos estructurales de discriminación y subordinación de las mujeres.

12. Como se señaló respecto de la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, el Convenio de Estambul le otorga a esta última una categoría jurídica diferenciada de la violencia de género. Lo que, en cambio, no ocurre en la Recomendación 35, en que la violencia en razón de género contra la mujer es abordada como un fenómeno integral que se expresa en los diversos ámbitos sociales.

En segundo lugar, los artículos 4 y 5 se refieren al reconocimiento y garantía de los derechos consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos respecto de la mujer. El primer artículo consigna de modo expreso el derecho de toda mujer al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de los derechos y libertades consagrados en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos; a continuación, de modo no taxativo, menciona derechos o grupos de derechos particularmente destacados en relación con la violencia de género y la afectación de derecho a las mujeres. El artículo 5, por su parte, expresa el reconocimiento a la mujer del ejercicio libre y pleno de sus derechos políticos, económicos, sociales y culturales; en ese contexto, plantea que los Estados partes reconocen que la violencia contra la mujer anula el ejercicio de estos derechos. Ambos artículos de la Convención Belém do Pará expresan, en el mismo sentido de la CEDAW y, en especial, de la Declaración y el Programa de Acción de Viena,¹³ el reconocimiento de que los derechos humanos de las mujeres y las niñas forman parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales (Iriarte Rivas, 2018: 102-103); y que, como se plantea en el preámbulo, la violencia de género es una ofensa a la dignidad humana y constituye una violación a los derechos y libertades de la mujer, por lo que para avanzar en la no discriminación y en respeto irrestricto de los derechos, los Estados partes deben progresar en la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer.

Inclusión de la doctrina de la «debida diligencia»

La Convención Belém do Pará, siguiendo a la CEDAW y en particular a la Recomendación 19,¹⁴ recepciona en su texto la doctrina de la «debida diligencia». Esto implicó en su momento romper con un importante paradigma de los derechos humanos referido al alcance de la responsabilidad de los Estados y sus obligaciones (Mejía Guerrero, 2012: 194-195). Estos ya no solo eran responsables de actos cometidos por sus propios agentes o representantes, sino también por actos cometidos por particulares, cuando no se hubieren tomado medidas con la diligencia debida orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (artículo 7). La configuración de este estándar en esta Convención tiene dos elementos especialmente destacables. Por una parte, está la ampliación de la responsabilidad del Estado descrita en el pá-

13. El Programa de Acción de Viena fue aprobado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. Véase la Declaración y Programa de Acción de Viena en <https://bit.ly/3l6VApI>.

14. La CEDAW señala en su artículo 5 literal e, que los Estados partes se comprometen a tomar «las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas». La Recomendación 19, a su vez, en la Observación General 9, especifica que, «en virtud del derecho internacional [...], los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia».

rafo anterior; pero, además, de ésta se deriva el segundo elemento a destacar, que supone dar cuenta de una realidad propia de la subjetividad del sujeto *mujeres*, que implica que los actos de violencia contra la mujer basada en el género son cometidos generalmente por particulares en la esfera privada del orden social,¹⁵ por lo que el Estado, en tanto garante y responsable de evitar la violación a los derechos y libertades de las personas, debe actuar en concordancia con esa realidad (diligencia debida), transformándose, de no ser así, en responsable de la ocurrencia de tales violaciones, las cometa un agente del Estado o un particular.

Mecanismos de protección que contempla la Convención Belém do Pará

Esta Convención contempla tres vías de protección, lo que convierte a este instrumento en uno de los más completos respecto del sistema de control.¹⁶ En primer lugar, está la elaboración de informes anuales nacionales que los Estados deben remitir a la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) (artículo 10). En segundo lugar, la denominada jurisdicción consultiva, que significa que los Estados partes y la CIM pueden requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) una opinión consultiva sobre la interpretación de esta Convención (artículo 11). En tercer lugar, la posibilidad de la interposición de peticiones, por personas o grupos de personas o entidad no gubernamental, que contemplen denuncias o quejas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por violación del artículo 7 de la Convención (artículo 12). Lo destacable de este último mecanismo es que permite a las mujeres víctimas de violencia por razones de género obtener amparo judicial internacional a través de las denuncias (Mercado Carmona, 2017: 229-230). En 2004, como reforzamiento de los mecanismos de seguimiento, se creó el Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará (MESECVI), que se constituye como un sistema consensuado e independiente para evaluar los avances de los Estados en el cumplimiento de la Convención (Mejía Guerrero, 2012: 209).

15. En ese sentido, el artículo 2 de la Convención complementa la conceptualización de violencia contenida en el artículo 1, al especificar que ésta también comprende la violencia contra la mujer basada en su género ocurrida dentro de la unidad doméstica o en la comunidad, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra. Es importante vincular esta última especificación (artículo 2 literal c) a lo referente a la responsabilidad del Estado, ya que, complementando lo establecido en el artículo 7 de la Convención, esta norma determina que se incluya como violencia la que sea tolerada por el Estado o sus agentes en cualquier lugar que ocurra.

16. La CEDAW contempla como mecanismo de seguimiento el Comité CEDAW, mientras que el Convenio de Estambul contempla un mecanismo de carácter no jurisdiccional, consistente en la presentación de informes por parte de los Estados partes ante un órgano de control creado para ello (Mercado Carmona, 2017: 231; Jiménez Sánchez, 2018: 497).

La adopción de la Convención Belém do Pará, su contenido e implementación en relación con sus mecanismos de protección —en particular el del artículo 12, que permite presentar peticiones que contengan denuncias o quejas a la CIDH— ha permitido un importante desarrollo de un *corpus* de estándares de protección de los derechos humanos ante la violencia contra la mujer por razones de género. Analizar las decisiones del SIDH excede la posibilidad de este artículo; sin embargo, nos parece fundamental conocer, aunque sea en forma somera, las decisiones que, basándose en esta Convención, han aportado a la configuración de estándares del SIDH, como un modo de relevar los avances que la Convención Belém do Pará ha permitido en esta materia.

*María da Penha con Brasil*¹⁷

Este es el primer caso ante la CIDH que aborda la violencia contra la mujer (violencia doméstica) como una violación a los derechos humanos de las mujeres (fundamental su argumentación en la Convención Belém do Pará). En lo fundamental, en esta resolución se establece el vínculo entre la discriminación y la violencia contra la mujer, agregando que la realidad de las víctimas es parte de un patrón (violencia estructural), respecto del cual el Estado no toma las medidas necesarias para enfrentarlo, lo que genera tolerancia del Estado e ineficacia judicial e institucional en los casos de violencia contra la mujer, en este caso violencia doméstica (Mejía Guerrero, 2012: 199).

*González y otras (Campo Algodonero) con México*¹⁸

Sin duda, este es el caso más paradigmático que hasta la fecha ha conocido y sentenciado la Corte IDH en materia de violencia contra la mujer fundada en el género. Es particularmente destacable porque examina el caso como situación estructural de violencia contra la mujer fundada en el género, determinando que el homicidio de las tres víctimas fue cometido por razones de género, por lo que constituyen casos de feminicidio; por lo mismo, la situación de las víctimas no fue analizada en virtud de las particularidades de este caso, sino que como integrantes de un colectivo más amplio que se ve afectado por una situación de violencia y desigualdad, lo que permite explicar la dimensión y ocurrencia de estos crímenes. Además, en este fallo se conceptualiza de un modo más preciso el estándar de la debida diligencia y el deber de protección estatal reforzado que establece la Convención, para lo cual determina los criterios jurídicos que permiten hacer responsable al Estado por crímenes cometidos

17. Caso 12.051, María da Penha Maia Fernandes. Informe 54/01. Brasil, 16 de abril de 2001.

18. Sentencia del caso *González y otras («Campo Algodonero») con México*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16 de noviembre de 2009.

por particulares, recogiendo como fundamento la doctrina del riesgo previsible y evitable (Abramovich, 2010: 167-168).

*Penal Miguel Castro Castro con Perú*¹⁹

Es el primer caso que resolvió la Corte IDH en el cual aplicó la Convención Belém do Pará. En esta sentencia se establece la calificación jurídica de la violencia sexual cometida por agentes del Estado como tortura, fundada en la consideración de que los actos de agresión hacia las mujeres reclusas en el penal Castro Castro, en particular los de índole sexual, fueron de tal magnitud que atentaron contra su dignidad personal y que se utilizaron con el fin de castigar, intimidar, presionar, humillar y degradar a las mujeres, lo que permitió a la Corte señalar que allí se expresa un patrón de violencia contra la mujer en conflictos armados (Iriarte Rivas, 2017: 237).

*Casos Veliz Franco y otros con Guatemala*²⁰ y *Velásquez Paiz con Guatemala*²¹

En ambas sentencias, la Corte determinó que en agresiones cometidas contra las mujeres se observa la manifestación de formas de violencia sexual o de actos de violencia de especial crueldad, brutalidad o ensañamiento, presentes en violencia por razones de género, lo cual permite determinar un criterio jurídico para calificar hechos de violencia contra mujeres como violencia por razones de género.

Un paso más allá

Para el cumplimiento de su objetivo de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, la Convención refiere, en el capítulo 2, «Derechos protegidos», al derecho de la mujer a una vida libre de violencia (artículo 4), determinando luego —en una referencia no taxativa— que su alcance comprende el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación y ser valorada y educada libre de estereotipos y prácticas sociales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación (artículo 6). Del análisis del contenido de esta normativa, es posible establecer que la discriminación, los estereotipos y prácticas sociales basadas en el género constituyen violencia en contra de la mujer, según los términos en que está definida en el artículo 1, complementado por el artículo 2.

19. Sentencia del caso *Penal Miguel Castro Castro con Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, fondo, reparaciones y costas, 25 de noviembre de 2006.

20. Sentencia del caso *Veliz Franco y otros con Guatemala*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 19 de mayo de 2014, párr. 178.

21. Sentencia del caso *Velásquez Paiz con Guatemala*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 19 de noviembre de 2015, párr. 192.

Respecto de la conceptualización de la discriminación referida en el artículo 6, un análisis sistemático del contenido de este instrumento internacional no puede sino determinar que se refiere a una concepción de discriminación estructural. En el preámbulo de la Convención, en su considerando tercero, se señala que la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Con ello está dando cuenta, como señaló, que el fundamento de la violencia está en las relaciones de jerarquía permanentes entre hombres y mujeres. Luego, en el artículo 1 de la Convención, al conceptualizar la violencia contra la mujer, se refiere a conductas basadas en su género, esto es, una configuración social, que a partir de la determinación cultural y social de lo masculino y lo femenino, dispone relaciones jerarquizada de sujetos hombres y sujetos mujeres, determinando la subordinación sistémica que afecta a las segundas. La Recomendación 35, en su considerando décimo, lo plantea de la siguiente manera: «La violencia por razón de género contra la mujer es uno de los medios sociales, políticos y económicos fundamentales a través de los cuales se perpetua la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre».²²

Asimismo, en su preámbulo, considerando segundo, la Convención señala que la violencia contra la mujer constituye la violación de los derechos humanos de éstas y la limitación total o parcial del reconocimiento (titularidad), goce y ejercicio de estos derechos y las libertades fundamentales, idea que se ve reforzada en el considerando siguiente, en el que se consigna que la violencia es una ofensa a la dignidad humana. En este planteamiento se encuentra el fundamento de que la violencia contra la mujer constituye discriminación, ya que, como señala la CEDAW en su artículo 1, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará aquello que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

La discriminación producto de la violencia contra la mujer expresará los elementos sistémicos (estructurales) propios de la violencia por razón de género, ya que esta discriminación no es producto de actos individuales, sino que la manifestación de realidades sociales determinadas por el género.²³ Dicho de otro modo, la discriminación fundada en el género es producto de la subordinación sistémica de las mujeres (Iriarte Rivas, 2017: 134-135).

En el capítulo de derechos protegidos, la Convención, junto con referir al derecho

22. El considerando décimo noveno de la Recomendación 35 refuerza el planteamiento transcrito cuando señala «que la violencia por razón de género contra la mujer está arraigada en factores relacionados con el género, como la ideología del derecho y el privilegio de los hombres respecto de las mujeres, las normas sociales relativas a la masculinidad y la necesidad de afirmar el control o poder masculinos». Véase Recomendación General 35.

23. Recomendación General 35, considerando noveno.

a una vida libre de violencia, plantea que la mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de los derechos y libertades consagrados en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos (artículo 4). Además, plantea que la mujer podrá ejercer libre y de modo pleno sus derechos políticos, económicos, sociales y culturales, establecidos en dichos instrumentos internacionales, agregando que los Estados partes reconocen que la violencia contra la mujer anula el ejercicio de estos derechos (artículo 5). Ambos artículos —en concordancia al ya señalado reconocimiento contenido en el preámbulo, de que la violencia contra la mujer constituye una violación a los derechos humanos que limita total y parcialmente el reconocimiento, goce y ejercicio de estos derechos y que constituye una ofensa a la dignidad— no hacen más que reforzar el reconocimiento contenido en diversos instrumentos internacionales de que los derechos humanos de las mujeres y las niñas forman parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales.²⁴ En este sentido, la Recomendación 35, en el numeral decimoquinto, señala que «el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia por razón de género es indivisible e independiente de otros derechos humanos».

El capítulo de derechos protegidos se inicia con la referencia al derecho de la mujer a un mundo libre de violencia. Luego establece la vinculación específica de la violencia contra la mujer con la afectación de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales. Cierra con el artículo 6, que especifica el contenido del derecho de toda mujer a una vida libre de violencia. Esta lógica de ordenación expresa uno de los planteamientos estructurantes de la Convención: que el reconocimiento a una vida libre de violencia —basada en su género— significa, por una parte, el derecho al reconocimiento, goce ejercicio y protección de los derechos del Sistema Internacional de los Derechos Humanos —los derechos humanos de la mujer y las niñas forman parte inalienable e indivisibles de los derechos humanos universales—, pero que también significa el derecho a ser libre de las normas, conductas sociales y estereotipos que permiten el privilegio masculino respecto de las mujeres, que afirman el control o poder masculinos o que perpetúan la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre.

Conforme con lo analizado, la discriminación estructural contra la mujer es constitutiva de violencia contra la mujer por razones de género en los términos que contempla la propia Convención. Por lo mismo, la materialidad de la discriminación estructural, como son los medios sociales, políticos y económicos a través de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer, deben ser prohibidos y erradicados en los términos que plantean la Convención Belém do Pará y los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que la complementan.

24. El primer instrumento internacional en establecer este reconocimiento fue la Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en junio de 1993.

A modo de conclusión

La Convención de Belém do Pará fue el primer instrumento internacional de carácter convencional que abordó los derechos humanos de las mujeres y la violencia de género. En particular, vincula esta temática con la afectación que la violencia implica al reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales; conceptualiza la violencia contra la mujer fundada en el género como violencia estructural; recepciona la doctrina de la «diligencia debida» por parte de los Estados; establece mecanismos de control que conjugan órganos de control no convencionales y órganos de control convencionales e, incluso, plantea nuevas perspectivas en materia de derechos humanos de la mujer al reconocer el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia y establecer la prohibición expresa al ejercicio de violencia basada en el género.

El reconocimiento y alcance del planteamiento de que la mujer tiene derecho a una vida libre de violencia en la Convención Belém do Pará significa, por una parte, el reconocimiento de que los derechos humanos de la mujer y las niñas forman parte inalienable e indivisibles de los derechos humanos universales. Además, consagra el derecho a ser libre de las normas, conductas sociales y estereotipos que perpetúan la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre. Esto último permite establecer que la discriminación estructural contra la mujer es constitutiva de violencia contra la mujer por razones de género en los términos que contempla la propia Convención, pudiendo y debiendo los Estados partes afrontar la materialidad de la discriminación estructural utilizando en toda su extensión a la Convención Belém do Pará.

Referencias

- ABRAMOVICH, Víctor (2010). «Responsabilidad estatal por violencia de género: Comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Anuario de Derechos Humanos*, 6: 167-182. DOI: [10.5354/0718-2279.2011.11491](https://doi.org/10.5354/0718-2279.2011.11491).
- IRIARTE RIVAS, Claudia (2017). «La ausencia del sujeto mujeres en la configuración del sujeto jurídico: Buscando caminos hacia la igualdad sustancial de mujeres y hombres». Tesis para optar al grado de doctora en Derecho, Universidad de Chile. Disponible en <https://bit.ly/2YF5VzV>.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Carolina (2018). «Los derechos humanos de las mujeres en Europa y América Latina: Perspectiva jurisprudencial internacional». *Araucaria*, 20 (40): 483-510. DOI: [10.12795/araucaria.2018.i40.22](https://doi.org/10.12795/araucaria.2018.i40.22).
- MEJÍA GUERRERO, Luz Patricia (2012). «La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención Belém do Pará: Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos». *Revista IIDH*, 56: 189-213. Disponible en <https://bit.ly/3j77Jtd>.

- MERCADO CARMONA, Carmen (2017). «La erradicación de la violencia contra la mujer “por tratado”: Un análisis comparado del Convenio de Estambul y de la Convención de Belén do Pará». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 30: 213-339. Disponible en <https://bit.ly/31w6dz>.
- VENTURA FRANCH, Asunción (2016). «El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género: El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría Jurídica». *UNED: Revista de Derecho Público*, 97: 179-208. DOI: [10.5944/rdp.97.2016.17622](https://doi.org/10.5944/rdp.97.2016.17622).
- YOUNG, Iris Marion (2000). *La justicia y la política de la diferencia*. Valencia: Cátedra, Universitat de València, Instituto de la Mujer.

Sobre la autora

CLAUDIA IRIARTE RIVAS es abogada. Doctora en Derecho, investigadora en el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho Universidad de Chile. Su correo electrónico es ciriarter@derecho.uchile.cl.  <https://orcid.org/0000-0003-0449-926X>.

I BIENAL LATINOAMERICANA DIDH

Algunas reflexiones acerca de las violaciones sistemáticas de derechos humanos de las mujeres en América Latina y su relación con la problemática de la igualdad

Thoughts on the systematic violations of women's human rights in Latin America and their relation to the issue of equality

Ana Lucia Sabadell

Universidad Federal de Río de Janeiro, Brasil

RESUMEN El texto presenta un análisis de violaciones de derechos humanos de las mujeres en países de América Latina, a la luz de las teorías de la igualdad jurídica en confrontación con los textos constitucionales.

PALABRAS CLAVE Mujer, constitución, igualdad, política, América Latina, familia.

ABSTRACT The text presents an analysis of women's human rights violations in Latin American countries, considering the theories of legal equality in confrontation with constitutional texts.

KEYWORDS Women, constitution, equality, politics, Latin America, family.

Introducción

En las últimas décadas se han desarrollado relevantes discursos jurídicos acerca de la tutela de los derechos humanos de las mujeres. Las reivindicaciones feministas han impactado el derecho internacional de los derechos humanos —especialmente a partir de la década de los ochenta— y, más recientemente, el derecho constitucional.

De todas formas, las reivindicaciones feministas «se encuentran» con un importante momento del desarrollo del derecho constitucional.¹ La preocupación por la eficacia de los derechos fundamentales propició el desarrollo de una más refinada reflexión teórica, en la que los filósofos han tenido mucha importancia, sobre el rol del principio de la igualdad, hecho que se refleja hoy en diversas decisiones de distintas cortes constitucionales.

Nuestro objetivo es hacer un análisis del impacto de tales reivindicaciones en América Latina. Partimos de la reflexión teórica sobre la igualdad en una perspectiva feminista y la relacionamos con los modernos textos constitucionales de nuestro continente. A seguir, adoptando una perspectiva de la sociología jurídica, reflexionaremos sobre la eficacia de la tutela de los derechos fundamentales de las mujeres en nuestro territorio, revisando la cuestión de la violación sistemática de tales derechos. Este análisis se hace considerando que los movimientos feministas poseen voces diversas en América Latina (Sabadell, 1997) y que uno de los mayores logros del feminismo en nuestra región fue el de indicar que las grandes diversidades étnicas, sociales, culturales y lingüísticas en nuestros países se reflejan en la lucha por los derechos humanos de las mujeres.²

En los últimos años han surgido estudios, bajo la influencia de la crítica filosófica a los derechos humanos, que indican la contradicción existente entre tutela de la igualdad y concepción liberal de los derechos, típica de una sociedad excluyente. Estos estudios proponen un cambio de paradigma. Hay también quienes entienden que resulta imposible «huir» del modelo jurídico liberal y, por lo tanto, utilizan contradicciones del discurso jurídico para construir instrumentos que impulsen al derecho en dirección al enfrentamiento de las desigualdades, por ejemplo, reafirmando la importancia de la igualdad material. También existen quienes creen que, con algunas reformas, sobre todo empleando mecanismos de acción positiva y litigios estratégicos (fundamentados o no en normas programáticas), es posible avanzar en la tutela de los derechos de las mujeres. Indicamos aquí algunas reflexiones que pueden ser útiles para pensar el conflicto que se establece entre tutela de derechos humanos de las mujeres y realidad social.

1. Cito dos ejemplos: En 1986, Robert Alexy publicó su libro sobre la teoría de los derechos fundamentales, con importantes referencias al principio de la igualdad en Alemania. Años antes, en 1978, ya había hecho referencia al tema con la publicación de su teoría de la argumentación jurídica. No trabajaremos con este autor, puesto que en su análisis no se ocupa de la cuestión femenina. Véase la traducción al español en Alexy (1993, 2008). En 1998 se celebró un importante debate sobre la temática promovido por la asociación de constitucionalistas de Italia con la participación de profesores europeos, pero tampoco se presenta un análisis acerca del tema de la igualdad en una perspectiva feminista. Véase, Associazione Italiana dei Costituzionalisti (1998).

2. Una de las primeras autoras a presentar un análisis sobre este tema, todavía en los años ochenta, fue Safiotti (2004: 124 y ss.).

La tutela constitucional de la igualdad y sus posibles límites

¿Cuál es el sentido del principio de la igualdad en un sistema jurídico y cómo es posible tratar las diferencias que terminan por constituirse en desigualdad?

Inicio presentando un estudio escrito por Luigi Ferrajoli (1993) sobre igualdad y diferencia de género, en que el autor toma posición en esta materia dada las críticas que ciertos sectores del movimiento feminista italiano hacían al concepto de igualdad. El autor sostiene que el principio de la igualdad debe ser usado para combatir las desigualdades sociales, provocando cambios que permitan la inclusión de los más débiles.

Ferrajoli presenta cuatro modelos de tratamiento jurídico de la diferencia que, según él, tienen repercusión en la configuración de la igualdad y de la desigualdad. El primero modelo él lo denomina de *indiferenciación jurídica en relación con la diferencia*. La igualdad en los derechos fundamentales se configura como el reconocimiento de la igualdad de derechos para todos, hecho que significa que las diferencias son simplemente ignoradas. La diferencia de género se soluciona, por ejemplo, por la sujeción real de la mujer al poder masculino y en el descenso de la mujer al papel doméstico ideológicamente «vendido» como «natural».

El segundo modelo es el de la *diferenciación jurídica de la diferencia*, que se expresa en la valoración de algunas identidades y, por lo tanto, en la jerarquización de la diferencia de identidad. Las identidades determinadas por las diferencias valoradas (de sexo, nacimiento, etnia, religión, lengua, herencia, etcétera) se asumen como un estado privilegiado, fuentes de derechos y poder, e incluso como la base para un falso universalismo modelado únicamente en sujetos privilegiados. Otras identidades, como la de mujer, hereje y muchas otras, son asumidas como fuentes de exclusión, sujeción e incluso de persecución.

El tercer modelo es la *aprobación legal de la diferencia*. Las diferencias, con la diferencia sexual en primer lugar, continúan siendo devaluadas y negadas, no porque algunas sean concebidas como superiores, sino porque son despreciadas e ignoradas en nombre de una supuesta declaración abstracta de igualdad. No se trata la diferencia como un estado privilegiado o discriminado; resulta incluso peor, ya que simplemente se la elimina, se la suprime, reprime y se distorsiona.

El cuarto modelo de la *igual valoración jurídica de la diferencia* es el que más interesa al autor. La idea es que la igual apreciación jurídica de la diferencia se basa en el principio normativo de igualdad en todos los derechos fundamentales (políticos, civiles y sociales) y, al mismo tiempo, en un sistema de garantías capaz de asegurar su efectividad. En este caso, la consideración de la diferencia es esencial para garantizar la igualdad. Lo interesante del planteamiento de Ferrajoli es que vincula el concepto de igualdad a la diferencia y a la desigualdad. Para él, la igualdad es un principio complejo estipulado para proteger las diferencias, en oposición a las desigualdades.

Diferencia que, a su vez, consiste en la diversidad de identidades personales que hacen que cualquier persona sea diversa de las otras.³

La desigualdad consiste en la diversidad de las condiciones económicas y materiales de las personas. En general, se refiere a obstáculos de orden económico y social que limitan tanto la libertad como la igualdad de los ciudadanos. Por lo tanto, en el cuarto modelo defendido por el autor, las diferencias no son ni ignoradas ni negadas, y las personas no son abandonadas o simplemente sometidas a la ley del más fuerte. Con todo, creo que se trata de un discurso todavía muy abstracto, que no soluciona cuestiones prácticas.

Otro planteamiento presenta Catherine MacKinnon. La autora es conocida por defender, con mucha firmeza, sus posiciones teóricas y también por radicalizar, en ciertos momentos, sus argumentos con la finalidad de tornar visible su posición sobre la centralidad del poder masculino, ejercido, como ella sostiene, por medio de la sumisión sexual de las mujeres. MacKinnon identifica la sexualidad dominante masculina con la práctica de la desigualdad sexual que afecta a las mujeres. Se trata de un ejercicio de poder distribuido de forma desigual en nuestra sociedad. Afirma que las injusticias y el sufrimiento de las mujeres derivan de la sexualidad, precisamente de una erotización de las relaciones de sumisión. No hay igualdad, y el género encuentra sus raíces en la sexualidad (MacKinnon, 2011).

Así, la explotación de la sexualidad femenina se equipara con la explotación del trabajo en el marxismo. La subordinación sexual es lo que vincula a las mujeres de diferentes partes del mundo. Por ello, la autora sostiene que existe una categoría *mujer* —y también una categoría *hombre*— de carácter universal. Los argumentos que afirman la existencia de una diferencia sexual fundamentada en la biología, que suelen ser recuperados por grupos conservadores, mas también por autoras feministas como Gilligan —aunque bajo otra perspectiva—, constituyen solamente una de las formas de justificación del poder masculino. La violencia sexual en general, incluido el acoso sexual, la prostitución y la pornografía son temas centrales en una teoría centrada en la sexualidad. Con los estudios sobre la pornografía, MacKinnon (1996) logra demostrar, por ejemplo, el ejercicio desigual de poder, puesto que la considera

3. Robert Alexy sostiene que el derecho a la igualdad implica que el *deber de igualdad* esté en la aplicación del derecho como también en su proceso de creación. El legislador tiene que obedecer la regla general de que los iguales deben ser tratados de manera igual y los desiguales de manera desigual. El autor sostiene que un tal enunciado puede recibir interpretaciones diversas a partir de la igualdad valorativa, pero considera, empleando soluciones de la Corte constitucional alemana, que no es permitido tratar el sustancialmente igual de manera desigual y también el sustancialmente desigual arbitrariamente de manera igual. Esto conlleva al deber de tratar de manera desigual. No se respetaría la regla de igualdad cuando existe un tratamiento desigual que no puede ser justificado por un argumento razonable y que sea cognoscible (Alexy, 1993: 384 y ss.). De todas maneras, me parece que Alexy no formula una respuesta práctica a los conflictos que involucran la problemática de la desigualdad.

como práctica de política sexual, que no solo permite reproducir los roles de género y atribuir poder a los hombres —generando subordinación—, sino también promueve violencia de género, sea cuando se produce o cuando se consume.

Al igual que para MacKinnon, para Susanne Baer, profesora y jueza de la Corte Constitucional alemana, la práctica del derecho tiene una gran importancia en sus reflexiones sobre el sistema jurídico y el feminismo. Ella recuerda que la igualdad es empleada solamente de manera formalista y simétrica y que su concepción tradicional se fundamenta en un juicio comparativo, lo que favorece la justificación de la diferencia. Empleada como sinónimo de «no arbitrariedad», se constituye como un derecho que la persona tiene de recibir un tratamiento igualitario en presencia de la ley. Eso no resulta suficiente para tutelar derechos de los más débiles (Baer, 2016).

Por ello, la autora entiende que la garantía de igualdad debe dirigirse al daño causado por la desigualdad. El daño de la desigualdad se constituye como un sistema de privilegios y opresiones que reduce el otro al sufrimiento. Destaca que si se quiere un cambio efectivo de paradigma, que permita el respeto de los derechos humanos de todas las personas —obviamente incluyendo las mujeres— tampoco se puede trabajar con un único argumento, como el principio de la igualdad. Por ello, propone que libertad, igualdad y dignidad sean identificados como vértices de un triángulo y que se trabaje con una pluralidad de fuentes jurídicas, valorando los tratados internacionales de derechos humanos.

Recuerdo que la formulación de la dignidad y los derechos humanos en el primer artículo de la ley fundamental alemana⁴ se hace en términos genéricos. De manera que la determinación de su contenido se dé por el legislador, con la vigilancia del poder judicial (en especial, destaco la labor de la Corte Constitucional Federal, el *Bundesverfassungsgericht*). La dignidad como objeto de decisión de esta Corte es comprendida como garantía de un mínimo de subsistencia. Esto cubre tanto la existencia física de las personas (salud, vivienda, alimentos, entre otros) como también la manutención de las relaciones interpersonales y de un nivel mínimo de participación en la vida social, cultural y política, puesto que el ser humano existe necesariamente en las relaciones sociales. Por ello, la dignidad es un valor ético-jurídico que involucra todo el sistema de derechos fundamentales y establece, por un lado, una limitación del ejercicio del poder público; y por otro, una imposición dirigida al legislador para que implemente las condiciones sociales que permitan asegurar la dignidad en todos los aspectos de la vida.⁵ Baer recuerda la posición tomada por la primera sala de la

4. 1) La dignidad humana es intangible; respetarla y protegerla es obligación de todo poder público; 2) el pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo; 3) los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial como derecho directamente aplicable.

5. BVerfGE, 125, 175 (223-224).

Corte en 2014, que sostuvo que la dignidad debe ser comprendida como una garantía del reconocimiento básico de todas las personas, sean de donde sean.⁶

Como sostiene la autora, en el momento en que se pasa a considerar la igualdad como un verdadero derecho contra la discriminación, se hace necesario que se discutan los parámetros de violación y si ella puede ser justificada con razones suficientes.

En otra perspectiva, citamos al profesor Dimitri Dimoulis. Este cuestiona la distinción entre igualdad y libertad y lo que denomina la «fragmentación de los derechos humanos». Él adopta la tesis de Étienne Balibar sobre la *iguallibertad*⁷ y comparte la crítica de este autor acerca de la «debilidad» política y fáctica de los derechos de igualdad y libertad en nuestras sociedades, que cumplen funciones meramente ideológicas. Dimoulis (2016) desarrolla un complejo análisis que permite pensar la desigualdad de las mujeres.

Recuerda Dimoulis la tensión permanente —destacada, aunque en otra perspectiva, también por las feministas citadas— entre libertad e igualdad, que

contribuye para la manutención y reproducción de la desigualdad en tres perspectivas: desigualdad entre nacionales y extranjeros (en cuanto mecanismo de tutela del Estado nacional); desigualdad para acceder a recursos económicos y a las instituciones políticas (de manera de no destruir los estímulos a la iniciativa privada y la creatividad) y desigualdad en los resultados obtenidos (patrimonio, cultura, posición social) para no perjudicar la libertad de las personas debido a la actuación de un Estado potencialmente «totalitario» (Dimoulis, 2016: 27-28).

Si la formulación «todos los hombres son libres y todos son iguales en derechos» no mantiene vínculo con la realidad, esto afecta el desarrollo de políticas de implementación de los derechos humanos, porque se enfrentan con las decepciones impuestas por la práctica. Entonces, un país puede mantener la promesa en su texto constitucional de igualdad formal y material en relación, por ejemplo, al pago de sueldos iguales para hombres y mujeres que desempeñen las mismas funciones laborales, mientras que, por otra parte, los datos estadísticos pueden indicar que ese ideal previsto en normas constitucionales no mantiene una relación con la realidad vivida por la mayoría de las mujeres en nuestro mundo.

Aunque las instituciones de derechos humanos lleguen a prever que en el futuro las mujeres alcanzarán sueldos iguales a los varones, se mantendrán dentro de la categoría *mujer* muchas distinciones —como ocurre entre hombre ricos y pobres—, respecto de la posición social que puede otorgar a una mujer una vida de satisfacción de sus necesidades básicas, en cuanto otras murieran de hambre.

6. BVerfG, decisión de la primera turma 1 BvL 10/12, 23 de julio de 2014.

7. Recordando que el primer texto presentado por Balibar sobre el tema es de 1989.

Todo lo que se denuncia respecto de la desigualdad en la realización de derechos humanos puede encontrar justificación desde una perspectiva meritocrática. Siempre se puede decir, por ejemplo, que María gana más que Paola porque María se ha dedicado a estudiar y trabajó con dedicación, en cuanto que Paola no tomó en serio los estudios o las oportunidades laborales que la vida les presentó. Podemos contraargumentar recordando el rol de los propios mecanismos de exclusión social. Imagínese que estas dos mujeres sean alemanas. En una sociedad que discrimina el acceso a los estudios universitarios a partir de las notas que una persona ha obtenido a lo largo de su vida escolar, se reafirma este mecanismo de exclusión justificándolo por medio de un discurso meritocrático. Nadie va a mirar en qué condiciones sociales, culturales y económicas ha crecido Paola. Por ello, se puede decir que quienes detentan el poder mantienen la desigualdad para explotar el trabajo ajeno y reprimir las protestas de las personas que se dan cuenta de su posición de explotados, como hemos visto en Chile en octubre de 2019.

Para Dimoulis, el ejercicio de derechos en Estados constitucionales genera múltiples discriminaciones y exclusiones, porque nos enfrentamos con una estructura social de dominación que produce identidades diferenciadas, fundamentadas en privilegios. La cuestión que se plantea es «cómo» escapar de esa trampa.

La alternativa planteada por Balibar (2010) —retomada y desarrollada por Dimoulis— es que el abordaje de la igualibertad propone una inversión: «No deben existir ni personas privilegiadas y tampoco limitaciones en la política» (Dimoulis 2016: 36). De esa manera, Dimoulis reafirma la concepción de Balibar, el cual sostiene que la efectivación de los derechos humanos requiere no solo la consideración de todas las personas como ciudadanos, sino también la politización de la esfera privada (Balibar, 1989: 8-11). Esta reflexión, defendida por Dimoulis, me parece más adecuada para escapar de la eterna trampa que el discurso liberal de los derechos humanos nos presenta.

Es que la igualibertad se constituye en una alternativa efectiva a los prejuicios impuestos por el individualismo liberal. Este siempre llevará a la producción de ulteriores diferencias entre las personas, porque las deja al abandono de la ley del más fuerte, segregando los más débiles. Como destaca Dimoulis (2016: 36), este abordaje propone «el establecimiento de un régimen de producción social en el cual la identidad de cada persona no sea organizada en base en el ser (identidad fija) y del poseer (propiedad privada de bienes de función colectiva)». Se trata más bien de una política que se ocupa de las personas constantemente excluidas, sean ellas los refugiados sirios en Alemania —que tanto preocupa a autoras como Baer, que critican el discurso vacío de la dignidad para recordar que se trata de personas, siempre de personas— o de los afrodescendientes en Brasil —víctimas de dobles e incluso triples violaciones de derechos fundamentales—, como también de las mujeres en razón de su simple pertenencia a esa categoría, para citar a Catherine MacKinnon.

A pesar de las diferencias de planteamientos, hay un elemento que todas y todos los autores recogen en el desarrollo de sus ideas: la *desigualdad social* como contrapunto a la igualdad material. Para Ferrajoli, se relaciona con los mecanismos de efectividad de la igualdad; para Baer, se materializa en el daño; para MacKinnon, está presente cuando la autora habla de sumisión sexual; para Dimoulis, cuando sitúa la necesidad de identificar la persona con la o el ciudadano y politizar lo que se considera como «privado».

Una cuestión muy importante es constatar la preocupación de todas y todos los autores por encontrar una «vía de escape» a los límites burgueses impuestos por el principio de la libertad al ejercicio de la igualdad, aun cuando eso signifique, como en el caso de Dimoulis y MacKinnon, cuestionar la propia organización de la sociedad liberal.

La igualdad en las constituciones de América Latina y la tutela de los derechos de las mujeres

La mayoría de las constituciones latinoamericanas afirma que mujeres y hombres son iguales en derechos; por lo tanto, hay en nuestros textos constitucionales la promesa de igualdad formal. Otros hacen también referencia a la igualdad real y al rol de los tratados internacionales de derechos humanos.⁸ Hay países que avanzan más y establecen mecanismos de acción positiva que garantizan la posibilidad de una igualdad material.

De todas maneras, es necesario diferenciar los países que lograron hacer nuevas constituciones (entre estos, situamos a Nicaragua 1985, con reformas en 2014; Brasil en 1988; Colombia en 1991; Paraguay en 1992; Uruguay en 1997; Ecuador en 2008, con reformas en 2011; y Bolivia en 2009) de los que hicieron reformas constitucionales, como Uruguay (1997 y 2004) Argentina (importante reforma en 1994), y los países en que son muy difíciles los cambios sustanciales debido a las trampas del propio texto constitucional (Atria, 2013).

Empecemos por Chile, país anfitrión de la Biental de Derechos Humanos. El artículo 1, reformado por la Ley 19.611 de 1999, sustituye el término «hombre» por «personas»: «Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos». Fue una reforma que se inició en 1995 y que buscaba establecer igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.⁹ El artículo 19, numeral segundo de la Constitución asegura a

8. He seleccionado las constituciones de los siguientes países: México, Nicaragua, Ecuador, Paraguay, Chile, Argentina, Bolivia, Colombia, Brasil, Cuba y Uruguay. Mi objetivo es hacer una aproximación a la idea de que las constituciones tratan igualmente «hombres y mujeres» y sus consecuencias prácticas. Para un análisis de los procesos constituyentes en una perspectiva feminista en nuestro continente, véase, entre otras, Valdivieso Ide (2017).

9. Historia de la Ley 19.611, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, disponible en <https://bit.ly/3bcMy65>.

todas las personas la igualdad ante el sistema normativo y proclama que hombres y mujeres son iguales ante la ley. No se trata de redundancia. Esta afirmación se relaciona con la promulgación (en 1989) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de Naciones Unidas.¹⁰

Aunque no se hable directamente de la protección de mujeres, existen artículos, como el artículo 16, que prohíbe la discriminación en el trabajo desde que «no se base en la capacidad o idoneidad personal». Mas el texto constitucional no está comprometido con la realización de los derechos fundamentales de los pueblos que componen la nación chilena ni de los grupos vulnerables. El problema es muy complejo y será objeto de la nueva constituyente en 2021.

La Constitución de Argentina fue sometida a reformas después de la dictadura de los años setenta. Se trata de un texto constitucional, que en virtud del artículo 75, inciso vigésimo segundo, concede el estatus de norma constitucional a tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos a la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la mujer. En lo que se refiere a la igualdad, la Constitución argentina no solo trata de la igualdad formal entre los géneros (artículo 16: «Todos sus habitantes son iguales ante la ley»); también especifica en su artículo 75, número 23, que al Congreso le corresponde «legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad».

En otros dispositivos, esa preocupación por la igualdad material se destaca cuando, por ejemplo, se trata de los derechos políticos, al sostener que «la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral» (artículo 37).

No se trata, por supuesto, de una norma constitucional que obligue la adopción de una medida efectiva de garantía de participación política en igualdad de condiciones, ya que no impone la obligatoriedad de que 50% de los cupos sean reservados para mujeres.

En Nicaragua, la Constitución revolucionaria de 1985 sufrió reformas en el año de 2014. El artículo 27 sostiene la igualdad formal y prohíbe la discriminación, entre otros motivos, por sexo y raza. En el ámbito de los derechos políticos (capítulo 2), se hace referencia a la igualdad formal y material entre hombres y mujeres en el artículo 48:

10. A pesar de la Convención fue aprobada en 1979, algunos países solamente la ratificaron al final de los años ochenta, como en Chile, por el Decreto 789 de 1989. De todas las formas, la propia Naciones Unidas reconoció que, a su tiempo, esa fue la Convención a la cual más se impuso reservas por parte de los Estados. Para un estudio más detallado, véase Sabadell y Castro (2013).

Se establece igualdad incondicional de todos los nicaragüenses en el goce de sus derechos políticos; en el ejercicio de los mismos y en el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, existe igualdad absoluta entre el hombre y la mujer. Es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país.

El artículo 50 garantiza a todas las personas el derecho de participación en la política sin hacer mención al sexo u género. La Constitución asegura los derechos sociales de todas las personas (artículos 56 a 69) de forma muy detallada, con una hermosa referencia a la tutela de la tierra (artículo 60). En el capítulo dedicado a la familia se establecen normas más detalladas de tutela de la niñez. Respecto de la mujer, el artículo 72 establece que el matrimonio y la unión son acuerdos voluntarios y que tanto la mujer como el hombre podrán disolverlo, si lo desean. En el artículo 73 se sostiene que las relaciones familiares se fundamentan «en el respeto, solidaridad e igualdad absoluta de derechos y responsabilidades entre el hombre y la mujer» y determina el amparo de las mujeres embarazadas, incluyendo la tutela del trabajo (artículo 74).

Se prohíben también las discriminaciones de sexo en el ámbito laboral (artículo 82, 1) y se destaca su eliminación en las asociaciones de campesinos promovidas por el Estado (artículo 109). El artículo 131 determina que las listas de candidatos —pero no de los electos— deben estar integrados en 50% por mujeres.

En Colombia, la Constitución de 1991, en su artículo 13, hace referencia a la igualdad formal y material y prohíbe la discriminación, entre otros motivos, por razones de «sexo» (no se emplea el término género). Para promover el respeto a la igualdad material, el Constituyente establece que el «Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados». Se establecen reglas para garantizar la participación de las mujeres en los niveles decisorios de la Administración pública (artículo 40.7). En el capítulo segundo, dedicado a los derechos sociales, el primer tema tratado es la familia, considerada como «el núcleo fundamental de la sociedad» (artículo 42). Se trata de un artículo que establece una tutela integral de la familia (la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables) en una perspectiva patriarcal, pero que también refiere, de una manera que nos parece contradictoria a la prohibición de la violencia en la familia, «cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley». El artículo 43 garantiza igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres y establece la obligación del Estado colombiano de apoyar de manera especial la mujer «cabeza de familia». Por fin, el artículo 53 afirma que se debe conceder atención especial a las mujeres, sin especificar cómo hacerlo.

La Constitución colombiana fue muy importante, porque introdujo en América Latina la tutela constitucional de los pueblos indígenas, dándoles visibilidad. Lo que

no es poco, puesto que en nuestros países se adoptó por mucho tiempo una posición de «denegación» (en sentido psicoanalítico) frente a los pueblos indígenas.

En Ecuador, la Constitución de 2008 establece (artículo 11, número 2) el principio de la igualdad formal, prohíbe la discriminación (destaca la referencia al sexo, identidad de género y orientación sexual) y establece la obligación del Estado en adoptar «medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad». La tutela de la igualdad se hace de una forma taxativa en los once números que componen el artículo 11, reiterándose que no se admiten acciones políticas o formulaciones de leyes que restrinjan tales derechos. En el artículo 43.4 se tutelan los derechos de la mujer durante el embarazo, parto y posparto. Se trata de una formulación avanzada que garantiza la no discriminación en el ámbito laboral, social y educativo.

Además, el artículo 70 sostiene que el Estado «formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través del mecanismo especializado de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público».

Me parece que el marco de protección legal establecido por la Constitución de Ecuador debería servir de modelo para otros países latinos, porque se concentra en establecer *mecanismos de realización de la igualdad material* que pasan por la incorporación del enfoque de género.

La Constitución de Bolivia también ofrece amplia tutela a la mujer —de forma casuística—, aunque no mencione la adopción de acciones positivas y no sitúe la necesidad de incorporar el enfoque de género, como lo hace la Constitución de Ecuador. En varios artículos, que son centrales para la discusión de género, el Constituyente habla de «hombres y mujeres». Es verdad que también se emplea el término *persona*, pero resulta curioso que solamente el artículo 14.2 hace referencia a la comunidad LGBTQIA+, cuando se prohíbe la discriminación en razón de la orientación sexual.

Esto es una contradicción típica de países «machistas», aun cuando son gobernados por políticos sensibles a la tutela de los derechos fundamentales. La cultura patriarcal está presente entre los políticos más progresistas.

El artículo 8.3 de la Constitución establece la igualdad formal como un valor del Estado y destaca la importancia de la igualdad de «género». En el artículo 14.2 se prohíbe toda forma de discriminación, sea por «sexo», color, edad, orientación sexual, «identidad de género» u otras que de alguna manera puedan ser perjudiciales al goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona.

En el ámbito del ejercicio de la política, tenemos artículos que aseguran una participación equitativa de mujeres y hombres (artículo 26.1) y el constituyente retoma esa argumentación en otros pasajes del texto constitucional, como en el artículo 147.1: «En la elección de asambleístas se garantizará la igual participación de hombres y mujeres». Esa me parece la única forma segura de garantizar la participación de las

mujeres en la política desde una perspectiva del ejercicio de una igualdad formal. Los artículos 147.1 y 147.2 garantizan la elección, en igualdad de condiciones, de asambleístas hombres y mujeres. Además, garantizan la participación proporcional de indígenas y campesinos. La obligación de representación femenina paritaria a la de los hombres en la política también es objeto del artículo 210.

Todas las formas de violencia contra la mujer practicadas en la familia y en la sociedad son prohibidas (artículo 15.2) y se establece la obligación del Estado (artículo 15.3) de adoptar «las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género y generacional, así como toda acción u omisión que tenga por objeto degradar la condición humana, causar muerte, dolor y sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como privado».

En el capítulo dedicado a las normas de tutela de los derechos sociales (salud, seguridad social, trabajo), son incluidas reglas muy específicas sobre los derechos de las mujeres madres y trabajadoras (artículo 45 y siguientes). Resulta interesante destacar que el derecho a la maternidad es ejercido «con una visión y práctica intercultural». Temas como la incorporación de la mujer en el mundo laboral son objeto del texto constitucional que sostiene (artículo 48.5 y 48.6) que el Estado debe garantizar igual remuneración para hombres y mujeres. En este sentido, también prohíbe todas las formas de discriminación (por estado civil, de embarazo, edad, rasgos físicos y maternidad), garantizando la inamovilidad laboral de las mujeres embarazadas o con hijos menores de un año. La igualdad de derechos en el matrimonio es objeto del artículo 63.1 y 2, y los derechos sexuales y reproductivos son objeto del artículo 66. La obligación del Estado de promover la educación es objeto del artículo 78.

La Constitución boliviana no olvida el derecho de las mujeres a la tierra (artículo 395), sin que las campesinas sean sometidas a discriminación debido a su estado civil o unión conyugal y establece la obligación del Estado (artículo 402.2) de promover políticas dirigidas a eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres en el acceso, tenencia y herencia de la tierra.

En Uruguay, la Constitución reformada en 1997 (con ulterior reforma en 2014) hace pocas referencias a la igualdad. El artículo 8 establece la igualdad formal («todas las personas son iguales ante la ley»). El artículo 42 trata de la tutela de la maternidad. En el artículo 54, que trata del derecho al trabajo, se establece que «el trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años será especialmente reglamentado y limitado». Una ulterior referencia a las mujeres encontramos cuando el Constituyente trata del derecho de ciudadanía (artículo 75, A y B) y de la posibilidad de participación en el sufragio (artículo 78) prohibiendo la discriminación de la mujer.

La Constitución de México establece la igualdad formal entre hombres y mujeres en el artículo 4. Los servicios de radiodifusión deben contribuir en la difusión de informaciones para que se haga eficaz esta igualdad (artículo 6, letra b.5). La reforma de 2011 estableció, en el artículo 1, una amplia tutela de los derechos humanos. Se hace

referencia a la validez de los tratados internacionales de derechos humanos reconocidos por México y se establece la obligación de promover, respetar y garantizarlos. La reforma de 2006 prohibió todas las formas de discriminación, incluyendo las que son motivadas por el género y las preferencias sexuales «o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas». En el artículo 4 se establece la igualdad formal entre varón y mujer. También se establece la tutela a la maternidad (artículo 123, letra a.5) y en el ámbito de las relaciones laborales (artículo 123, letra a.15).

Acerca de Brasil, presento algunos datos que pueden ayudar a comprender las limitaciones del texto constitucional. La Constituyente de 1987-1988 contó con la participación de mujeres. Las diputadas elegidas eran, en su mayoría, esposas de políticos con proyección nacional. Con todo, fueron las feministas las que lograron imponer la presencia femenina en la Constituyente. En el año de 1985, casi al final de la dictadura, se creó el Consejo Nacional de los Derechos de la Mujer (CNDM). Ellas fueron las responsables de la presencia de mujeres en la Constituyente. En 1986 publicó la «Carta de las mujeres brasileñas a los constituyentes», en la que sostuvieron que la Constituyente solamente tendría validez con representación de mujeres.¹¹

Las propuestas fueron situar la igualdad formal entre hombres y mujeres (lo que implicaba cambios en la legislación civil); crear mecanismos en contra de la violencia doméstica; prohibir la discriminación étnica y racial; establecer mecanismos de tutela de la mujer trabajadora en situación de maternidad; garantizar igualdad de derechos laborales para hombres y mujeres, incluyendo el sueldo y garantías de que el Estado asumiera la jubilación pública; garantizar un sistema de salud pública para todas las personas; establecer la tutela de los derechos reproductivos; garantizar derechos a las mujeres en las áreas rurales y ampliar el concepto de familia, garantizando la no discriminación por orientación sexual (Schumacher, 2019: 335-340).

Las propuestas presentadas fueron aceptas muy parcialmente. De todas formas, el texto de 1988 tiene como innovación un tratamiento muy detallado, aunque con el empleo de principios y normas abstractas (normas programáticas), de los derechos civiles y políticos (artículo 5) y de los derechos sociales, económicos y culturales (artículo 7). La igualdad formal entre hombres y mujeres se sitúa en el artículo 5.1. En el ámbito laboral, se promete una «supuesta» protección a la mujer trabajadora (artículo 7.20), con estabilidad en el trabajo por 180 días después del nacimiento de los hijos y una licencia de maternidad de 120 días. El artículo 226 establece la igualdad de hombres y mujeres en el matrimonio y cuidado de la familia (párrafo quinto) y el párrafo octavo ordena —siempre de forma abstracta— la creación de «mecanismos para impedir la violencia en las relaciones familiares». De hecho, recién en el año

11. Este documento se encuentra disponible en <https://bit.ly/3hJXNoV>. El tema fue objeto de una tesis doctoral (Oliveira, 2012).

2006 se creó una ley federal de combate a la violencia contra de la mujer. Una reforma de 2004 concede estatus de norma constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, aprobados por dos tercios de los miembros del Congreso Nacional (artículo 5.78, párrafo tercero).

A pesar de la elaboración de muchas reformas, poco se hizo en favor de la tutela de los derechos de las mujeres. En relación a la población negra, que es la mayoría en Brasil (56,1% entre negros y mulatos)¹² (Domingues, 2007), una subcomisión de la Constituyente trató de introducir normas constitucionales de tutela, pero los logros fueron muy limitados (Neris, 2015). Lo que se logró fue la prohibición del racismo, entendido como crimen sin fianza e imprescriptible (artículo 4.7; artículo 5.42). Otra norma enuncia, de forma genérica, que el Estado protege la cultura de los afrodescendientes e indígenas (artículo 215.1) y el artículo 216, párrafo quinto, trata de la protección de documentos y locales con reminiscencias históricas de los antiguos quilombos.¹³ No hay una palabra sobre la situación de profunda desigualdad en la que viven las mujeres negras. Este silencio del constituyente es parte integrativa del racismo brasileño. Resulta indicativo de esto que, en libros dedicados a estudiar los 30 años de la Constitución en 2018, casi no se encuentren comentarios sobre las acciones de las feministas y la forma en que fueron saboteadas sus reivindicaciones durante la elaboración de la Constitución.¹⁴

A los indígenas se dedica un capítulo de la Constitución (capítulo 7, artículos 232 y 233) para proteger su cultura y sus tierras, lo que nunca fue garantía de tutela efectiva de derechos. Lo mismo ocurre respecto de las personas que sufren de incapacidad.¹⁵

Respecto de Cuba, la Constitución de 2019 establece la tutela integral de los derechos humanos «en correspondencia con los principios de progresividad, igualdad y no discriminación. Su respeto y garantía es de obligatorio cumplimiento para todos» (artículo 41). El artículo 42 tutela la igualdad formal y material y prohíbe la discriminación «por razones de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad [...] o cualquier otra condición o circunstancia personal que implique distinción lesiva a la dignidad humana». Según el artículo 43, hombres y mujeres «tienen iguales derechos y responsabilida-

12. Véase «Quadros Públicos», SIDRA, disponible en <https://bit.ly/3baT6Ce>. En Brasil se emplea la expresión «negros y pardos».

13. En Brasil, durante la esclavitud, ocurrió el fenómeno de los quilombos. Los esclavos que lograban escapar del cautiverio organizaran comunidades en las florestas. Algunos quilombos han durado más de cien años, como es el caso del quilombo de los Palmares, en la provincia de Alagoas, que surgió en el siglo XVI. Después de la abolición de la esclavitud, muchos quilombos siguieron existiendo, razón por la cual la Constitución de 1988 les hace referencia y les da tutela.

14. Por ejemplo, Leite y otros (2018). El libro tiene 591 páginas y ningún estudio dedicado a la temática femenina.

15. Para una aproximación a la temática, véase Araujo Júnior (2018).

des en todos los ámbitos de la vida y que al Estado le cumple la tarea de ofrecer las mismas oportunidades y posibilidades». También se asegura a las mujeres su plena participación social y el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, así como la protección contra la violencia de género. El Estado cubano debe crear las condiciones para garantizar la igualdad de sus ciudadanos, con implementación de políticas públicas y leyes para lograr la inclusión social y salvaguardar derechos de quienes lo necesiten (artículo 44).

La Constitución cubana se distingue de las demás por presentar una nueva concepción de familia. En el capítulo 3, «Las familias», el artículo 81 protege todas las formas de familias, mientras que el artículo 85 determina que será punida la violencia familiar.

Por último, un comentario acerca de la Constitución de Paraguay de 1992. Es la única entre las constituciones analizadas que dedica un capítulo al tema de la igualdad. El capítulo 3, trabaja en simultáneo con igualdad formal y real y mecanismos obligatorios de tutela (sin emplear la expresión acción positiva). El artículo 46 establece que «no se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios». Los artículos 47 y 48 indican las garantías de la igualdad entre hombres y mujeres en todos los derechos fundamentales. Respecto de la familia, se sostiene en el artículo 60 que compete al Estado la promoción de «políticas que tengan por objeto evitar la violencia en el ámbito familiar y otras causas destructoras de su solidaridad».

Antes de analizar el tratamiento que estos textos constitucionales conceden a la igualdad, deseamos hacer una brevíssima observación acerca de la tutela de la familia en las constituciones, aunque no sea posible profundizarla en este estudio. A pesar de que algunos textos presenten —como en el caso de Cuba— otra visión de familia y que algunos «recrimen» la violencia familiar, las constituciones continúan tutelando espacios de dominación masculina.

Hay una gran contradicción en casi todas las constituciones que hemos estudiado respecto de la cuestión de la tutela familiar. Desde la perspectiva feminista que defendemos, entendemos que esta tutela resulta indicativa de los pactos que todavía se hacen con una sociedad patriarcal. Las mujeres son víctimas de violencia doméstica —y diversas otras formas de violencia emocional desde la infancia—, violencia sexual y feminicidio, sobre todo en la familia. Estas violencias ocurren en lo que llamamos *espacio privado*, donde se ejerce la intimidad, es decir, son practicadas bajo el santo velo de la tutela de la «intimidad». ¡Contando con protección constitucional! Por ello, la insistencia en hacer referencia a la tutela de la familia indica las contradicciones de los propios procesos de cambio social en estos textos legales, constituyen lo que denominamos en otros estudios «espacios de resistencia» de la cultura patriarcal y estimulan

la mantención del proceso de denegación social de la violencia vivenciada por las mujeres. Así, la defensa de la intimidad, de la privacidad y de la familia debe ser vista con mucho cuidado si se quiere en verdad usar el derecho como instrumento de defensa de derechos humanos, aunque mejor sería no hacer mención a la familia, en señal de un mínimo respeto por todas las víctimas (Sabadell, 2020).¹⁶ Hay otras formas de tutelar los derechos fundamentales de las personas, más originales y menos sexistas.

Volviendo a nuestro tema central, partimos de una pregunta: ¿qué hay en común en las constituciones que presentamos? Todas hacen referencia a la igualdad formal, y la mayoría a la igualdad material (Bolivia, Ecuador, Argentina, Colombia, Cuba, Nicaragua y México). Algunas sitúan los tratados internacionales de derechos humanos en posición superior a la del legislador ordinario. Las referencias a la igualdad real se hacen, en general, con el empleo de normas programáticas, lo que permite «modular» la aplicación de tales normas de acuerdo con los intereses del Estado. Como sabemos, las normas programáticas son más que todo expresión de un objetivo a ser perseguido y no implican una obligación de actuar.

¿Podemos considerar las referencias a la igualdad material (o real) como el resultado de procesos de cambio social reflejados en el texto constitucional? La entrada de la igualdad real en textos constitucionales no deja de ser indicativa de que el derecho asimila reivindicaciones de tutela de derechos humanos, incluyendo las provenientes de los movimientos feministas. La paulatina inclusión de las mujeres en el espacio público contribuye a esos cambios, así como también lo hacen los debates académicos. Los planteamientos de la doctrina en las más diversas ramas del derecho mantienen una conexión con la producción de la jurisprudencia y con las reformas legales, especialmente en países que adoptan el *civil law*. En el caso de las mujeres tenemos una situación particular, porque la política feminista de los años sesenta recibió influencias de algunas pensadoras, como Simone de Beauvoir, pero se desarrolló en el campo de la acción política en el período de la contracultura. Con raras excepciones, solo en los años ochenta se identificó la docencia de la teoría feminista del derecho en algunas universidades¹⁷ y la producción doctrinal empezó a tener relevancia para los legisladores.

No vivimos en un mundo estático. Las restricciones impuestas por el derecho liberal a las mujeres fueron, en su gran mayoría, eliminadas, por lo menos de manera formal. Otra cuestión es si la admisión formal de un derecho se refleja en la realidad social. Por ejemplo, las constituciones (y normas infraconstitucionales) garantizan a las mujeres los derechos políticos, pero todavía no logran igualdad de participación en la política, aun cuando se utilizan instrumentos como los litigios estructurales.

16. No resulta posible, por el número de páginas que escribimos, tratar este tema, que considero uno de los más complejos sobre la tutela de los derechos de las mujeres.

17. Una excepción constituye la Facultad de Derecho de la Universidad de Oslo, que en 1974 creó la disciplina llamada *Kvinnerett* (Derecho de las Mujeres) (Dahl, 1986).

En este sentido, el derecho refleja procesos de cambios sociales que están en curso. Además, es posible plantear que la incorporación de la igualdad real por medio de normas programáticas también sirve como herramienta política para presionar al Poder Legislativo y el Ejecutivo y, desde esta perspectiva, puede contribuir —y en algunos países ya ocurre— al desarrollo de acciones judiciales, como en el caso de los litigios estructurales.

El problema puede ser también planteado bajo otra perspectiva. Una cosa es constatar que el derecho cambia —aunque en forma paulatina— respecto de los cambios sociales, y que este proceso mantiene una relación con los avances teóricos. Eso es comprensible, puesto que el derecho integra la sociedad. Otra cosa es sostener, al revés, que el derecho pueda promover grandes cambios sociales.

Apuntamos aquí una antigua discusión de la sociología jurídica: ¿el derecho es propulsor de cambios sociales o actúa de forma conservadora, frenando tales procesos? (Sabadell, 2017). Apostar por la capacidad del derecho para producir profundos cambios sociales me parece una equivocación. ¡Es como sostener que el derecho tiene un poder mágico, como la varita de Harry Potter! En el próximo apartado, trabajaremos con algunos datos que demuestran los límites de los propios cambios constitucionales.

En una perspectiva política, también es posible plantear otro tipo de cuestiones. Las normas que tratan de la igualdad formal y material son muchas veces abstractas y existe presión para que se cumplan. ¿Hasta qué punto los jueces pueden ser vistos como instrumentos de realización de las promesas constitucionales sin sobreponerse a los demás poderes y sin transformarse en un «súper» poder?

El doble mecanismo de violación sistemática de los derechos fundamentales de las mujeres latinas

Ahora paso a destacar datos que nos demuestran que todavía vivenciamos prácticas *sistemáticas* de violaciones de derechos humanos de las mujeres. Según Naciones Unidas, hubo un aumento en el número de países que han desarrollado políticas nacionales de protección de las mujeres. En 2013 se identificaron 24 países (74% del total) y en 2016 ya sumaban 31 países (94% del total).¹⁸

De todas las formas, el sexismo latinoamericano y la inestabilidad política y económica de la región pueden perjudicar la implementación de políticas públicas, en especial cuando no se ha incorporado la perspectiva de género de manera estable.¹⁹

18. «Del compromiso a la acción: Políticas para erradicar la violencia contra las mujeres en América Latina y el Caribe», PNUD, disponible en <https://bit.ly/2EUASbZ>.

19. Acerca de las políticas públicas que se desarrollan en América Latina, véanse los datos presentados en el Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe por países, disponible

La situación de Brasil permite ilustrar la problemática. En un estudio publicado en 2019, hemos comprobado que diez años después de la entrada en vigor de la legislación que combate la violencia doméstica (Ley 11.340/2006), que prevé la acción integrada entre componentes de la Federación para elaborar políticas públicas, ocurrió un desmantelamiento de la (incipiente) estructura de apoyo, por parte del Poder Ejecutivo después del *impeachment* de la presidenta Dilma Rousseff. Tras esta situación, también hemos identificado el surgimiento del fenómeno del desplazamiento de funciones. El Poder Judicial y otras instituciones integrantes del sistema de justicia han desarrollado prácticas de prevención y combate a la violencia doméstica y familiar, distintas de la judicialización.²⁰

Las estadísticas del año de 2015 de la Organización Mundial de la Salud (OMS) muestran que 14 de los 25 países que tienen las tasas más altas de asesinatos de mujeres se encuentran en América Latina y el Caribe. En nuestro continente, una de cada tres mujeres ha sido víctima de violencia sexual al menos una vez en su vida. Este hecho permitió a la OMS afirmar que la región se enfrenta a una verdadera «epidemia» de prácticas de violencia machista (Sabadell, 2017: 223-226).²¹

Respecto del feminicidio, estudios del Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe²² sostienen que por lo menos 3,529 mujeres fueron víctimas de feminicidio en la región en 2018.

Las tasas de mujeres víctimas de feminicidio —o, dependiendo del legislador nacional, de femicidio— para este año en nuestro continente es más alta que en muchos países europeos. Veamos algunas tasas por 100.000 mujeres del año 2018: Bolivia, 2,3; Paraguay y Uruguay, 1,7; México, 1,4; Ecuador, 1,3; Brasil y Argentina, 1,1. La tasa más alta es de El Salvador, con 6,8. En Europa, Italia presenta una tasa del 0,4.

Por supuesto que se puede plantear que los subregistros pueden empeorar la situación. Pregúntese si acaso resulta sencillo contestar lo que significa decir «matar por la razón de ser mujer». Por mucho que el legislador tenga el cuidado de definir la regla, es quien aplica la ley que la hace concreta, y eso favorece el subregistro.

en <https://oig.cepal.org/es/paises>. Para un análisis sobre las medidas desarrolladas en Chile durante los años noventa, véase Salazar (2016).

20. En algunos estados se observó una creciente participación del Poder Judicial en la estructuración de una red de apoyo a mujeres en situación de violencia. Nuestra hipótesis es que funciones del Poder Ejecutivo, delante del escenario de crisis, pasaron a ser incorporadas por órganos de la justicia, que comenzaron a actuar de forma más activa en la elaboración de convenios y protocolos para el combate de la violencia doméstica (Sabadell y Lima, 2019).

21. Acerca de los datos de la OMS, véase «Estudio multipaís sobre la salud de la mujer y violencia doméstica», Organización Mundial de la Salud, 2015. Disponible en <https://bit.ly/34NKwYZ>.

22. «Feminicidio ou femicidio», Observatório de Igualdade de Género da América Latina e do Caribe, disponible en <https://bit.ly/3lwrVqd>.

Respecto del tema de la educación y su relación con el trabajo femenino, estudios de la Organización Internacional del Trabajo sostienen que desde hace algunas décadas se observa que las mujeres trabajadoras adquieren, en promedio, mayor educación que los hombres trabajadores. Según el informe de 2019, entre las personas nacidas en 1990, el 40% de las mujeres que trabajan ha llegado a la educación terciaria, frente al 25% de los hombres. También han observado que en 2017 la tasa de participación de las mujeres latinas en el mercado laboral ya era superior a 50%, pero el estudio indica que persisten diferencias que generan desigualdad. En el ámbito laboral se reproducen las disparidades de género. Entre 2012 y 2017, hubo una pequeña mejoría (entre 2 y 3 puntos) respecto de los ingresos por hora trabajada. De todas formas, los ingresos de las mujeres suelen ser, en promedio, 17% inferiores que los de los hombres. Además, la tasa de participación y ocupación de las mujeres en América Latina todavía sigue siendo inferiores a la de los hombres.²³ Esta brecha de ingresos permite identificar la reproducción de discriminación de género prejudicial a las mujeres.

De acuerdo con los datos organizados por el Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y del Caribe (Cepal-ONU), en 2017, la media de horas de trabajo no remunerado para las mujeres latinas llegó a 21,5 horas por semana, en cuanto que la de los hombres fue prácticamente la mitad (10,8 horas). Considerando que la diferencia entre la carga horaria total de trabajo —sea remunerado o no— entre hombres y mujeres es de una hora semanal (39,4 horas para hombres y 38,3 para mujeres), se nota que todavía subsiste el paradigma de la *división sexual del trabajo*, en el que los hombres actúan preferentemente en actividades que se sitúan en el espacio público y las mujeres se encargan de cumplir con las tareas del espacio privado.²⁴ Del mismo modo, se torna visible el fenómeno de la doble o triple jornada laboral desarrollada por las mujeres trabajadoras, que se mueven entre los espacios privado y público.

Utilizo ahora el ejemplo de Brasil, que resulta similar al de otros países. Los estudios nos hacen ver que, a pesar de la mejoría en la educación de la mujer trabajadora, e incluso un significativo aumento de mujeres en puestos de mando, no se logran solucionar problemas como la diferencia salarial significativa.²⁵ Se podría plantear que se trata de una resistencia a procesos de cambios sociales, puesto que vivimos en sociedades machistas. Yo creo que el problema es todavía más complejo.

23. «Panorama temático laboral 5: Mujeres en el mundo del trabajo», *Organización Internacional del Trabajo*, disponible en <https://bit.ly/2EKrasN>.

24. «Tempo total de trabalho», Observatório de Igualdade de Género da América Latina e do Caribe, disponible en <https://bit.ly/31NRFa1>.

25. Los datos sobre Brasil son presentados en la investigación «Pesquisa Nacional de amostra por domicílios» (PNAD), elaborada por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadísticas (IBGE), disponible en <https://bit.ly/2QCb8E9>.

Planteo la hipótesis de que, sin cambios efectivos en la cultura machista latinoamericana, las medidas para la eliminación de la discriminación de las mujeres, fundamentadas en una perspectiva liberal, tienden a tener menor éxito en cualquier ámbito de la vida femenina. Nos detenemos en el análisis del problema de la discriminación en el mercado de trabajo y su relación con la organización familiar en la actualidad, pues creemos que este análisis puede indicar cómo, en un proceso de cambios sociales, el patriarcado se reorganiza; es decir, no se trata solamente de crear resistencias a los cambios. Creemos que el tema se torna más visible cuando se estudian las particularidades de las diversas variables sociales que influyen en la composición de las diferencias entre los géneros.

En 1991, cerca del 18% de las familias brasileñas eran mantenidas exclusivamente por mujeres, mientras que hoy este porcentaje llega al 45%.²⁶ El aumento de la presencia de mujeres en el mercado del trabajo en Brasil y de mujeres que mantienen solas sus familias indica que hay mayor «independencia» y empoderamiento femenino, pero también puede indicar «abandono», lo que puede conllevar a un empobrecimiento de la mujer. La mujer que mantiene sola a los hijos puede encontrarse en situación de abandono, es decir, el padre de sus hijos deja en sus espaldas todos los encargos relativos a la familia. Entonces, además de la segunda jornada de trabajo (alimentación, higiene, etcétera), no tiene con quién compartir los gastos familiares. El hombre latino muchas veces deja a la mujer y los hijos y se marcha como si no tuviera ningún compromiso.²⁷

En el caso brasileño, hemos observado un ulterior factor preocupante: un aumento expresivo del trabajo informal, sin contrato laboral. Esto tiene consecuencias terribles para las mujeres. El sistema de pensiones del Estado —que poco a poco se privatiza— está vinculado al trabajo formal. Entonces, el aumento de la presencia femenina en cupos de trabajo informal significa que cuando esta trabajadora llegue a la edad de jubilarse, no podrá contar con una pensión.

Ahora les aclaro mi tesis acerca del mecanismo de la *doble violación de derechos fundamentales de las mujeres en América Latina y el Caribe*. Chile y Brasil serán ahora mis referencias. Sabemos que los sistemas democráticos tienen previstos mecanismos de participación popular. Las protestas, tanto como el derecho al voto, constitu-

26. Según el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE), que produce los datos oficiales sobre las condiciones de vida del pueblo brasileño, el porcentaje de mujeres que jefes de hogares que mantiene sus familias —sin ayuda financiera de hombres— creció de 18,1% en 1991 a 24,9% en 2000, llegó al 40% en 2015 y en 2018 ya representaba el 45% de todos los hogares brasileños. «Número de mulheres que chefiam lares sobe pela 3ª vez, mas ainda é minoria», *Brasil Econômico*, 22 de mayo de 2019, disponible en <https://bit.ly/3lytCDI>.

27. Es también posible que, pasados los años, los hijos de estas madres sean más conscientes de que son sus madres, y no sus padres, quienes los mantienen, lo que se refleja en un cambio de comportamiento. Pero, por el momento, lo que tenemos es que las mujeres empobrecen.

yen un mecanismo legítimo de participación política de las y los ciudadanos. En este sentido, las protestas sociales que se iniciaron en octubre y noviembre de 2019 deben ser entendidas como formas espontaneas de reacción del pueblo ante la desigualdad social reinante en Chile (Millaleo y Sabadell, 2020). Las protestas masivas las han iniciado estudiantes para evadir el pago de pasaje. Estamos hablando de protestas que se relacionan con violaciones sistemáticas y masivas de derechos sociales: derecho al transporte, a la salud, a la educación, a un sueldo y pensión digna. Estos eran los temas esenciales de las protestas.

Las protestas fueron duramente reprimidas por la Policía, pero se repitieron por varios meses, convocadas en redes sociales. En este contexto surge, en noviembre de 2019, la *performance* «Un violador en tu camino», del colectivo feminista Las Tesis, presentado primero en su ciudad, Valparaíso, el 18 de noviembre y luego el día 25 en Santiago.

Quiero llamar la atención respecto de un importante detalle de esta increíble *performance* que recorrió el mundo y se volvió un hito feminista: la sentadilla. La Policía chilena practicó abusos sexuales en contra de decenas de mujeres durante las protestas. Desde la sentadilla hasta la violación sexual, mujeres fueron sometidas a todos los tipos de agresiones.

Aquí está el mecanismo que llamamos de doble violación de derechos fundamentales. Tenemos una violación sistemática y masiva de derechos sociales. Cuando ocurre una protesta, entran en funcionamiento los mecanismos de represión del Estado y se activa el círculo constante de violación de derechos fundamentales. El Estado neoliberal hace décadas que se niega a atender los derechos sociales de la población de Chile, y cuando las protestas irrumpen, se activan los mecanismos de violación masiva de los derechos civiles y políticos. Represión estatal como uno de los mecanismos de mantención de la sumisión cuando los aparatos ideológicos del Estado fallan.

Pero en el caso de las mujeres eso ocurre, para retomar la tesis de MacKinnon, porque somos sometidas a la acción práctica de una política sexual. Se activan los mecanismos de sumisión sexual con la erotización de las relaciones de sumisión. Las mujeres que contestan son castigadas sexualmente y aunque no lo sean todas, vale que la amenaza esté presente. La violación específica de derechos humanos de las mujeres chilenas pasó por la forma más degradante de humillación: ataque a su sexualidad. Piensen en la guerra de Bosnia de los años noventa, en la que era muy común que las mujeres fuesen violadas. Esto pasa siempre que hay represión y en situaciones de desestabilidad política. El control sexual de los cuerpos de las mujeres se transforma en un arma de guerra.

Si retomamos a Dimoulis y Balibar, podemos avanzar un poco más en nuestro análisis. ¿Dónde, en general son las mujeres víctimas de violencia sexual? En el espacio privado. Al no ser percibidas como «sujeto de derechos» —para usar una expresión formulada en una perspectiva masculina—, sino como objetos sexuales de

consumo, las situaciones de abuso ocurren fuera del espacio público, en el hogar donde los hombres siempre han «legislado». El espacio preferencial de ejercicio de la sumisión tampoco es percibido como político.

Finalizo con una palabra sobre Brasil. Tenemos en las cárceles visitas que pueden ser hechas por las hijas y madres a sus padres y a sus hijos, pero también tenemos las llamadas «visitas íntimas», con la posibilidad de relacionamiento sexual con sus compañeros. Las mujeres que visitan parientes y compañeros suelen ser sometidas a un control corporal, de carácter vejatorio. La mujer, objeto de la intervención de los órganos de control, es sometida a una revisión que consiste en despojar sus ropas ante un tercero, con la exposición de sus genitales. Ésta debe hacer la sentadilla. Además, se llega incluso a hacer esa revisión tocando a la mujer en sus partes íntimas, en nombre de una supuesta «seguridad».

¿Quiénes son las mujeres más victimizadas con la revisión íntima en Brasil? Por supuesto, las mujeres negras (Cruz, 2006). La mayoría de la población privada de libertad brasileña (64%) está compuesta por hombres negros y «pardos». El último estudio fue hecho en 2017 y se refiere a datos del año 2016. En ese año, las personas negras representaban 55,4% de la población brasileña (se adopta la autodeclaración como criterio de clasificación).²⁸ Por eso, las mujeres negras son las que más sufren con las revisiones íntimas.

Además, las mujeres negras en Brasil componen el segmento más pobre de la población femenina en Brasil. Con poco acceso a educación, constituyen la mayor parte de las mujeres que viven en favelas. Obviamente, también componen la mayor parte de la población privada de libertad. Según el informe «Mulheres em prisão»,²⁹ son el 68% de la población privada de libertad femenina en nuestro país (Santoro y Pereira, 2018).

Queda entonces la pregunta: ¿de qué sirven las referencias constantes al principio de igualdad en las constituciones, cuando el derecho más elemental, el derecho a sobrevivir de manera digna, en la práctica no existe? ¿Hasta qué punto las referencias a los tratados de derechos humanos, las acciones positivas y los litigios estructurales pueden cambiar la realidad de las mujeres de América Latina? Estos cambios pueden afectar, a lo mejor, la concepción liberal del derecho, pero ¿tendrán la posibilidad de cambiar un modelo de estructura social fundamentado en el capitalismo, que a su vez se funda en la supremacía de la desigualdad?

Recuerdo una reflexión de Stefano Rodotà, acerca de las contradicciones de los avances en la tutela de los derechos, con el surgimiento de «nuevas categorías», de olvidados (mujeres, indígenas, negras) en un mundo globalizado. Un mundo de nue-

28. «Levantamento Nacional de Informações penitenciárias», Departamento Penitenciário Nacional, p. 32, disponible en <https://bit.ly/3hNhts4>.

29. Sitio web de Mulheres em Prisão, disponible en <http://mulheresemprisao.org.br/>.

vos derechos atravesado por conflictos y contradicciones, por negaciones que a menudo son más fuertes que los reconocimientos (planteados, por ejemplo, por Baer al hablar de la dignidad de los inmigrantes). «Y así, los derechos hablan, son el espejo y la medida de la injusticia, y un instrumento para combatirla» (Rodotà, 2012: 4). Es que no se puede considerar que el derecho es una variable social con capacidad suficiente para imponer profundos cambios sociales.

Por ello, se puede decir que persiste algo de perverso en tales textos constitucionales: es la hipocresía de la cual nos habló Rodotà, de quienes proclaman derechos en el papel y a la vez los niegan en la realidad. Para Rodotà (2012: 3-4), la negación coincide con la opresión. Creemos que el problema es todavía más complejo. La afirmación formal de derechos en textos constitucionales integra mecanismos de opresión del Estado, toda vez que no se concretizan en igualdad real. Encontramos los límites de una sociedad capitalista, que puede llegar a cuestionar la formulación liberal de derechos y admitir acciones positivas. Recuérdense los cambios que han ocurrido en América Latina. La región ha crecido en los años 2000, pero lo ha hecho según un modelo neoliberal que concedió algunos «beneficios» a los más pobres —incluso a las mujeres— siguiendo un modelo europeo, menos perverso que el norteamericano —con excepción de Chile—. Con todo, la desigualdad no fue afrontada. Los límites se rebelan en algunos logros obtenidos por las mujeres, como también en las resistencias.

La Constitución de Bolivia es tan asertiva en lo que se refiere al tratamiento ofrecido a las mujeres bolivianas y, al mismo tiempo, se sitúa tan lejana de la realidad de esas mismas mujeres. No consigue impedir la tasa de 2,3 por 100.000 mujeres victimizadas por feminicidio. Para asegurar que las «palabras constitucionales» correspondan a la realidad de la gente, es necesario mucho más que una colección de acciones afirmativas y litigios estructurales. Para lograr que las palabras de defensa de derechos humanos de las mujeres dejen de ser instrumentos de opresión, son necesarios cambios en las instancias de poder que producen la sumisión sexual.

Terminamos nuestro análisis con estas cuestiones y les dejo a las lectoras y lectores el ejercicio de producir sus propias conclusiones.

Referencias

- ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- . (2008). *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos Constitucionales.
- ARAUJO JÚNIOR, Julio José (2018). *Direitos territoriais indígenas: Uma interpretação intercultural*. Río de Janeiro: Processo.

- ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI (1999). «Principio di egualianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici». Actas del 13.º Congreso Anual de l'Associazione Italiana del Costituzionalisti, Trieste, 17 y 18 de diciembre de 1998.
- ATRIA, Fernando (2013). *La Constitución tramposa*. Santiago: Lom.
- BAER, Susanne (2016). «Desigualdades que importam». *Direito & Praxis*, 7 (15): 449-475. DOI: [10.12957/dep.2016.25359](https://doi.org/10.12957/dep.2016.25359).
- BALIBAR, Étienne (2010). *La proposition de l'égaliberté: Essais politiques 1989-2009*. París: PUF.
- CRUZ, Isabel Cristina Fonseca da (2006). «A sexualidade, a saúde reprodutiva e a violência contra a mulher negra: Aspectos de interesse para assistência de enfermagem». *Revista da Escola de Enfermagem*, 38 (4): 448-457. DOI: [10.1590/S0080-62342004000400011](https://doi.org/10.1590/S0080-62342004000400011).
- DAHL, Stang (1986). «Taking women as a starting point: Building women's law». *International Journal of the Sociology of Law*, 14: 239-247.
- DIMOULIS, Dimitri (2016). «Iguarliberdade: Notas sobre a crítica dos direitos humanos». *Ius Gentium*, 7 (1): 22-39. Disponible en <https://bit.ly/2YQJKXh>.
- DOMINGUES, Petrônio (2007). «Movimento negro brasileiro: Alguns apontamentos históricos». *Tempo*, 12 (23): 100-122. DOI: [10.1590/S1413-77042007000200007](https://doi.org/10.1590/S1413-77042007000200007).
- FERRAJOLI, Luigi (1993). «La differenza sessuale e le garanzie di uguaglianza». *Democrazia e Diritto*, 2: 49-73.
- LEITE, Glauco Salomão, Gustavo Ferreira Santos, João Paulo Allain Teixeira y Marcelo Labanca Corrêa de Araujo (organizadores) (2018). *30 anos da Constituição brasileira: Balanço crítico e desafios à (re)constitucionalização*. Río de Janeiro: Lumen Juris.
- MACKINNON, Catharine (1996). *Only words*. Cambridge: Harvard University Press.
- . (2011). «Substantive equality: A perspective». *Minnesota Law Review*, 96: 1-27. Disponible en <https://bit.ly/2YOhkgP>.
- MILLALEO, Salvador y Ana Lucia Sabadell (2020). «El despertar de Chile (18/o): Explosión social y violaciones de derechos humanos en el contexto de la crisis del modelo neoliberal». *Theseis*, 150: 57-71.
- NERIS, Natália (2015). «A voz e a palavra do movimento negro na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988): Um estudo das demandas por direitos». Tesis para postular al grado de magíster. Escola de Direito de São Paulo- Fundação Getúlio Vargas.
- OLIVEIRA, Adriana Vidal (2012). «A Constituição da mulher brasileira: Uma análise dos estereótipos de gênero na Assembleia Constituinte de 1987-1988 e suas consequências no texto constitucional». Tesis para postular al grado doctoral. Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro.
- RODOTÀ, Stefano (2012). *Il diritto di avere diritti*. Roma: Laterza.

- SABADELL, Ana Lucia (1997). «Patriarcado, direito e espaço das mulheres». Tesis para postular al grado de máster en Criminología. Facultad de Derecho de la Universidad del Saarland, Alemania.
- . (2017). *Manual de sociologia do direito: Introdução a uma leitura externa do direito*. San Pablo: Revista dos Tribunais.
- . (2020). «Isolamento e privacidade “tóxica” em tempos de pandemia: O sofrimento feminino». Boletín especial. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, 28 (330): 14-17.
- SABADELL, Ana Lucia y Ana María Castro Souza (2013). «O impacto da teoria feminista no âmbito do direito internacional: Observações acerca da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher». En Carolina Valença Ferraz y otros (coordinadores), *Manual dos direitos da mulher* (pp. 467-479). San Pablo: Saraiva.
- SABADELL, Ana Lucia y Livia de Meira Lima (2019). «La actuación de las instituciones de justicia en la elaboración de acciones de combate a la violencia doméstica». *Studi sulla Questione Criminale*, 1-2: 107-130.
- SAFIOTTI, Heleieth Iara Bongiovani (2004). *Gênero, patriarcado e violência*. San Pablo: Fundação Perseu Abramo.
- SALAZAR, Ana Lorena Flores (2016). «Políticas públicas de igualdad de género en Chile y Costa Rica: Un estudio comparado». Tesis doctoral presentada en el Programa de Doctorado en Gobierno y Administración Pública. Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset-Universidad Complutense de Madrid.
- SANTORO, Antonio Eduardo Ramirez y Ana Carolina Antunes Pereira (2018). «Gênero e prisão: O encarceramento de mulheres no sistema penitenciário brasileiro pelo crime de tráfico de drogas». *Meritum*, 13 (1): 87-112. DOI: [10.46560/meritum.v13i1.5816](https://doi.org/10.46560/meritum.v13i1.5816).
- SCHUMAHER, Schuma (2019). «O lobby do batom: 30 anos da Constituinte de 1988». En *30 anos da Constituição de 1988: Uma jornada democrática inacabada*. Belo Horizonte: Fórum.
- VALDIVIESO IDE, Magdalena (2017). «Propuestas feministas en los procesos constituyentes latinoamericanos de las últimas décadas». En Montserrat Sagot (coordinadora), *Feminismos, pensamiento crítico y propuestas alternativas en América Latina* (pp. 43-63). Buenos Aires: Clacso.

Sobre la autora

ANA LUCIA SABADELL es profesora catedrática de la Facultad Nacional de Derecho, Universidad Federal de Río de Janeiro, Brasil. Su correo es anasabadell@yahoo.com.

CUARTA PARTE

Eficacia y desafíos de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos



I BIENAL LATINOAMERICANA DIDH

Impacto y desafíos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el actual contexto regional

Impact and challenges of the Inter-American Commission on Human Rights in the current regional context

Antonia Urrejola Noguera

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Estados Unidos

RESUMEN Este artículo hace un análisis histórico de la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) durante sus 60 años de historia, resaltando los principales impactos que, a juicio de la autora, ha tenido el organismo a través de sus diversos mecanismos. Asimismo, hace un análisis de la situación actual de derechos humanos en el continente americano para, a partir de dicho contexto, establecer los principales desafíos que, a su juicio, debe enfrentar la CIDH. Finalmente, el artículo hace referencia a la contingencia de la pandemia del covid-19, que estaba en pleno desarrollo a la fecha de cierre del artículo, indicando las recomendaciones que hasta ese momento ha tomado la CIDH para resguardar que las medidas adoptadas por los Estados al enfrentar la pandemia sean respetuosas de los derechos humanos y estándares interamericanos.

PALABRAS CLAVE CIDH, desafíos del Sistema Interamericano, impactos, 60 años, covid-19, derechos humanos.

ABSTRACT This article makes a historical analysis of the work of the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) during its 60-year history, highlighting the main impacts that, in the author's opinion, the organization has had through its various mechanisms. Likewise, it analyzes the current human rights situation in the American continent and based on that context, establishes the main challenges that, in her opinion, the IACHR must face. Finally, the article refers to the consequences on human rights of the Covid-19 pandemic, which was affecting the world at the closing date of the article, indicating the recommendations that the IACHR has adopted to that moment so that the measures implemented by the States when facing the pandemic, are respectful of human rights and inter-American standards.

KEYWORDS Challenges of the inter-American system, impacts, 60 years, Covid-19, human rights.

Antecedentes sobre la creación de la CIDH y sus impactos

Al ser creada la Comisión Interamericana de Derecho Humanos (CIDH) en 1959,¹ se le encomendó la preparación de estudios e informes sobre la situación de los derechos humanos en la región, la formulación de recomendaciones y la asesoría en materia de derechos humanos en calidad de órgano ejecutivo de la Organización de los Estados Americanos (OEA). En un principio, entonces, se consideró que la CIDH simplemente se encargaría de hacer esos estudios de forma general y esporádica, y que sus recomendaciones no tendrían mayor peso en la medida en que serían formuladas de manera general, con el objetivo de examinar la relación intrínseca entre derechos humanos y democracia establecida por la OEA.

Sin embargo, desde sus inicios la Comisión emitió solicitudes de información a los Estados, y esta información empezó a formar parte del trámite de casos individuales, así como de los informes de la CIDH sobre la situación de los derechos humanos en ciertos países. De la misma forma, la Comisión insistió en sesionar fuera de la sede, sesiones que luego se convirtieron en investigaciones *in loco*, lo que permitió a la Comisión cumplir su mandato y responder a la grave situación de derechos humanos en el hemisferio.

Es importante destacar que por dos décadas, y hasta la entrada en vigor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en 1979, la Comisión operó como el único órgano de protección del sistema interamericano. Es importante destacar además que la CIDH fue el primer órgano internacional en tramitar peticiones individuales sin que esta facultad hubiera estado precedida por un tratado de derechos humanos que le otorgara tal competencia. Las herramientas de trabajo desarrolladas por la CIDH fueron entonces reconocidas primero por su Reglamento del 2 de mayo de 1967, pero recién tuvo un mandato expreso cuando en 1969 se aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

Monitoreo

La utilización de las visitas *in loco* fue y ha sido una de sus principales herramientas para combatir las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, como

1. Los ministros de Relaciones Exteriores de 21 países del hemisferio firmaron la Declaración de Santiago, además de acordar avanzar en la adopción de una Convención Americana sobre Derechos Humanos y crear dos órganos que tendrían como principal responsabilidad velar por la tutela y observancia de estos derechos.

una de las consecuencias de la adopción de la Convención Americana. Por medio de ellas, la CIDH fue marcando su presencia en el terreno y definiendo uno de sus roles, a mi juicio, fundamentales: una voz de alerta temprana frente a la comunidad internacional.

Algunos ejemplos emblemáticos de visitas *in loco* de la CIDH durante su historia son:

La visita a Nicaragua que hizo la Comisión en 1978, por mandato de la Asamblea General de la OEA. El informe de la Comisión fue devastador para la dictadura de Somoza, quien perdió todo apoyo internacional al punto de ser destituido dos o tres días después de que la Comisión presentara su informe a la OEA.²

La visita de la Comisión a Argentina³ en 1979 tuvo un enorme impacto en la sociedad y en el hemisferio, y logró documentar un patrón sistemático de desapariciones forzadas, que fue uno de los factores que contribuyó a la caída de la dictadura. Durante su trabajo en terreno, la Comisión pudo visitar centros de detención clandestinos y reunirse con decenas de detenidos. Esta labor permitió reportar a la comunidad internacional sobre las violaciones sistemáticas a los derechos humanos que ocurrían en Argentina, en especial sobre las desapariciones forzadas. Cabe notar que, hasta la visita de la Comisión, otros órganos internacionales no habían prestado mayor atención a la situación de derechos humanos en el país, y la intervención de la Comisión fue clave para salvar muchas vidas de personas que estaban detenidas en forma clandestina y destinadas a ser desaparecidas forzosamente.

De la misma manera, décadas después, el informe de la visita de la Comisión al Perú⁴ denunció de manera enfática las violaciones a los derechos humanos durante el Gobierno del presidente Fujimori y jugó un rol importante en la presión internacional para su dimisión.

Otro caso más reciente es el trabajo que ha seguido la CIDH en Nicaragua, a partir de su visita el 2018 después del inicio de la crisis en abril de ese año. En efecto, tras la visita al país del 17 al 21 de mayo del 2018, la Comisión presentó su informe «Graves violaciones a los derechos humanos en el contexto de las protestas sociales en Nicaragua»,⁵ en el cual se reveló que la violencia estatal siguió un patrón común, caracterizado por el uso excesivo y arbitrario de la fuerza policial, el uso de grupos parapoliciales o grupos de choque con la aquiescencia, tolerancia y colaboración de

2. «Informe sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua», Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II 45, 17 de noviembre de 1979.

3. «Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina», Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II 49, 11 de abril de 1980.

4. «Comunicado de prensa N20/98: Visita *in loco* de la CIDH a Perú», Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 13 de noviembre de 1998.

5. «Graves violaciones a los derechos humanos en el marco de las protestas sociales en Nicaragua», Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2018, disponible en <https://bit.ly/3b9DC1j>.

las autoridades estatales, intimidaciones y amenazas contra líderes de movimientos sociales, un patrón de detenciones arbitrarias de jóvenes y adolescentes que participaban en protestas, irregularidades en el inicio de las investigaciones respecto de los asesinatos y lesiones ocurridos en el este contexto, obstáculos en el acceso a la atención médica de urgencia a los heridos como forma de represalia por su participación en las manifestaciones, la difusión de propaganda y campañas de estigmatización, medidas de censura directa e indirecta. Durante la primera etapa de la represión, se atendieron numerosas víctimas con impactos de bala en la cabeza, los ojos, el cuello y el tórax, así como en la espalda. La mecánica y trayectoria de los disparos indicarían la existencia de un patrón de ejecuciones extrajudiciales y la participación de francotiradores. Sin duda, el informe de la Comisión permitió darle visibilidad a la crisis de derechos humanos que vivía y vive Nicaragua ante la comunidad internacional. Sinceramente, creo que hay un antes y un después en cuanto a la respuesta de la comunidad internacional respecto de lo que estaba sucediendo en el país.

Estos ejemplos dan cuenta, desde mi perspectiva, de uno de los roles fundamentales de la CIDH hasta hoy: el monitoreo de la situación de derechos humanos de la región, a través de las visitas *in loco*, que permite visibilizar graves situaciones de derechos humanos en los distintos países. Sin duda, estas visitas son solo uno de los diversos mecanismos que tiene la CIDH para denunciar ante la comunidad internacional la situación de derechos humanos en las Américas.

Sistema de peticiones y casos

En paralelo al desarrollo de este rol como portavoz frente a la comunidad internacional, la Comisión consolidó un rol frente a los Estados con el fin de que estos ajustaran sus normativas, políticas y prácticas a los estándares de derechos humanos. Este rol fue ejercido tanto a través del sistema de peticiones y casos, como a través del fortalecimiento de los mecanismos de monitoreo y de seguimiento de recomendaciones.

El sistema de peticiones de la CIDH ha permitido a un significativo número de víctimas y a sus familiares en nuestro continente recibir reparaciones por la violación de sus derechos. En este aspecto, son numerosos los casos que se pueden mencionar en los cuales las recomendaciones de la Comisión han derivado en que cientos de víctimas logren finalmente justicia respecto de un caso particular. Al mismo tiempo, a través de este mecanismo, la CIDH consolida una línea de trabajo transformadora de las estructuras institucionales, jurídicas y administrativas de los Estados. En otras palabras, cuando la CIDH recomienda a los Estados proveer un determinado remedio a una violación de los derechos, siempre lo hace incorporando componentes individuales y colectivos o estructurales en su decisión. De este modo, cuando los Estados han cumplido con las recomendaciones de tipo estructural introduciendo reformas institucionales y de magnitud, se logra la reparación

y se garantiza la no repetición de las situaciones que dieron lugar a las violaciones de derechos humanos.

Hay casos que se han convertido en hitos y estándares de la región, dados sus impactos estructurales y transformadores para poblaciones y comunidades. Solo a modo de ejemplo, tenemos la aprobación e implementación de la Ley «María da Penha» contra la violencia doméstica y de género en el Brasil, con todas sus réplicas y repercusiones en el resto de América tras la emisión de recomendaciones por la Comisión en un caso concreto de violencia intrafamiliar.⁶

En este sentido, también podemos recordar el caso de Paloma Angélica Escobar Ledezma.⁷ Como consecuencia de las recomendaciones de la CIDH, se creó en México la Fiscalía Especializada en Atención a Mujeres Víctimas del Delito. Asimismo, fue en cumplimiento de recomendaciones de la Comisión en el caso de la Masacre de Riofrío⁸ que se crearon, en Colombia, la Escuela de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ejército Nacional, y el Sistema de Recepción de Quejas por violaciones de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario, atribuidas a integrantes de las fuerzas militares. En Uruguay, tras la adopción de recomendaciones por la CIDH, se adoptó la ley que declara imprescriptibles los crímenes cometidos durante la dictadura; y en Chile se modificó la Constitución Política, que permitía la censura previa, en cumplimiento del caso de la película *La última tentación de Cristo*.

El rol de las organizaciones no gubernamentales

Es destacable, en el desarrollo de sus labores, el nivel de interacción que rápidamente adquirieron las organizaciones de la sociedad civil con la Comisión Interamericana. Estas organizaciones facilitaron y contribuyeron a fortalecer la tarea de la CIDH en la protección de los derechos humanos aportando al ejercicio de sus diversas funciones, lo cual se ha ido fortaleciendo y ampliando con el correr de las décadas.

No cabe duda de que las organizaciones de víctimas y de la sociedad civil han contribuido históricamente al cumplimiento de los mandatos de la CIDH y son un actor fundamental, en la medida en que son fuentes de información indispensables para la elaboración de los informes y las comunicaciones sobre la situación de los derechos humanos en la región. Como parte de este trabajo articulado, la CIDH celebra audiencias públicas periódicas, así como reuniones abiertas con la sociedad civil y

6. Informe 54/01, caso 12.051, María da Penha Maia Fernandes con Brasil, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 16 de abril del 2001.

7. Informe 51/13, caso 12.551, Paloma Angélica Escobar Ledezma y otros con México, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 12 de julio del 2013.

8. Informe 62/01, caso 11.654, Masacre Riofrío con Colombia, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 6 de abril del 2001.

reuniones privadas con la coalición de ONG que trabajan en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Las medidas cautelares

Uno de los principales mecanismos de protección de la CIDH son las medidas cautelares, las cuales sin duda han salvado innumerables vidas en las últimas décadas, al operar como instrumentos efectivos de protección ante posibles daños graves e irreparables a personas o grupos que enfrentan situaciones de riesgo inminente. Ésta fue, por ejemplo, la situación de Honduras en el contexto del golpe de Estado en 2009, cuando la CIDH no solo otorgó numerosas medidas cautelares para proteger la vida de las personas en riesgo, sino que tuvo un alto impacto al condenarlo a través de un comunicado de prensa, el cual fue tomado como referencia por la OEA para la suspensión de este Estado.⁹ El impacto de las medidas cautelares en la grave crisis de derechos humanos que atraviesa Nicaragua es otro ejemplo muy importante.

Por último, y también solo a modo de ejemplo, con ocasión de la desaparición forzada de los 43 estudiantes normalistas de Ayotzinapa, Guerrero (México), junto con el asesinato de seis personas, la Comisión adoptó la medida cautelar 409-14,¹⁰ y solicitó al Estado mexicano tomar medidas para la búsqueda de los estudiantes, la investigación de los hechos y la atención a las víctimas de los ataques. Luego, en consenso con el Estado y los representantes de los familiares, la CIDH creó un grupo interdisciplinario de expertos independientes,¹¹ que brindó asistencia técnica a las autoridades estatales y presentó las conclusiones de su trabajo en dos informes con recomendaciones dirigidas al Estado.

Otros mecanismos y estrategias para la efectividad de la CIDH: Plan Estratégico 2017-2021 y mecanismos especiales

La consolidación del impacto de las acciones de la CIDH ha continuado también a través de múltiples instrumentos, que incluyen las actividades de las relatorías, producción de informes temáticos e informes de país, audiencias públicas, reuniones de trabajo, además de los informes anuales y la emisión constante de comunicados de prensa y, en los últimos años, pronunciamientos vía Twitter.

9. «Comunicado de prensa 42/09: CIDH condena enérgicamente el golpe de Estado en Honduras», Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 28 de junio de 2009.

10. «Resolución 18/2014, MC 409-14: Estudiantes de la escuela rural Raúl Isidro Burgos respecto del Estado de México», Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 3 de octubre de 2014.

11. «Comunicado de prensa 136/14: CIDH oficializa acuerdo de cooperación técnica sobre estudiantes de Ayotzinapa, México», Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 18 de noviembre de 2014.

Este recorrido histórico revela la sólida configuración institucional y jurídica de la CIDH hasta hoy, la cual se estructura sobre tres pilares fundamentales: el pilar de peticiones y casos —que incluye las medidas cautelares—, el pilar de monitoreo y el pilar de promoción y cooperación técnica con los Estados. Sobre estas columnas, la CIDH aprobó su Plan Estratégico 2017-2021,¹² elaborado con una amplia participación de la sociedad civil y de los Estados, y que identificó e introdujo nuevas formas de abordar las coyunturas y problemáticas actuales de derechos humanos en la región.

Con ese propósito, la CIDH reforzó sus estrategias para buscar la efectividad del sistema a través de un programa especial transversal de seguimiento. En este marco, estableció mecanismos especiales para dar seguimiento a la implementación de sus recomendaciones, práctica de vanguardia en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, durante los últimos años, la Comisión ha empezado una práctica novedosa de establecer mecanismos especiales para dar seguimiento a la implementación de las recomendaciones realizadas ante situaciones específicas.

Los mecanismos especiales de seguimiento facilitan un análisis más holístico de las decisiones y recomendaciones de la CIDH, dan una exposición pública al caso o la situación, y dan un sistemático seguimiento periódico al tema, lo que resulta en un seguimiento más profundo y enfocado por parte de la CIDH.¹³ Menciono solo como ejemplo el Mecanismo Especial de Seguimiento al Asunto Ayotzinapa (MESA), junto con el Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes; y el Mecanismo Especial de Seguimiento para Nicaragua (MESENI), junto con el Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes.¹⁴ Más recientemente, la CIDH creó un Mecanismos Especial para Venezuela (MESEVE).

Los mecanismos especiales de investigación creados en el marco de recomendaciones de la CIDH, como instrumentos novedosos, son herramientas muy útiles en el actual escenario de la región, pues permiten dar una visión integral a una situación de derechos humanos determinada y establecer estrategias de implementación conjuntas con los diversos actores. El tema es —como todo lo relacionado con el cumplimiento de las recomendaciones y sentencias de los órganos del sistema— la voluntad de los Estados de querer contribuir para que estos mecanismos cumplan su fin.

12. Plan Estratégico 2017-2021, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/ser.L/V/II/61 Doc. 27/17, 20 de marzo del 2017.

13. «Comunicado de prensa: CIDH presenta el balance de resultados en 2018 de los mecanismos especiales de seguimiento de recomendaciones», Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser/L/V/II. Doc.82, 5 de junio del 2018.

14. «Comunicado de prensa: CIDH instala el Mecanismo Especial de Seguimiento de Nicaragua», Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 25 de junio del 2018.

Impactos como medidas de reparación

Más allá de estos mecanismos e impactos que he expresado, hay un impacto que nunca se menciona. Me permitiré un relato más personal.

Cuando partí como comisionada en 2018 asumí, entre otros países, la relatoría por Nicaragua. Tuve un bautizo bastante brusco, pues, a los pocos meses de haber asumido, estaba en una visita de trabajo en medio de la crisis de Nicaragua. Me encontré con muchachos y muchachas muy jóvenes, que no eran militantes ni activistas políticos, que se encontraron envueltos en una protesta social, algunos defendiendo a los adultos mayores que fueron reprimidos por manifestarse contrarios a una reforma al sistema de pensiones; otros por temas ambientales, relacionados con una reserva natural llamada Indio Maíz. Estos jóvenes tan solo reaccionaron por la gravísima represión de parte del Estado. Ellos tenían miedo, pero también mucho coraje.

Luego conocí a las Madres de Abril, que agrupa a las mujeres familiares, en su gran mayoría madres, de los jóvenes asesinados en el inicio de las protestas. Cuando me reuní con ellas la primera vez y escuché sus testimonios, cada una llevaba la foto y contaba quién era su hijo, qué hacía el día en que lo mataron, la gran mayoría asesinados mientras hacían uso de su legítimo derecho a la protesta. Un número muy significativo de ellos murió por disparos a la cabeza, al cuello o al tórax por francotiradores.

También tengo grabadas similares voces de pena, rabia, injusticia, de las madres afrodescendientes de las favelas de Río de Janeiro, también con las fotos de sus hijos, todos asesinados en ejecuciones extrajudiciales de la policía. Una visita *in loco* a El Salvador me permitió viajar a una zona campesina donde se ejecutaron numerosas masacres, tanto de parte del Ejército como de parte del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional. En una escuela se juntaron víctimas de ambos bandos. Muchas mujeres cuyos hijos o hijas les fueron arrebatados de sus brazos y nunca más supieron de ellos. O hijos o hijas que buscaban a sus padres, luego de ser entregados ilegalmente en adopción a familias de militares.

Por último, menciono una reunión en Sucre, Bolivia, con organizaciones de la sociedad civil. Un grupo de niñas y un niño, todos abusados sexualmente. Habló una de ellas, habría tenido como máximo 16 años. Denunció la falta de credibilidad que sus testimonios tenían desde su entorno familiar y del sistema de justicia, la revictimización. La niña se quebró. Sus compañeras a su lado se tomaron de las manos. Lloraban, pero la niña siguió hablando hasta terminar su discurso. La Comisión en pleno y todo ese salón escuchó en silencio y luego las aplaudió.

En cada uno de estos casos, y muchos más que no menciono, hay relatos desgarradores que la CIDH ha escuchado de parte de miles de víctimas en el continente y que dan cuenta de un rol que no está en la Convención, ni en la Carta de la OEA, ni en el reglamento o el estatuto de la CIDH. Tampoco en los análisis doctrinarios de la jurisprudencia interamericana ni de los impactos del sistema. Me refiero al rol repa-

ratorio que tiene la CIDH por el solo hecho de ser un espacio de testimonio para las víctimas. No es posible lograr una historia completa sin la voz de las víctimas. No es posible construir un país democrático sin que las víctimas de Estado puedan tener un espacio para contar sus historias. En su propia voz. Como dice la académica brasilera Mariana Joffily (2016), autora de un artículo sobre violencia sexual en dictadura, hay que ampliar y sensibilizar nuestra escucha para los silencios que se quieren hacer oír. Pienso que muchas veces la CIDH logra ser ese espacio. A pesar de todas las dificultades que tenemos como organismo, toda la burocracia, todas las críticas, logra ser, en muchísimas ocasiones, un espacio de escucha para los silencios que se quieren hacer oír. Aquello es, a mi juicio, uno de los mayores aportes e impactos de la CIDH a las víctimas en estos 60 años de historia.

Contexto regional: Avances y retrocesos

Contexto regional actual

En las últimas décadas, la región ha sido testigo de importantes avances, en especial a partir del final de las dictaduras militares en el Cono Sur y el fin de los conflictos armados en América Central. Se han registrado grandes progresos en materia de institucionalidad y de políticas públicas con enfoque de derechos humanos. Cabe mencionar, de manera general, la creación de nuevos espacios institucionales para la promoción y protección en derechos humanos en varios países, así como la participación democrática de grupos históricamente discriminados; la adopción e implementación de planes nacionales de derechos humanos; la garantía del derecho al voto con respeto de la identidad de género; el avance en los sistemas de verdad, justicia, reparación y no repetición; la creación de nuevos mecanismos para la búsqueda de personas desaparecidas; y el establecimiento de la responsabilidad civil por violaciones a los derechos humanos, entre otros.

Sin embargo, en los últimos años hemos sido testigos de demandas sociales vinculadas a la exigencia de mayores niveles de inclusión e igualdad. La Comisión viene advirtiendo esta situación y ha señalado que la exclusión social, la falta de acceso a la justicia y la fragilidad de los servicios públicos constituyen factores limitantes de las condiciones de desarrollo. Desde esta perspectiva, no podemos desconocer que subsisten aún serias situaciones que conspiran contra el pleno goce de los derechos inherentes de nuestros pueblos. De manera no taxativa, y a la luz de los informes anuales de la CIDH de 2018 y 2019, menciono los siguientes:

Primero, la discriminación a la que se ven sometidas las personas LGBTI, personas afrodescendientes, indígenas, defensoras y defensores de derechos humanos, mujeres, niños, niñas, adolescentes, personas con discapacidad y personas mayores, aun cuando muchos de los Estados han receptado en sus sistemas normativos las de-

claraciones y principios que adoptamos regional e internacionalmente. El tema no es por necesidad la recepción de estos derechos en la normativa interna, lo que sin duda es un gran avance, sino la inmensa brecha de implementación que vemos en muchos países entre la norma y la práctica de parte de los agentes del Estado.

Segundo, los obstáculos y, en muchos casos, la falta absoluta de acceso a la justicia, último recurso del que podrían favorecerse las personas en situación de vulnerabilidad de un sistema que continúa siendo injusto. Existe una grave desigualdad en la región en el acceso a la justicia entre las personas en situación de vulnerabilidad y aquellos grupos en situación de privilegio.

Tercero, la creciente tendencia en la región a agravar las penas, aumentando sus plazos o criminalizando conductas que no constituían delitos, lo que concluye en un incremento de las penas privativas de la libertad. Esto conlleva a un aumento inaceptable de la población carcelaria en condiciones inhumanas, sin programas de rehabilitación y el uso abusivo de la prisión preventiva. Si a esto agregamos la grave desigualdad en el acceso a la justicia y en la manera de impartirla, las conclusiones son evidentes.

Cuarto, los movimientos migratorios de poblaciones dentro y fuera de los países de la región, que arrojan cifras que nos interpelan: las migraciones forzadas de algunos de nuestros países representan un volumen no desdeñable en el mapa mundial de las migraciones. No podemos ni debemos ignorar que estas movilizaciones reconocen su causa en diversos tipos de violencias que empujan a millones de personas a dejar sus comunidades y sus familias.

Quinto, el preocupante incremento de discursos que distorsionan, desprestigian y estigmatizan el papel y la función de los derechos humanos para la sociedad. Se ha constatado una repetición de lenguaje de intolerancia y odio que afecta a las libertades de expresión, manifestación, reunión y asociación. En su sentido existencial, los derechos humanos pertenecen y se dirigen a todos, sin distinción. Su negación o su reducción al interés de una parte de la población en oposición a la totalidad de las personas tiene por objeto legitimar las violaciones.

Sexto, la persistencia de la impunidad que subsiste no solo respecto de violaciones sistemáticas ocurridas en el pasado en el contexto de las dictaduras y conflicto armado, sino también respecto de hechos del presente. Acá no solo me refiero, por ejemplo, a la desaparición forzada como delito de lesa humanidad cometido por las dictaduras del Cono Sur o durante los conflictos armados de El Salvador o Guatemala, que tienen cifras desgarradoras de personas desaparecidas, sin que se sepa hasta hoy dónde están los familiares y con intentos, en el último tiempo, por parte de algunas autoridades ejecutivas o legislativas de dictar leyes o decretos de amnistía. Me refiero también a las desapariciones que ocurren hoy, como la situación de las desapariciones de migrantes en la frontera en Estados Unidos o el fenómeno de las desapariciones en México, que alcanza, según cifras oficiales, más de 35.000 personas.

Séptimo, los altos grados de corrupción que afectan en forma directa el ejercicio de derechos humanos, en particular de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, con un impacto absolutamente desproporcionado en los grupos que se encuentran en una situación de desigualdad estructural.

Desafíos transversales para la CIDH en el actual contexto

Haciendo un repaso de los últimos posicionamientos, la CIDH ha llamado a los distintos Estados de la región para la adopción de medidas de protección de derechos en temas como el uso de la fuerza, la protección de personas que ejercen su derecho a la protesta y movilización, la garantía de la seguridad, integridad personal y la libertad de expresión, la prevención de la tortura, la erradicación de la persecución por motivos políticos, la discriminación y violencia contra grupos en especial situación de vulnerabilidad, entre otros.

En ese sentido, la CIDH advierte dos importantes desafíos: por un lado, la necesidad inmediata y urgente de trabajar con los Estados, las instituciones nacionales de derechos humanos, las organizaciones de víctimas y con las organizaciones de la sociedad civil en la protección de los derechos humanos que están en juego en el marco de estas situaciones críticas que he mencionado y que protagonizan algunos de los países de la región. Por otro lado, la necesidad de reflexionar sobre el rol del Sistema Interamericano y en particular de la Comisión Interamericana en la transformación de las causas estructurales que dan lugar a la violación de los derechos humanos y que profundizan situaciones de desigualdad y discriminación a grupos en especial situación de vulnerabilidad.

Las grandes brechas de desigualdad que el continente americano presenta interpelan a repensar no solo el rol de los Estados, sino también el de los órganos internacionales de promoción y protección de derechos humanos. ¿Estamos teniendo actuaciones oportunas y adecuadas frente a las actuales crisis de derechos humanos? ¿Las herramientas que utiliza el SIDH han ido evolucionando y acompañando los desafíos de la actual coyuntura? ¿Cómo se piensa de nuevo el rol de subsidiariedad y complementariedad que tiene el Sistema Interamericano frente a las actuales respuestas que dan los Estados a nivel local?

Éstas son algunas preguntas que desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en particular desde la CIDH nos venimos haciendo, a las que vamos encontrando respuestas a través de los diálogos permanentes con las organizaciones de la sociedad civil, los Estados y otros actores relevantes de la región.

Frente a un panorama que podríamos calificar como desalentador, en esos diálogos y reflexiones que hacemos desde el propio SIDH, es importante recordar que hace sesenta años era impensable que un Estado reconociera públicamente su responsabilidad por los abusos cometidos contra su población. Hoy muchos de los Es-

tados han dado este paso imprescindible para que las víctimas de violaciones de los derechos humanos encuentren justicia.

A través de las decisiones de la Comisión, los Estados han accedido a la reparación de las víctimas y de los familiares de víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, como masacres, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, torturas y detenciones ilegales.

Los Estados de la región han incorporado en sus constituciones nacionales y en sus leyes las declaraciones y principios reconocidos en los instrumentos del Sistema Interamericano. Muchos de los mayores avances normativos tuvieron su origen en recomendaciones de la CIDH y, sin duda, la formulación y ejecución de políticas públicas con enfoque de derechos humanos también deben reconocerle su influencia. En ese sentido, procurando acompañar la evolución que está teniendo el derecho internacional de los derechos humanos, la CIDH ha incorporado, a través de su Plan Estratégico, nuevas formas de abordar las coyunturas y problemáticas actuales de derechos humanos en la región.

Así, como mencioné en el acápite anterior, la Comisión instrumentó mecanismos especiales de seguimiento de sus recomendaciones. Esto constituye una práctica novedosa en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, en tanto facilita un análisis integral de las decisiones y de las recomendaciones, otorgando una exposición pública al caso o a la situación bajo estudio, lo que asegura su seguimiento permanente y focalizado.

Estos mecanismos de seguimiento, creados a partir de situaciones en las que se hace evidente la grave violación de derechos humanos, constituyen instrumentos novedosos que permiten consolidar el trabajo de la Comisión.

Desde el caso de Ayotzinapa, México, se ha iniciado un mecanismo para coadyuvar en la investigación, búsqueda y atención a las víctimas. El Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI) fue creado como mecanismo novedoso para cumplir una medida cautelar decretada por la CIDH en este caso que convulsionó a México. A partir de esta experiencia exitosa —aunque no exenta de dificultades—, la CIDH propuso un mecanismo similar para coadyuvar en las investigaciones a los hechos violentos acaecidos en Nicaragua. Si bien se trata de mecanismos similares, los contextos son muy distintos y conllevan desafíos propios.

No es del caso analizar en este trabajo estos mecanismos creados en el marco de recomendaciones de la CIDH como instrumentos novedosos, precisamente para dar respuesta oportuna a las actuales y cambiantes coyunturas. Son herramientas que, en el actual escenario de la región, con un alto grado de desconfianza en los órganos a cargo de investigar y sancionar a los responsables, pueden ayudar.

Sin embargo, es necesario recordar que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario de la actuación de los Estados que integran la organización. Es obvio que la obligación de promover y

garantizar el conocimiento y el respeto de los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos corresponde, en primer lugar, a los Estados. Estos mecanismos han resultado muy importantes y necesarios, pero urge reflexionar en torno a sus objetivos y en cómo ellos dialogan y se coordinan con los mecanismos propios y convencionales del Sistema.

Lo cierto es que corresponde a los Estados darse una estructura organizativa y funcional que asegure el cumplimiento de las obligaciones que asumieron de manera libre y soberana, y son ellos los que deben garantizar y facilitar el trabajo autónomo de los órganos de protección de derechos humanos y cumplir de buena fe con todas las recomendaciones y decisiones que el Sistema adopte en ejercicio de sus mandatos. A su vez, los mecanismos del Sistema no deben sustituir el rol de los Estados. Con este espíritu, el Plan Estratégico de la CIDH, ya mencionado, previó la creación del Programa de Cooperación Técnica en Materia de Institucionalidad y Políticas Públicas, con enfoque en derechos humanos.

En la actualidad, democracia y derechos humanos son conceptos que se encuentran fuertemente vinculados: no es posible concebir la democracia sin el ejercicio de los derechos humanos; de igual modo, no hay garantías absolutas de respeto, protección y cumplimiento de los derechos humanos sin libertades democráticas. Hoy en día, los derechos humanos son pensados no solo como un límite a la opresión y al autoritarismo, sino también como una guía para el desarrollo de políticas públicas y el fortalecimiento de las instituciones democráticas. Ello ha implicado un cambio en la concepción del rol de los Estados, que deben tanto respetar los derechos humanos, como promover acciones efectivas para garantizar su ejercicio.

En este sentido, un desafío prioritario para la CIDH es el fortalecimiento de la institucionalidad democrática de los Estados, así como de sus capacidades para implementar políticas públicas con enfoque en derechos humanos, que puedan generar impactos reales y concretos en su goce y ejercicio. De allí que la cooperación técnica con los Estados resulta prioritaria.

Sin duda, existe un conjunto de otros desafíos pendientes, como los relativos a la universalización del sistema y el reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana; al pleno cumplimiento de las decisiones de la Comisión y de la Corte; el financiamiento del Sistema por la vía del presupuesto regular,¹⁵ y los avances respecto del atraso procesal de la CIDH, ambos con una incidencia directa sobre la verdadera efectividad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, por tanto, para un mejor goce y protección de derechos humanos de las poblaciones en las Américas.

15. Más allá del Acuerdo de Cancún, que suscribieron los Estados en la Asamblea General de la OEA en junio del 2017 para darle estabilidad financiera al Sistema Interamericano de Derechos Humanos por tres años.

Desafíos temáticos de la CIDH

Corrupción y efectos sobre los derechos humanos

En 2018, por medio de la Resolución 1/18, la Comisión publicó un conjunto de recomendaciones a los Estados en que considera que la corrupción afecta a los derechos humanos en su integridad (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales), así como al derecho al desarrollo, debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de derecho y exacerba la desigualdad. A través del fenómeno de la corrupción, los actores involucrados capturan las entidades estatales, influyen en los procesos electorales y debilitan la institucionalidad pública y el sistema democrático. Un desafío para el sistema es cómo abordar el fenómeno desde un enfoque de derechos humanos, haciendo alianzas con los Estados y el sector privado, además de las organizaciones académicas y de la sociedad civil.

La CIDH presentó un informe temático sobre el tema en diciembre del 2019,¹⁶ el cual da cuenta del fenómeno de la corrupción desde la perspectiva de derechos humanos a la luz de los estándares interamericanos. Como ya señalé, el informe muestra cómo la lucha contra la corrupción, en sus modalidades en América Latina y el Caribe y con distintos alcances, daña la institucionalidad democrática, el Estado de derecho y, por consiguiente, el ejercicio y garantía de los derechos humanos. Cómo la CIDH, a través de sus diversos mecanismos, enfrenta aquello, es un desafío para el futuro. La Resolución y el informe temático dan de cuenta que la CIDH está abordando la temática. Su desafío es adecuar sus mecanismos para dar una respuesta adecuada y eficaz a este flagelo.

Rol de las empresas

Las empresas y el sector privado se han convertido en actores claves. La CIDH ha estado abordando el tema a través de audiencias públicas, informes temáticos¹⁷ y, lentamente, a través del sistema de peticiones y casos.

Hasta ahora, la jurisprudencia interamericana ha enfrentado la temática por la vía de la responsabilidad indirecta del Estado. Hay numerosos casos, sobre todo en

16. «Informe sobre corrupción y derechos humanos», Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OAS/ser.L/V/II. Doc.236, 6 de diciembre de 2019.

17. «Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de extracción, explotación y desarrollo», Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OAS/ser.L/V/II. Doc.47/15, 31 de diciembre de 2015; también, «Empresas y derechos humanos: Estándares interamericanos», Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/REDESCA. Inf.1/19, 1 de noviembre de 2019.

materia de pueblos indígenas: a modo de ejemplo, el caso *Sarayaku con Ecuador* explícitamente hace responsable al Estado por las actuaciones de la empresa.¹⁸ Por otra parte, en el orden interno se han hecho numerosos avances, como establecer legislaciones que regulen la responsabilidad penal de las empresas o tipifiquen los delitos ambientales. Un anuncio muy importante en este sentido fue el que hizo el Gobierno de Canadá el 2017, cuando anunció la creación del Ombudsperson Canadiense para la Responsabilidad Empresarial.

Sin embargo, un desafío importante en el Sistema Interamericano, como de alguna manera lo ha estado haciendo Naciones Unidas, es generar un debate más abierto sobre cómo involucrar a las empresas, más allá de la responsabilidad indirecta de los Estados, en la prevención, mitigación y reparación de las violaciones a los derechos humanos en la región. El sector privado es clave, por ejemplo, en la lucha contra la corrupción, como también en la efectividad de los derechos humanos frente a la crisis ambiental y de cambio climático que estamos enfrentando. Este es un desafío para el que la CIDH debe trabajar con más fuerza y que requiere una alianza de la sociedad civil, empresas, Estados y organismos internacionales financieros, como el Banco Interamericano de Desarrollo.

En mi opinión, es necesario abrirse a revisar la responsabilidad directa de las empresas en las graves violaciones a los derechos humanos. Existe una creciente preocupación internacional por incluir dimensiones que, hasta las últimas décadas, habían sido escasamente tratadas y sin las cuales resulta imposible comprender en forma cabal estos procesos, como el papel de empresarios y empresas en delitos de lesa humanidad. Un hito relevante fue el trabajo del relator especial de las Naciones Unidas, John Ruggie, para crear un marco y guías sobre la materia, que llevó a la formación de un grupo de trabajo sobre responsabilidad corporativa en el Consejo de Derechos Humanos. Otro paso fundamental fue la creación por parte de la Comisión Internacional de Juristas del Foro de Expertos Jurídicos sobre Complicidad Empresarial en Crímenes Internacionales, que publicó en 2009 un informe sobre complicidad empresarial y responsabilidad legal, con el objetivo de abordar lo que consideran un tema de gravedad e impacto. Este informe recoge experiencias históricas que muestran la relevancia de analizar el papel de estos actores económicos en las violaciones a los derechos humanos, desde Núremberg hasta hoy. Sin duda, esto abre un espacio a nuevos actores en materia de derechos humanos: el rol de las empresas, tanto desde la perspectiva de agentes que pueden prevenir las violaciones a los derechos humanos a través de su deber de debida diligencia, como también agentes responsables de las violaciones a derechos humanos. Ya no solo es el Estado responsable último por los

18. Sentencia del caso *Pueblos Indígenas Kichwa de Sarayaku con Ecuador*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, fondo y reparaciones, 27 de junio del 2012.

actos de una empresa por la falta de prevención, investigación y sanción, sino también existe el rol de las empresas y sus directivos como responsables directos.¹⁹

La retórica incendiaria

Un desafío para todos los actores del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y muy en especial para los defensores y defensoras de derechos humanos, es cómo enfrentar la cada vez más común retórica incendiaria, no solo de personas naturales, sino de las autoridades, a través de los medios y redes sociales.

Estamos siendo testigos de una amenazante oleada de intolerancia y violencia. Los discursos de odio son un ataque a la tolerancia, la inclusión, la diversidad y la cohesión social, y una justificación a la violación a los derechos humanos. Se trata de un fenómeno cada vez más fuerte, por lo que un desafío urgente es cómo atenderlo y hacerse cargo de sus causas. Este es hoy el principal reto para quienes nos encontramos en el área de los derechos humanos, sea desde los órganos, desde la academia o desde la sociedad civil.

La CIDH en tiempos de pandemia

Contexto y temas surgentes a propósito de la pandemia

Cuando se me invitó a escribir en esta publicación, el coronavirus aún no se asomaba. Mi trabajo estaba enfocado en los desafíos de la CIDH en el actual contexto de derechos humanos, entendiendo por actual lo descrito en los párrafos anteriores. Sin embargo, para cuando quedaban pocos días para entregar el trabajo, el mundo era otro. En estos días me resulta imposible analizar los desafíos de la CIDH y sus impactos en el actual contexto mientras escribo desde mi casa en cuarentena. En efecto, la situación de salud pública mundial ocasionada por el covid-19, declarada como pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo de 2020, obligó a los distintos Gobiernos del mundo a adoptar medidas que, en muchos casos, han implicado acudir a las facultades que otorgan los ordenamientos jurídicos para actuar en situaciones de anormalidad.

En estas semanas, el mundo atraviesa una situación excepcional. En estos días escucho en las noticias que casi un tercio de la humanidad se halla en situación de confinamiento obligatorio o distanciamiento social. Se cierran fronteras externas, se instalan controles internos, se expanden las medidas de seguridad y control. Aquéllos

19. En Argentina se publicó un informe de CELS, Flacso-Argentina, el Programa Verdad y Justicia y la Secretaría de Derechos Humanos, ambos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, precisamente sobre responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad (CELS, 2015).

que hace unos meses defendían políticas de reducción del Estado, hoy rearman su discurso en torno a la necesaria intervención estatal.

La pandemia ha puesto de manifiesto el alcance de las desigualdades sociales y la enorme tendencia a la concentración de la riqueza que existe en el planeta. Si bien el virus afecta a todas las personas, no afecta a todas de la misma manera. La crisis ha revelado la inequidad social y cómo las diferentes formas de exclusión, desigualdad y violaciones de derechos humanos están interconectadas.

Como se puede concluir en la primera parte de este trabajo, la pandemia llega en un momento en que la democracia ya estaba bajo amenaza en muchos lugares del mundo; en el caso de América Latina, en un contexto de graves retrocesos en materia de derechos humanos. Es en este contexto que la lucha contra la pandemia ha pasado, en la gran mayoría de las naciones, a ser una prioridad absoluta. Más de 50 países han hecho uso de los estados de emergencia que sus marcos normativos les permiten. La grave emergencia sanitaria requiere medidas extraordinarias para enfrentarla, pero tales medidas deben cumplir con estándares mínimos de necesidad, transparencia y proporcionalidad. Es crucial, además, que actúen por un período determinado y sujetas a revisiones periódicas. La gran mayoría de las personas comprende que las medidas excepcionales se toman para preservar la vida, y que por tanto se justifican. Sin embargo, aparecen voces que alertan sobre la declaración de estados de emergencia sin debate previo, y que algunos Gobiernos han hecho un uso abusivo de la pandemia para expandir sus poderes ejecutivos y restringir los derechos individuales. De allí que organismos como la CIDH deben estar alertas a de qué forma el covid-19 afectará otros aspectos, como el de la gobernabilidad democrática, las libertades civiles, los procesos electorales, el control civil sobre los militares y —el mayor temor de muchos— la potencialidad de determinar el debate respecto de los méritos entre autoritarismo y democracia. Por otra parte, la movilización de las organizaciones de la sociedad civil puede reforzar la vitalidad de las democracias a nivel local.

La pandemia del covid-19 ha afectado a distintos sectores de la población, pero sobre todo a los grupos más vulnerables, pueblos indígenas, afrodescendientes, mujeres y a los trabajadores informales. Asimismo, se ha puesto en evidencia cómo la pandemia afecta en forma severa a las personas que viven en espacios inadecuados, en asentamientos en condiciones precarias o no reconocidos, con servicios carentes o en la calle. Como nunca antes, aparece con fuerza el derecho de las personas a la salud como un derecho autónomo y no derivado de otros, como el derecho a la vida, además de la importancia del derecho a la vivienda adecuada, ya que este puede ser un factor vital para impedir daños irreparables a la salud y la vida de las personas.

Otro gran tema que surge en medio de esta crisis es cómo se está usando la tecnología en algunos países para enfrentar la pandemia. La pregunta permanente es

hasta qué punto están las personas dispuestas a intercambiar privacidad tecnológica y digital por más seguridad, y no solo en términos de salud. Esta pandemia implicará repensar los protocolos de privacidad relacionados con la tecnología: ¿es justificable una reducción de mi privacidad si se trata de cuidar la salud pública? ¿En qué pie queda el derecho a la privacidad y la protección de datos en este nuevo escenario?

Por otra parte, un tema particular que sobresale en estos días es el mayor control sobre la libertad de expresión y los medios de comunicación, bajo la justificación de que hay que luchar contra la desinformación. Los medios de comunicación y las redes sociales son fundamentales para visibilizar y denunciar posibles abusos. Precisamente por ello, algunos gobernantes autoritarios han restringido —o intentado restringir— estas libertades.

Asimismo, existe el riesgo de que, ante la necesidad de adoptar medidas de distanciamiento social, los Gobiernos las usen como pretexto para reprimir cualquier forma de protesta antigubernamental. Es esencial monitorear que las prohibiciones de manifestaciones públicas no sean definitivas ni aplicadas de manera discriminatoria solo para grupos determinados.

En medio de este contexto, un contrapeso clave para equilibrar estos poderes excepcionales han sido el Poder Judicial y Legislativo. Lo que sin duda esta pandemia ha puesto de relieve es que más que nunca el Estado de derecho y las democracias fuertes son los mecanismos más eficientes para proteger los derechos y garantías de las personas, sobre todo en el marco de situaciones extremas, como el covid-19 está demostrando ser.

La reacción de la CIDH ante la pandemia covid-19

En este contexto, es lógico que la CIDH no pueda estar ausente. Por ello, en marzo de 2020 publicó y adoptó una serie de comunicados y decisiones para adecuarse a estos tiempos de cuarentena y anormalidad nunca antes vistos en nuestra historia moderna. Junto con manifestar su preocupación por el acceso y la libre circulación de la información durante la pandemia²⁰ y adecuar su sistema de trabajo ante el covid-19,²¹ la Comisión instaló una Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integra-

20. «Comunicado de prensa R58/20. Covid-19: Los Gobiernos deben promover y proteger el acceso y la libre circulación de la información durante la pandemia. Expertos internacionales», Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 19 de marzo de 2020, disponible en <https://bit.ly/2QEo8Ge>.

21. «Comunicado de prensa 59/20: La CIDH comunica sistema de trabajo ante pandemia del covid-19», Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 19 de marzo de 2020, disponible en <https://bit.ly/2YIV5J5>; también: «Comunicado de prensa 83/20: La CIDH decide otorgar una prórroga de la suspensión por un mes adicional de sus plazos del sistema de peticiones, casos y soluciones por la emergencia de salud causada por el covid-19», Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 21 de abril de 2020, disponible en <https://bit.ly/2YLNhWM>.

da para atender la crisis.²² Una vez instalada esta sala de coordinación, se inició un trabajo muy intenso de parte de la Secretaría Ejecutiva y la CIDH para monitorear la situación de derechos humanos, además comprender los efectos de la pandemia y las medidas adoptadas por los Estados para hacerle frente, desde la perspectiva de derechos humanos. Fue así como la Comisión adoptó la Resolución 01/20, Pandemia y Derechos Humanos en las Américas,²³ ante la emergencia sanitaria global. La Resolución se elaboró bajo la convicción de que las medidas adoptadas por los Estados en la atención y contención del virus deben tener como centro el pleno respeto de los derechos humanos. Por lo tanto, constituye una aproximación integral sobre la situación de la pandemia, en la que se recogen los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y se formula un conjunto de recomendaciones a los Estados de la región para abordar el enfrentamiento al covid-19 desde el enfoque de derechos humanos.

La Resolución es un llamado a los Estados miembros de la OEA a adoptar en forma inmediata y transversal el enfoque centrado en los derechos humanos en cualquier estrategia, política o medida estatal dirigida a enfrentar la pandemia y sus consecuencias, incluyendo los planes para la recuperación social y económica que se formulen, los cuales deben estar apegados al respeto irrestricto de los estándares interamericanos e internacionales en materia de derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, asegurando el funcionamiento de los poderes públicos del Estado. Asimismo, la Resolución señala que las medidas que resulten en restricciones de derechos o garantías deben ajustarse a los principios *pro homine*, de proporcionalidad y temporalidad, y deben procurar el estricto cumplimiento de objetivos de salud pública y protección integral.

Cabe precisar que en la Resolución se señala el contexto dentro del cual se da esta pandemia en las Américas, precisando, como ya hemos indicado, que es la región más desigual del planeta, caracterizada por profundas brechas sociales en que la pobreza y la pobreza extrema constituyen un problema transversal a todos los Estados de la región, así como por la falta o precariedad en el acceso al agua potable y al saneamiento, la inseguridad alimentaria, las situaciones de contaminación ambiental y la falta de viviendas o de hábitat adecuado. A esto se suman altas tasas de informalidad laboral y de trabajo e ingresos precarios, que afectan a un gran número de personas en la región y que hacen aún más preocupante el impacto socioeconómico del covid-19. Todo esto dificulta o impide a millones de personas tomar medidas

22. «Comunicado de prensa 63/20: CIDH instala su Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada a Crisis para la Pandemia del Covid-19», Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 28 de marzo de 2020, disponible en <https://bit.ly/2YLNwRG>.

23. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/20, Pandemia y Derechos Humanos, disponible en <https://bit.ly/3lu6kyK>.

básicas de prevención contra la enfermedad, en particular cuando afecta a grupos en situación de vulnerabilidad.

Por lo anterior, la Resolución se hace cargo de que la pandemia genera impactos diferenciados e interseccionales sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales para ciertos colectivos y poblaciones en situación de vulnerabilidad, por lo que se torna esencial la adopción de políticas para prevenir de manera eficaz el contagio, así como de medidas de seguridad social y el acceso a sistemas de salud pública que faciliten el diagnóstico y tratamiento oportuno y asequible. Esto con el fin de brindar a las poblaciones en situación de vulnerabilidad la atención integral de la salud física y mental, sin discriminación.

Es importante resaltar que un apartado especial de las recomendaciones se refiere a los grupos en especial situación de vulnerabilidad, como las personas mayores, las personas privadas de libertad, las mujeres, los pueblos indígenas, las personas en situación de movilidad humana, los niños, niñas y adolescentes, las personas LGBTI, las personas afrodescendientes y las personas con discapacidad. En ese sentido, la Comisión destaca que, al momento de emitir medidas de emergencia y contención frente a la pandemia, los Estados de la región deben brindar y aplicar perspectivas interseccionales y prestar particular atención a las necesidades y al impacto diferenciado de dichas medidas en los derechos humanos de los grupos históricamente discriminados o en especial vulnerabilidad.

No cabe duda de que esta Resolución ha sido una reacción clara, adecuada y oportuna de la CIDH a una situación muy grave y también desafiante para todos los actores regionales. En ese sentido, fue bienvenida por distintas autoridades nacionales, tanto del Ejecutivo como autoridades judiciales, pues establece recomendaciones en materia de políticas públicas en un contexto complejo para los gobernantes. Asimismo, es preciso señalar que al cierre de este artículo, la Resolución estaba ya produciendo un verdadero impacto en las decisiones internas de diversos países, además de recoger las principales preocupaciones de las organizaciones de la sociedad civil. Menciono solo algunos ejemplos:

El Supremo Tribunal Federal de Brasil invalidó un decreto del presidente Jair Bolsonaro que restringía el acceso a la información pública en esta coyuntura, y emitió una medida cautelar ordenando a la Presidencia de la República que aclare las medidas que el Gobierno federal viene adoptando para cumplir las medidas de prevención y mitigación recomendadas por la OMS. En la decisión se menciona la Resolución de la CIDH como antecedente.²⁴

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador emitió la Resolución 148-2020, que otorgó medidas cautelares a favor de personas que habían sido deteni-

24. Véase Resolución «Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.363 Distrito Federal», disponible en <https://bit.ly/34SUuIN>.

das para que cumplan cuarentena obligatoria en centros de contención, disponiendo entre otras cosas que puedan cumplirla en sus domicilios respetando determinados protocolos sanitarios. También esta decisión judicial menciona expresamente la Resolución 1/20 de la CIDH.²⁵

Por su parte, la Resolución 70/2020 de la Agencia de Acceso a la Información Pública de Argentina, que regula el acceso a la información en el contexto de la pandemia, hace referencia explícita a la resolución de la CIDH en comentario.²⁶

Por otra parte, en el debate respecto de medidas para evitar mayores hacinamientos en las cárceles, el presidente de Argentina también ha reiterado en varias oportunidades —en discursos, entrevistas y Twitter— las recomendaciones de la CIDH sobre las personas privadas de libertad en el contexto de la emergencia sanitaria.²⁷

En este mismo tema, el ministro de Justicia de Chile, al defender el proyecto de ley de indulto conmutativo para personas privadas de libertad, también aludió a las recomendaciones de la CIDH en la materia.²⁸

Además de la Resolución, la CIDH ha ido elaborando comunicados específicos en las últimas semanas respecto de distintos grupos vulnerables o temas, como las consecuencias de la pandemia en niñas, niños y adolescentes; los derechos de las personas mayores frente a la pandemia; recomendaciones a los Estados para garantizar los derechos de las personas LGBTI en este contexto; la protección de las personas migrantes, refugiadas y desplazadas frente al covid-19; la obligación de los Estados de que los estados de excepción que declaren cumplan con los estándares internacionales; la necesidad de que los Estados incorporen la perspectiva de género en la respuesta a la pandemia y a combatir la violencia sexual e intrafamiliar en este contexto; la protección de los pueblos indígenas; y la obligación de garantizar la salud e integridad de las personas privadas de libertad y de sus familiares en este contexto, entre otras.

Reflexiones finales

El Sistema Interamericano tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario, por lo que la obligación de respeto y garantía de todos los derechos contenidos en la Convención Americana corresponde en primer lugar al Estado. Esto implica que

25. Resolución 148-2020 *Ac. habeas corpus*, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 15 de abril de 2020.

26. Agencia de Acceso a la Información Pública de Argentina, Resolución 70/2020, disponible en <https://bit.ly/2YKcy3K>.

27. Consúltense en este sentido la cuenta de Twitter de Alberto Fernández, disponible en <https://bit.ly/32LgxOW>.

28. Carlos Reyes, «Ministro Larraín valora recomendaciones realizadas por la CIDH por avance del coronavirus», *La Tercera*, 30 de abril de 2020, disponible en <https://bit.ly/3jrahlZ>.

debe organizar todo su aparato en el ámbito interno para cumplir tales obligaciones asumidas de manera libre y soberana. De igual modo, el Estado tiene la obligación de garantizar y facilitar el trabajo autónomo de los órganos de protección de derechos humanos, y de cumplir de buena fe todas las recomendaciones y decisiones que estos adopten en ejercicio de su mandato.

La experiencia de seis décadas de la Comisión Interamericana demuestra que el avance de los derechos humanos se logra mediante una combinación de esfuerzos por parte de la sociedad civil, los Estados y las propias víctimas.

Lo cierto es que democracia y derechos humanos son conceptos que se encuentran vinculados de manera indisoluble, como lo reconoce la Carta Democrática Interamericana. No puede concebirse la democracia sin el ejercicio de los derechos humanos ni la garantía de respeto, protección y cumplimiento de estos sin libertades democráticas. Los derechos humanos no son solo un límite a la opresión y al autoritarismo, sino también una guía para el desarrollo de políticas públicas y el fortalecimiento de las instituciones democráticas. Ello ha implicado un cambio en la concepción del rol de los Estados, que deben respetar los derechos humanos y promover acciones efectivas para garantizar su ejercicio.

El nuevo contexto de la pandemia se ha convertido en estos tiempos en un debate central. En él, la lucha por los derechos humanos definirá la calidad de vida y del bienestar de los pueblos alrededor del mundo. En estos días sabemos que el covid-19 cambiará el mundo, pero no tenemos certezas de hacia dónde. En este paraíso de incertidumbres, han aparecido muchísimos análisis de intelectuales como Slavoj Žižek, Byung-Chul Han o Giorgio Agamben. Ellos han hecho predicciones que varían entre la estocada final al capitalismo, teorías conspirativas y futuros sombríos de más aislamiento e individualismo.

Para algunos, el capitalismo ha llegado a su fin. No puede continuar desarrollándose moral y éticamente. Para otros, tras la pandemia, el capitalismo continuará con aún más pujanza, y es posible que incluso llegue a Occidente el Estado policial digital al estilo chino. Para otros, el virus ha generado un nuevo sentimiento colectivo de solidaridad que nos permite soñar con una sociedad distinta, más pacífica, más justa. Lo cierto es que, sea cual sea este futuro pospandemia que nos espera, la CIDH en particular y los sistemas regionales de protección en general deberán enfrentarlos con mecanismos novedosos y que respondan en tiempos adecuados a las nuevas modalidades de amenazas a los derechos humanos.

Reconocimiento

En recuerdo de quien fuera maestro e inspiración de tantas personas defensoras de derechos humanos, José Zalaquett Daher.

Referencias

- CELS, Centro de Estudios Legales y Sociales (2015). *Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad: Represión a trabajadores durante el terrorismo de Estado*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Disponible en <https://bit.ly/2YLQQME>.
- JOFFILY, Mariana (2016). «Violencia sexual en las dictaduras de América Latina: ¿Quién quiere saber?». *Sur* 24, 13 (24): 165-176. Disponible en <https://bit.ly/2EIFSkr>.

Sobre la autora

ANTONIA URREJOLA NOGUERA es abogada de la Universidad de Chile. Postítulo en Derechos Humanos y Justicia Transicional y Comisionada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2018-2021. Fue asesora en derechos humanos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de Chile. Ha sido asesora principal del secretario general de la OEA entre 2006 y 2011, y consultora de organismos internacionales como el PNUD, la OIT, Flacso, CEJA y BID en temas relacionados al Convenio 169 de la OIT y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Con el retorno a la democracia en Chile, trabajó en la Comisión Especial de Pueblos Indígenas, Ministerio de Bienes Nacionales y el Ministerio de Planificación y Cooperación, especializándose en derechos de los pueblos indígenas. Fue asesora del Ministerio del Interior en temas de memoria, verdad y justicia y derechos humanos. Ha sido profesora invitada en materias del sistema interamericano de derechos humanos en diversas instituciones y universidades. Su correo electrónico es aurrejola@oas.org.

I BIENAL LATINOAMERICANA DIDH

El proceso de transición colombiano y algunos de sus desafíos

The Colombian transition process and some of its challenges

Laura Betancur-Restrepo 

Universidad de los Andes, Colombia

RESUMEN Este texto busca presentar, de manera simplificada, las principales modificaciones que brinda el sistema de transición colombiano propuesto en el acuerdo de paz celebrado entre el Gobierno y la guerrilla de las FARC. El acuerdo de paz es complejo e innovador, y su contenido ha producido múltiples reacciones contrarias, incluyendo malentendidos y desinformaciones. Uno de los aspectos de mayor debate y confusión se refiere a los mecanismos de justicia transicional y sus implicaciones. Este texto busca hacer accesible a un público amplio —incluso no conocedor del caso colombiano— ciertos aspectos esenciales acordados alrededor del sistema de justicia transicional y detectar algunos de los desafíos legales sobre lo que fue acordado entre las partes. En particular, se centrará en los beneficios penales que otorga el acuerdo y la perspectiva de justicia restaurativa que lo inspira.

PALABRAS CLAVE Acuerdo de paz, Colombia, desafíos legales de la transición, derechos humanos.

ABSTRACT This text seeks to present to the reader, in a simplified manner, the main modifications provided by the Colombian transition system proposed in the peace agreement concluded between the Government and the FARC guerrilla. The peace agreement is complex and innovative, but its content has produced multiple misunderstandings and misinformation. One of the points of debate and confusion refers to the mechanisms of transitional justice and their implications. This text seeks to make accessible to a broad public (even not aware of the Colombian case) certain essential aspects agreed around the transitional justice system and to detect some of the legal challenges on what was agreed between the parties. Particularly, it will focus on the criminal benefits granted by the agreement and the perspective of restorative justice that inspires it.

KEYWORDS Colombia, peace agreement, legal challenges of the transition, human rights.

Introducción

El presente capítulo es producto de la ponencia presentada en la Primera Biental Latinoamericana de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, celebrada en Santiago de Chile entre el 28 y 29 de noviembre de 2018. En ella, participé en el panel sobre conflictividad y propuestas de gobernanza para América Latina, explicando los principales aportes del proceso de transición colombiano y señalando algunas de sus desafíos. El propósito de esa intervención —y de este texto— es hacer más accesible a un público amplio, que no necesariamente conoce el caso colombiano, algunos de las principales transformaciones que se viven hoy en el proceso de transición y los retos a los que se ha visto enfrentado. Para ello, voy a hacer breves referencias contextuales al conflicto colombiano; luego describiré algunas de las modificaciones principales que brinda el sistema de transición colombiano propuesto en el Acuerdo de Paz, y detectaré algunos de los desafíos legales sobre lo que fue acordado entre las partes.

Para empezar, cabe resaltar que Colombia enfrenta importantes retos en la actualidad. Se encuentra implementando un Acuerdo de Paz logrado en 2016 entre el Gobierno de Colombia y la guerrilla de las Fuerzas Armadas de Colombia, Ejército del Pueblo (FARC), construyendo el difícil camino del posconflicto, al tiempo que sigue sin resolver todas las aristas que han alimentado la violencia y el conflicto armado interno que flagela al país hace décadas. Además, la implementación se da en el marco de un Gobierno distinto a quien negoció el Acuerdo, cuyo partido político ha sido el principal opositor del proceso de paz y del Acuerdo mismo. A pesar de estas dificultades, la implementación ha seguido —aunque más lenta y con más obstáculos que lo que se previó— según el marco de transición definido.

Recordemos brevemente que Colombia ha sufrido un largo conflicto armado interno. Para algunos historiadores, el país ha estado en conflicto armado desde la independencia de España. Para otros, es importante diferenciar entre los tipos de violencia y los conflictos que lo han afligido.¹ Pero la mayoría estará de acuerdo en que el conflicto armado interno actual ha durado al menos medio siglo (De Zubiría, 2015).² Esto lo convierte en el conflicto armado de mayor duración en el hemisferio occidental (Fisas, 2012). Durante este conflicto, al menos 260.000 personas han sido asesinadas; 7 millones de personas han sido desplazadas; 33.000 personas fueron se-

1. Sobre las múltiples causas y orígenes del conflicto y la violencia en Colombia, véase, entre otros, Guzmán, Fals Borda y Umaña (1962), Oquist (1978), Wills (2015), Fajardo (2014), Pécaut (2015) y el sitio de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, disponible en <https://comisiondelaverdad.co/>.

2. De hecho, la Comisión para la Verdad delimitó su mandato a partir de hechos ocurridos desde 1958, es decir, hace 60 años.

cuestradas, y ha habido alrededor de 87.000 personas desaparecidas.³ Según la Unidad de Atención y Reparación Integral a Víctimas, hay 8.816.304 de víctimas registradas, dentro de las cuales 8.443.654 son víctimas del conflicto armado.⁴

La transición que vive en la actualidad Colombia se refiere en particular al fin del conflicto con las FARC. Sin embargo, es importante destacar que el conflicto ha contado con varias fuentes de violencia. Por tanto, aunque en este texto me concentro en el Acuerdo de Paz con las FARC, esa guerrilla no ha sido el único actor violento del conflicto colombiano. Además de las FARC, ha habido otros grupos guerrilleros, grupos paramilitares, narcotráfico y violencia estatal (Pizarro, 2015).

Las FARC se fundaron como guerrilla en 1964 con la intención de derrocar al Gobierno e instalar un régimen marxista-leninista (Grupo de Memoria Histórica, 2013: 110-196). Era principalmente una organización guerrillera rural, lo cual explica que el tema de la tierra siempre fuese esencial en sus reclamos y lo siguiera siendo durante las negociaciones de paz. Las FARC crecieron en forma exponencial en las décadas de los ochenta y noventa, a medida que su asociación con el comercio de drogas mejoró su posición financiera. En su apogeo, fue la fuerza guerrillera más grande y mejor equipada de América Latina. A partir de 1998, el Gobierno aumentó el tamaño y el presupuesto de las Fuerzas Armadas y comenzó a debilitar a las FARC. Así, pasaron de tener 20.000 combatientes activos en 2002 a cerca de 6.000 en 2016.⁵

Se intentaron conversaciones con este grupo guerrillero en varias oportunidades, pero los diálogos de paz celebrados en La Habana con el Gobierno del expresidente Juan Manuel Santos fueron los únicos que terminaron con un acuerdo definitivo. Estos diálogos comenzaron en octubre de 2012 y duraron hasta agosto de 2016.

Después de que se logró y firmó el Acuerdo de Paz, se celebró un plebiscito para preguntar si la gente aprobaba lo acordado, en el cual ganó el «No» con el 50,23% de los votos contra el 49,73% que obtuvo el «Sí». Sin duda un margen muy estrecho, pero en todo caso una victoria para el «No».

Como consecuencia, hay al menos dos acuerdos de paz con las FARC: uno que se firmó en agosto de 2016 en Cartagena después de las negociaciones de paz en La Habana, y otro que se renegó después del plebiscito, en que se tomaron en cuenta algunas de las modificaciones que pidieron los críticos del proceso de paz. Este nuevo acuerdo se firmó en noviembre de 2016 en Bogotá. En este texto, haré referencia al

3. César Romero, «262.197 muertos dejó el conflicto armado», Centro Nacional de Memoria Histórica, 2 de agosto de 2018, disponible en <https://bit.ly/3gINQHc>.

4. Unidad de Atención y Reparación Integral a Víctimas, «Registro único de víctimas», corte al 1 de mayo de 2019, disponible en <https://bit.ly/3hM5cV4>.

5. Sobre las FARC como guerrilla, su origen, historia e influencias, véase entre otros, Chernick (1996), Ferro y Uribe (2002), Pécaut (2008) y James Bargent, «Las FARC 1964-2002: De una rebelión desordenada a una máquina militar», *Insight Crime*, 23 de mayo de 2014, disponible en <https://bit.ly/3lxMDWL>.

acuerdo actualmente vigente, es decir, al que incluye las modificaciones después del plebiscito.

El Acuerdo en gran medida es un documento que busca no solo poner fin al conflicto con la entonces guerrilla más fuerte del país, sino también responder a tensiones sociales y políticas que han promovido la violencia en Colombia. El texto incluye novedades jurídicas y políticas a nivel nacional e internacional. Su negociación fue larga y dispendiosa, debido a la ambición temática del Acuerdo, a las diferencias históricas que caracterizaban a las partes y a que la negociación tuvo en cuenta diversas restricciones jurídicas. Por un lado, el Gobierno impuso ciertos límites de lo que era negociable, considerando que, por ejemplo, había límites jurídicos internos constitucionales que no se iban a modificar. Pero también fue un proceso que se dio teniendo en cuenta restricciones jurídicas internacionales que obligaban a Colombia. Así, los marcos jurídicos del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos (SIDH) y de la Corte Penal Internacional (CPI) jugaron un rol activo durante toda la negociación y elaboración del Acuerdo, de forma mucho más presente y directa que en otras negociaciones de paz que se habían dado en Colombia. En este sentido, el Acuerdo logrado es complejo jurídicamente —lo cual lo hace difícil de entender para gran parte del público—, pero al mismo tiempo sofisticado e innovador.

Las ambiciones del Acuerdo de Paz logrado

Una de las características que es preciso destacar del Acuerdo de Paz es que buscó enfocarse en varios vacíos estructurales que han atravesado históricamente el conflicto, independiente de la lucha armada concreta de y contra las FARC. El Acuerdo pretende ofrecer una intervención más articulada a las tradicionales políticas públicas con las que el Estado ha buscado responder por separado a problemas puntuales, ofreciendo una propuesta más estructural a diversas problemáticas y necesidades de un porcentaje importante de la población.

Por ejemplo, como lo mencioné, el tema de la tierra y la situación del campo colombiano ha sido una de las preocupaciones históricas de las FARC, y sin duda uno de los aspectos más olvidados por los Gobiernos colombianos. Este fue uno de los primeros puntos en negociarse.

En el primer capítulo del Acuerdo, llamado «Reforma rural integral», se buscó remediar varias carencias históricas de este sector del país y poner la lupa en territorios tradicionalmente olvidados. En realidad, en muchos sentidos lo territorial atraviesa todo el Acuerdo. De hecho, las partes negociadoras insistieron que se buscaba una *paz territorial*, es decir, una paz en y para las regiones. De manera similar, el Acuerdo abordó otros temas cruciales en Colombia, como el narcotráfico, que derivó en el acuerdo sobre «Solución al problema de drogas ilícitas»; o el de la participación política, que incluye a los excombatientes de las FARC, pero también a otros partidos

de la oposición que no contaban con garantías de participación e inclusión política. Además, dedica un capítulo a la atención a las víctimas y a cómo resolver la situación jurídica de los excombatientes mediante el sistema transicional creado en el acuerdo. Esto incluye modificaciones al derecho penal colombiano, lo cual siempre es un tema delicado en las negociaciones de paz y, sin duda, uno de los principales temas de polarización en el país.⁶

Tratar tantos temas relacionados con problemas tan variados y arraigados en Colombia conlleva un sinnúmero de desafíos.⁷ Ha sido común encontrar críticas o pronunciamientos desde diferentes sectores, unos más radicales que otros, que afirman, por ejemplo, que, como no habrá cárcel para perpetradores de crímenes graves y violaciones de derecho internacional humanitario, el Acuerdo de Paz legaliza la impunidad y la Corte Penal Internacional deberá intervenir. O afirmar que la justicia transicional propuesta hará que la justicia pierda autonomía. También se ha dicho que el Acuerdo crea un desequilibrio con otros partidos políticos a favor de las FARC; que las FARAC no deben poder participar en la política sin ir a la cárcel; que la implementación ha sido lenta y desorganizada; que no hay seguridad para líderes en regiones y excombatientes; o que las zonas que eran de las FARC están abandonadas por el Estado.

Puede verse que algunos de los desafíos presentes en estas críticas provienen del acuerdo mismo, es decir, de lo que se acordó en las negociaciones. Otros son desafíos sobre la implementación, la interpretación o el cumplimiento que se le ha dado posteriormente. Hay también desafíos sobre la legalidad del acuerdo, otros sobre su legitimidad. También hay desafíos nacionales y desafíos internacionales. Algunas veces coinciden entre sí, otras no. Por ejemplo, muchas veces se hace énfasis en los desafíos jurídicos, pero los desafíos sobre la legitimidad son tan importantes como los desafíos jurídicos y, en ocasiones, más difíciles de superar.

De manera similar, el Acuerdo ha gozado de una sólida legitimidad internacional, pero ha tenido mayores problemas de legitimidad y polarización política interna.⁸

6. El Acuerdo tiene seis capítulos: el primero es la Reforma Rural integral, con importantes consideraciones sobre la tierra; el segundo trata sobre la participación política, incluida la participación de las FARC como partido político legal; el tercero aborda el alto al fuego bilateral y definitivo, el cese de hostilidades y el abandono de armas (llamado «fin del conflicto»); el cuarto es sobre el problema de las drogas ilegales; el quinto es el acuerdo sobre las víctimas del conflicto; y el sexto capítulo es sobre los mecanismos de implementación y verificación. Véase Gobierno Nacional y FARC-EP, «Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera», disponible en <https://bit.ly/3imYwNc>.

7. Sobre estos desafíos, véase Cider (2014), Sarmiento (2017) y Natalia Maya, «Cinco desafíos de la implementación del Acuerdo final», Hacemos Memoria, 6 de julio de 2017, disponible en <https://bit.ly/3lyb46E>.

8. Esto se vio reflejado en la derrota en el plebiscito y en las campañas y elecciones presidenciales de

En este texto no tendré el espacio para abordar todos los desafíos. Voy entonces a describir de manera simplificada las modificaciones principales que brinda el sistema de transición propuesto en el Acuerdo, con la esperanza de poder aclarar algunos de los malentendidos y desinformaciones que se han dado alrededor de lo acordado, y detectar algunos de los desafíos legales sobre lo que fue acordado entre las partes. En particular, me voy a concentrar en aquellos desafíos que se desprenden de los beneficios penales que ofrece el sistema y la aproximación de justicia restaurativa que inspira la justicia transicional adoptada.

La justicia transicional en el Acuerdo de Paz con las FARC

Hay muchos estudios sobre la justicia transicional, y en esta oportunidad no voy a profundizar sobre este concepto. En cambio, voy a retomar algunos aspectos claves para entender el tipo de justicia transicional que se acordó con las FARC y sus desafíos.

Según el Centro Internacional para la Justicia Transicional, «la justicia transicional alude a las formas en que países que dejan atrás periodos de conflicto y represión utilizan para enfrentarse a violaciones de derechos humanos masivas o sistemáticas, de tal magnitud y gravedad que el sistema judicial convencional no puede darles una respuesta adecuada».⁹ Según esto, la justicia transicional es una forma de manejar una transición de un período de represión —por ejemplo, la dictadura— o un conflicto —como una guerra internacional o interna—, que produjo tantas y tan graves violaciones de derechos humanos que superó la capacidad del sistema de justicia ordinario. Por lo tanto, para brindar justicia y hacer que la transición hacia la paz o la democracia sea exitosa, se diseña un nuevo sistema de justicia de transición que incluye no solo los procesos penales, sino también la verdad y diferentes formas de reparación para las víctimas. Esto implica que la forma de justicia transicional no sea la misma para todas las situaciones. Por lo tanto, es difícil dar características específicas generales del concepto, pero podríamos enumerar algunos objetivos que habitualmente se buscan con ella:

- No es permanente. Está destinada a convivir con el sistema de justicia ordinario o reemplazarlo solo por un cierto período de transición.
- Busca facilitar el acceso a la justicia que de otra manera sería muy difícil, ya sea porque una de las partes no acepta el sistema de justicia ordinario o porque las atrocidades y los abusos sistemáticos cometidos son tan masivos, que es imposible que un sistema de justicia ordinario pueda lidiar con ellos.

2018. Redacción Política, «La polarización que atizó el plebiscito», *El Espectador*, 2 de octubre de 2017, disponible en <https://bit.ly/3jrFYeY>.

9. «¿Qué es la justicia transicional?», Centro Internacional para la Justicia Transicional, disponible en <https://bit.ly/3juDj49>.

- Busca reparar y reconocer las violaciones ocurridas, es decir, dentro de sus objetivos están la búsqueda de la verdad y las reparaciones para las víctimas.
- Quiere evitar que las violaciones vuelvan a suceder, es decir, la no repetición.
- Es un sistema que puede ayudar a promover de la reconciliación.

En el Acuerdo colombiano con las FARC, lo referente a la justicia transicional fue incluido en el capítulo 5, sobre las víctimas del conflicto. Este capítulo incluye varios compromisos en materia de derechos humanos y un complejo sistema, llamado «Sistema Integral para la Verdad, la Justicia, las Reparaciones y la No Repetición». Este sistema es el que se encarga de recoger las distintas apuestas de la transición en Colombia.

El Sistema Integral comprende cinco elementos centrales: i) la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; ii) la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas en Razón del Conflicto Armado; iii) la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP); iv) las Medidas de Reparación Integral, y v) las Garantías de No Repetición.¹⁰

De estos componentes, sin duda la JEP es el que más controversia ha causado.¹¹ El marco normativo de la JEP entró en vigor en noviembre de 2017,¹² pero el trabajo abierto al público comenzó el 15 de marzo de 2018.¹³ La JEP está compuesta por cinco órganos¹⁴ y una secretaría ejecutiva que se encarga de la administración, gestión y ejecución de los recursos de la JEP bajo la orientación de su Presidencia.

La JEP tiene la tarea de asumir la responsabilidad de los procesos relacionados con los objetivos de justicia punitiva y de restauración descritos en el Acuerdo. No

10. En la actualidad se encuentran funcionando cabalmente la JEP y la Comisión para la Verdad, las otras unidades aún no o de manera precaria. Véase «Unidad desaparecidos está funcionando solo con 14 personas». *Semana*, 25 de julio de 2018, disponible en <https://bit.ly/34M7CPG>.

11. Aunque la entrada en funcionamiento de la Comisión para la Verdad y su acceso a documentos considerados confidenciales también produjo críticas y controversias. Véase, por ejemplo, «Información de militares: La primera traba para la Comisión de la Verdad», *¡Pacifista!*, 11 de julio de 2018, disponible en <https://bit.ly/3gMq1ya>.

12. «Marco Normativo de la Justicia Especial para la Paz (JEP)», Jurisprudencia Especial para la Paz, disponible en <https://bit.ly/2FtqfgA>.

13. Solo hasta junio de 2019 fue aprobada la ley estatutaria para su funcionamiento, después de largos procedimientos y oposición del presidente Duque y su partido, el Centro Democrático. Véase Congreso de Colombia, Ley 1.957, del 6 de junio de 2019, «Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz», disponible en <https://bit.ly/2QzW3Do>.

14. Los órganos son: i) Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas; ii) Sala de Amnistía e Indulto; iii) Sala de Definición de Situaciones Jurídicas; iv) Unidad de Investigación y Acusación; v) Tribunal para la Paz, que está compuesto, a su vez, por cinco secciones: a) sección de primera instancia en los casos de reconocimiento de responsabilidad, b) sección de primera instancia en los casos de ausencia de reconocimiento de responsabilidad, c) sección de apelación, d) sección de revisión, y e) sección de estabilidad y eficacia.

es una jurisdicción permanente ni pretende sustituir la justicia ordinaria, ya que se dedica exclusivamente a los actos que ocurrieron en el marco del conflicto armado.¹⁵ La JEP tiene los siguientes objetivos: i) satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; ii) ofrecer verdad a la sociedad colombiana; iii) contribuir a la reparación de las víctimas; iv) contribuir a la lucha contra la impunidad; v) adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado, respecto de hechos cometidos en el contexto y en razón de este; y vi) contribuir al logro de una paz estable y duradera.¹⁶

Este tribunal es novedoso en múltiples aspectos, incluyendo su composición humana: es el primer tribunal en Colombia que cuenta con verdadera representación étnica diversa, pues una cuarta parte (ocho magistrados) son personas indígenas o afrocolombianas, y es el único en el que hay más mujeres que hombres (28 de 51). Además, 26 no son penalistas, 27 son académicos y 26 provienen de la rama judicial.¹⁷

Una primera anotación que es importante resaltar es que no solo la JEP está conformada por un complejo sistema de justicia transicional, sino que es *uno* de los subcomponentes de todo el sistema transicional del acuerdo. Esto a menudo se olvida, y algunas personas enfocan sus críticas solo en el modelo de justicia transicional de la JEP, olvidando que el Acuerdo y el sistema integral son mucho más complejos y sofisticados. Sin embargo, es entendible este enfoque e interés en la JEP. El derecho penal y el tipo de castigo que recibirán los perpetradores de graves violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, así como el debate sobre la justicia y la impunidad, son temas delicados en cualquier proceso de paz. Los límites entre la justicia alternativa y la impunidad, así como los que existen entre la paz y la justicia, son difíciles de establecer.

Para muchas personas, la paz solo se logra si se hace justicia, y algunos conciben que solo se hace justicia si todos los autores de los crímenes más terribles están en prisión, pagando largas y duras condenas por las atrocidades que han cometido. Mientras, otros piensan que el objetivo más importante es lograr la paz, incluso si esto significa que se tenga que ceder en el tipo de justicia y de castigo que obtendrán los perpetradores.¹⁸

15. «Acto Legislativo “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la Terminación del Conflicto armado y la Construcción de una Paz estable y Duradera y se dictan otras disposiciones”», Ministerio de Justicia de Colombia, disponible en <https://bit.ly/2Fr7OJG>.

16. Véanse los objetivos en el sitio web de Jurisdicción Especial para la Paz, disponible en <https://bit.ly/3juqAyk>.

17. Juan Esteban Lewin, «La JEP se quedó con magistrados menos penalistas y más plurales de lo usual», *La Silla Vacía*, 20 de septiembre de 2017, disponible en <https://bit.ly/31Ijkz>.

18. «Enfoque: ¿Qué es la justicia transicional?», Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2009, disponible en <https://bit.ly/31IiaNS>.

La justicia transicional, ya sea al final de un conflicto armado o de una dictadura, se mueve entre dos difíciles perspectivas: por un lado, la delicada dificultad de enfrentar un pasado de crímenes masivos que reclama justicia para las víctimas; y, por otro, la necesidad de ayudar a construir un futuro en que se garantice la estabilidad a la paz o la democracia recién lograda (Benavides, 2016: 462). En Colombia, como en el caso de todos aquellos países que asumen un proceso de transición, se tuvo que sopesar y encontrar un punto medio entre dos extremos: «Investigar y castigar a todos los perpetradores de violaciones de derechos humanos o dar una amplia amnistía y privilegio del proceso de reorganización constitucional» (Benavides, 2016: 463). Como lo explica Farid Benavides (2016: 463):

Si se opta por la estabilidad a cambio de impunidad absoluta, las víctimas serán ciertamente engañadas por el nuevo régimen y el nuevo Gobierno tendrá un alto déficit de legitimidad, pero si se elige la sanción para todos los responsables, puede afectar negativamente el futuro de la paz o la democracia, entre otras razones, porque los perpetradores conservan el poder político y económico, y también porque una parte de los ciudadanos puede ver en los juicios actos de venganza y reavivar el odio entre las facciones opuestas, o también porque la masividad de los crímenes puede llevar a un colapso del sistema judicial.

En este contexto, una de las grandes preguntas que surgen es cómo sancionar a los responsables sin afectar el futuro de la paz y la democracia y cómo abstenerse de sancionarlos a todos sin afectar los cimientos del Estado de derecho y los derechos de las víctimas.

Como dije antes, la pregunta o el dilema entre paz y justicia no es nueva. Este es uno de los dilemas más antiguos en todas las negociaciones de paz. Porque, no olvidemos —y esto se olvida con frecuencia en Colombia— que si se hizo una negociación de paz es porque ninguna de las partes combatientes pudo ganar la guerra. Es por eso que tuvieron que sentarse entre enemigos a discutir. De lo contrario, se trata de vencedores y vencidos, como después de las guerras mundiales en Europa. Entonces, en este tipo de negociaciones, el Acuerdo que resulte debe ser lo suficientemente bueno para ser aceptado por ambas partes. Sin duda, esto deja en evidencia varios desafíos relacionado con los beneficios que han recibido y recibirán los desmovilizados de las FARC.

En primer lugar, el Acuerdo no busca que la JEP investigue todos los delitos cometidos ni a todos quienes participaron en ellos, sino que se usen criterios de priorización y selección para determinar —y juzgar— a los máximos responsables de las conductas más graves y representativas cometidas en el conflicto armado. En este sentido, el Acuerdo establece que habrá amnistía para combatientes guerrilleros —o

renuncia de la acción penal para agentes del Estado—¹⁹ acusados de delitos menores y delitos considerados *políticos* o *conexos a delitos políticos*. Ejemplos de estos crímenes son: rebelión, traición, espionaje y sedición. A su vez, el Acuerdo es explícito en negar amnistías para delitos graves (crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y violaciones graves de los derechos humanos) sobre los cuales hay prohibiciones expresas en el derecho internacional contemporáneo. En esos casos, habrá penas, pero el punto controversial es que la JEP podrá dar como penas sanciones alternativas. No sabemos exactamente cuáles serán esas sanciones alternativas, pero sí sabemos que, aunque puedan involucrar la privación de la libertad, no serán en centros carcelarios ordinarios. La duración y el tipo de la pena dependerá de la colaboración del procesado y la oportunidad en que lo haga (figura 1). Además, se acordó que si los miembros de las FARC cometen algún delito después de diciembre de 2016 (es decir, después de la firma del segundo Acuerdo), dejarán de estar cubiertos por el sistema de justicia transicional, incluida la ley de amnistía, la JEP y, por supuesto, no podrán beneficiarse de los castigos alternativos y las condenas más ligeras allí establecidas.²⁰

Los beneficios penales que se pactaron en el Acuerdo contienen varios desafíos y han producido desconcierto en amplios sectores de la población, muchas veces por incomprensión y desinformación. A continuación, me referiré a algunos desafíos provenientes de las amnistías y penas alternativas que podrá imponer la JEP.

Desafíos jurídicos de la justicia transicional

Tanto los criterios de selección y priorización como las amnistías son herramientas importantes pero desafiantes. Por un lado, la obligación de investigar y sancionar violaciones a los derechos humanos es clara en el ordenamiento jurídico colombiano

19. Téngase en cuenta que para agentes del Estado no cabe el término amnistía o indulto, porque la Constitución colombiana autoriza esta medida solamente para delitos políticos, que los agentes del Estado no pueden cometer. Pero se decidió una medida equitativa y equivalente que implica la renuncia a la persecución penal cuando son conductas estrictamente relacionadas con el conflicto armado, según las reglas operacionales de la fuerza pública en relación con el derecho internacional humanitario. Véase Congreso de Colombia, Ley 1.820, del 30 de diciembre de 2016, «Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones», disponible en <https://bit.ly/3gJNFew>; Presidencia de Colombia, Decreto 277 del 17 de febrero de 2017, «Por el cual se establece el procedimiento para la efectiva implementación de la Ley 1.820 del 30 de diciembre de 2016», disponible en <https://bit.ly/3bOJowo>.

20. Esto es lo que se estaba definiendo con un importante líder de las FARC que era pedido en extradición a Estados Unidos por posibles actos de narcotráfico que habrían sido cometidos después de la firma del Acuerdo. Véase «JEP niega la extradición de Jesús Santrich a Estados Unidos y ordena su libertad», *El Espectador*, 15 de mayo de 2019, disponible en <https://bit.ly/3bOew8r>; y «Ahora le corresponde a Jesús Santrich cumplir: Corte Suprema», *El Tiempo*, 1 de junio de 2019, disponible en <https://bit.ly/2RionHm>.

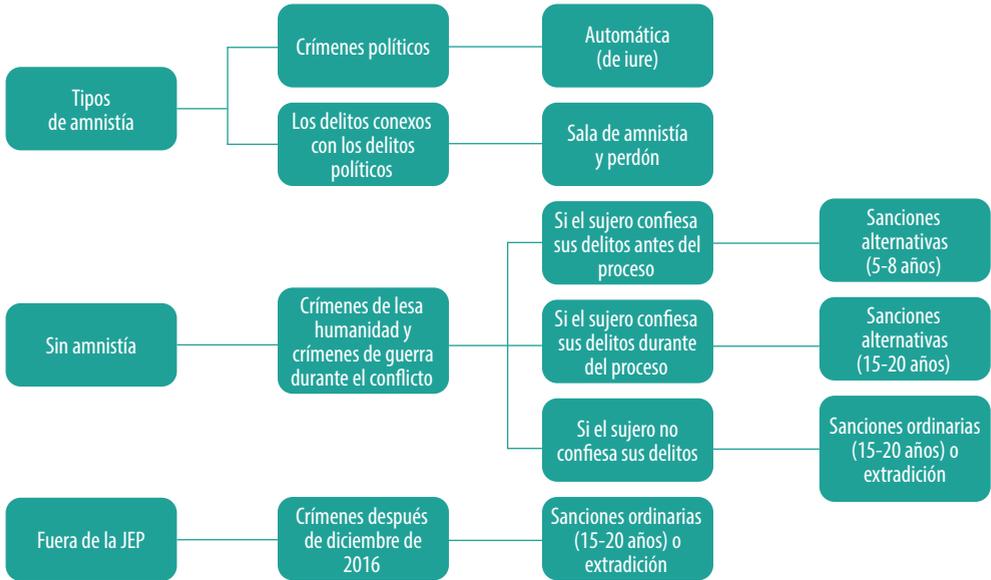


Figura 1. Amnistías y penas acordadas en el Acuerdo de Paz. Fuente: Elaboración propia según datos del Acuerdo de Paz.

e internacional. La Constitución colombiana de 1991 ordena a la Fiscalía General de la Nación la investigación de todos los delitos cometidos (artículo 250), afirma que el debido proceso sea siempre respetado (artículo 29) y que las normas constitucionales se interpreten de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (artículo 93). Por su lado, en el derecho internacional de los derechos humanos hay diferentes tratados que obligan a los Estados a investigar, procesar y castigar las violaciones de los derechos humanos. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha dicho que un Estado que no investigue y lleve a la justicia a los autores de violaciones de derechos humanos en principio incurre en una violación al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), especialmente cuando las violaciones se refieren a los delitos más graves.²¹

21. «El párrafo 3 del artículo 2 exige que, además de dar una protección efectiva a los derechos del Pacto, los Estados partes garanticen que toda persona disponga también de recursos accesibles y eficaces para justificar esos derechos [...] Se requieren en particular mecanismos administrativos para dar efecto a la obligación general de investigar las alegaciones de violaciones con rapidez, a fondo y de manera efectiva mediante órganos independientes e imparciales [...] La falta de realización por un Estado parte de una investigación sobre las alegaciones de violaciones podría en sí constituir una violación separada del Pacto». Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, «Observación General 31: La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto», 80.º período de sesiones, 2004, disponible en <https://bit.ly/2FomFEL>.

Por su lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha afirmado que «los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención [Americana de Derechos Humanos]».²² Pero, al mismo tiempo, sabemos que el Protocolo 2 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, en su artículo 6.5, dice: «A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder *la amnistía más amplia posible* a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado».²³ Esto ha hecho que sea habitual incluir una cláusula de amnistía en acuerdos de paz que concluyen conflictos armados internos, pues se consideran «un medio para facilitar el fin de las guerras y los procesos de paz».²⁴

Al igual que el concepto de justicia transicional ha cambiado, el derecho internacional y su relación con las amnistías y otros beneficios también ha cambiado. Desde los años noventa se ha intensificado la postura de que no toda amnistía es aceptable ni jurídicamente viable. Con la creación de la Corte Penal Internacional,²⁵ se cambió de manera radical la flexibilidad de los países para perdonar la responsabilidad individual cuando están involucrados en ciertos delitos, pues los Estados aceptan que, de no investigar internamente, la CPI es competente para conocer las violaciones más graves de los derechos humanos que afectan a la comunidad internacional, como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Asimismo, la Corte IDH ha sido enfática en afirmar que toda ley de amnistía que no permita investigar crímenes graves contra el derecho internacional de los derechos humanos genera impunidad y es violatoria de las obligaciones estatales.²⁶

Entonces, es legítimo preguntarse si son legales las amnistías en el Acuerdo de Paz colombiano según estos estándares internos e internacionales, y si el procedimiento y el castigo alternativos de la JEP cumplen con los estándares nacionales e internacionales.

22. Sentencia del caso *Velásquez Rodríguez con Honduras*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, reparaciones y costas, serie C núm. 4, 29 de julio de 1988, párr. 166. Véase también De León, Krsticevic y Obando (2010).

23. Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, Comité Internacional de la Cruz Roja, adoptado el 8 de junio de 1977 (el énfasis es nuestro).

24. «Justicia y amnistía en el Acuerdo de Paz», Organización Internacional para las Migraciones, disponible en <https://bit.ly/3zhqBA2>.

25. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998.

26. Véase, entre otras, la sentencia del caso *Barrios Altos con Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 de marzo de 2001; sentencia del caso *Almonacid Arellano con Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006; sentencia del caso *Gelman con Uruguay*, supervisión de cumplimiento de la sentencia, 20 de marzo de 2013; y sentencia del caso *Las Masacres del Mozote y Lugares Aledaños con El Salvador*, 25 de octubre de 2012.

En el caso colombiano, teniendo en cuenta las limitaciones de la aplicación de la amnistía arriba mencionadas, la mayor parte de los beneficiarios de amnistías han sido combatientes de las FARC de rango inferior, es decir, guerrilleros rasos.²⁷ Esas amnistías buscan ofrecer un medio eficaz para reintegrar a una gran cantidad de guerrilleros desmovilizados sin obstruir el sistema penal colombiano, ya colapsado, y crear una enorme presión sobre los presupuestos estatales,²⁸ como sucedió después de la desmovilización de los paramilitares.²⁹

Sin embargo, el Acuerdo es claro en afirmar que no puede haber amnistía para los crímenes más graves. En estos casos se exige que estas violaciones sean investigadas y sancionadas. Es decir, podemos estar de acuerdo en que el Acuerdo exige *alguna* justicia para lograr la paz. Esto conduce a preguntarse qué entendemos por *justicia* y a cuestionar si los procedimientos y sanciones alternativos del Acuerdo son suficientes para ser considerados como tal.

Aceptemos que la justicia no es ni venganza ni impunidad. La justicia es otra cosa. Pero a menudo oscila entre uno u otro concepto: se puede considerar que la justicia debe hacer que los perpetradores paguen por lo que han hecho, o que solo una transición justa —aunque diferenciada— permitirá pasar la página de la violencia y represión y escribir una nueva página de paz y libertad. Es decir, podemos estar más próximos a una visión *retributiva* o a una *restaurativa* de la justicia.³⁰ La justicia transicional presenta una multiplicidad de dimensiones que en un momento dado pueden estar bajo tensión y que en ocasiones ha tendido más hacia una perspectiva retributiva, mientras que en otras hacia una restaurativa.

Álvaro Márquez (2017: 203) define la justicia retributiva como «dar un mal por otro mal, es retribuir al delincuente con un castigo, es decir, con la pena, en especial la de privación de la libertad por el mal causado a la víctima con el delito». Con ello se busca que se aprenda una lección y que las personas se abstengan de delinquir debido a la amenaza de castigo. Mientras que la justicia restaurativa busca incluir a todas —o la mayoría de— las partes afectadas para que de manera conjunta se vean enfrenta-

27. Algunas cifras de amnistías en este proceso muestran que, a mediados de 2017, más de 7.000 rebeldes en total habían recibido una amnistía o habían sido liberados de prisión como parte de su reintegración en la sociedad colombiana. Véase «Más de siete mil exguerrilleros de las FARC han sido indultados o amnistiados por el gobierno», *El País*, 12 de julio de 2017, disponible en <https://bit.ly/31HAIox>. Por su lado, de 1.958 miembros de Fuerza Pública que se han sometidos a la JEP, 1.529 han recibido algún beneficio jurídico y 1.051 han quedado en libertad. Véase: PAZ, «El 79 % de militares en la JEP ha recibido algún beneficio jurídico», *El Tiempo*, 25 de febrero de 2019, disponible en <https://bit.ly/3hJaUH9>.

28. «Justicia y amnistía...».

29. «La congestión en las solicitudes de restitución de tierras», *Verdad Abierta*, 16 de mayo de 2012, disponible en <https://bit.ly/3hJOFrR>.

30. Sobre estos dos tipos de justicia, véase, entre otros, Hermann (2017), Márquez (2007) y Uprimny y Saffon (2005).

das al reto de buscar formas de avanzar de lo sucedido y lo resuelvan colectivamente (Hermann, 2017: 73). En este sentido, es esencial buscar restaurar el tejido social roto entre el delincuente y la comunidad.

La JEP se creó apostando por una visión de justicia más restaurativa que retributiva. Incluye elementos relacionados con impunidad, castigo y amnistía, pero en el fondo sus acciones y decisiones buscan tener un importante papel restaurador.³¹ Sin duda, el modelo de justicia restaurativa adoptado por el Sistema Integral del Acuerdo —y, por ende, también por la JEP— alivia de forma importante el tipo de sanciones que recibirán los perpetradores (figura 1), pero también les exige condiciones: exige la confesión y el reconocimiento de la responsabilidad para establecer la verdad sobre las violaciones cometidas durante el conflicto, y exige la reparación del daño causado a las víctimas y las comunidades, facilitar la reinserción de los delincuentes y promover la reconciliación. Esta perspectiva tiene en su centro los derechos de las víctimas más que la dureza del castigo penal. Pero, además de esto, la justicia restaurativa incluye otras medidas que han pasado a menudo desapercibidas por analistas y por la opinión pública y que, sin embargo, contienen un interesante potencial restaurador. En estas pocas líneas que me quedan, me voy a referir en concreto a un ejemplo de este proceder que ha sido poco destacado como elemento restaurador de esta jurisdicción.

Desde finales de octubre de 2018, se hicieron audiencias con víctimas de secuestro en la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de Hechos de la JEP. Ante ella acudieron a dar testimonio numerosas personas, civiles, militares y políticos que fueron secuestradas en el marco del conflicto armado.³² Estas audiencias podrían pasar desapercibidas como una audiencia más de recolección de hechos y testimonios dentro de una jurisdicción ordinaria. Sin embargo, se hizo un esfuerzo por dar un contexto a los casos analizados con una lógica restaurativa, en la que se trató de dimensionar el daño teniendo en cuenta el dolor de las víctimas. Se buscaba que la audiencia misma fuera una medida restaurativa. Es decir, las audiencias fueron concebidas para que tuvieran componentes restauradores para quienes participaran en ellas.³³ Así, todo fue pensado y dispuesto con acompañamiento de psicólogos, desde la forma como se organizó espacialmente la audiencia, dónde y cómo

31. Diana Isabel Güiza Gómez y Rodrigo Uprimny Yepes, «La JEP: Entre la cárcel y la justicia restaurativa», *DeJusticia*, 26 de septiembre de 2016, disponible en <https://bit.ly/3gJB9fp>.

32. Alejandro Valencia, «Políticos exsecuestrados por las FARC contaron su experiencia en audiencias ante la JEP», *Asuntos Legales*, 22 de octubre de 2018, disponible en <https://bit.ly/3b9X2Dr>; Juan Pablo Sepúlveda, «Sanando heridas: Éstas son las víctimas de las FARC que han asistido a la JEP», *Pacifista!*, 9 de noviembre de 2018, disponible en <https://bit.ly/3gNa9vk>.

33. Esta tendencia a que el trabajo de la jurisdicción tenga elementos restaurativos era clara desde el comienzo del funcionamiento de la JEP. Véase, por ejemplo, Carlos Brand, «Así fue el primer día de la JEP», *RCN Radio*, 16 de marzo de 2018, disponible en <https://bit.ly/3b93Ilc>.

se sentaron los jueces —sin jerarquía entre los magistrados y quien rendía testimonio o sus familiares, todos sentados al mismo nivel—, pasando por la libertad que tenían las víctimas al dar su testimonio.³⁴

Un ejemplo emblemático de la apuesta restauradora del trabajo de esta sala es el de Ingrid Betancourt y el testimonio que dio a distancia sobre su secuestro.³⁵ Betancourt estuvo secuestrada por las FARC en 2002, cuando era candidata a la Presidencia de Colombia, y fue rescatada en una operación militar en 2008. Por distintas razones, en Colombia el caso de su secuestro generó mucha polémica e hizo que sus reclamos como víctima hayan sido duramente criticados por parte de la opinión pública. En este contexto, ciertos medios destacaron que solo ha sido ante la JEP donde ella y su testimonio de seis años de secuestro han sido oídos y tratados con dignidad.³⁶

Estos son ejemplos de que hay múltiples formas de acercarse a la justicia. Sin duda, es importante que los perpetradores de violaciones graves y masivas de los derechos humanos y otros crímenes de lesa humanidad tengan que reconocer sus acciones, ser considerados responsables y recibir sanciones. Pero es interesante ver que el papel restringido —o anulado— que tienen a menudo las víctimas ante los juicios penales,³⁷ la lentitud de los procesos, el estancamiento del sistema judicial o las restricciones jurídicas propias del sistema penal pueden dejar por fuera otras medidas restauradoras e incluso ser escenarios de revictimización. El rol de la justicia y sus operadores puede ir más allá y entender que también puede ser efectivo tomar conciencia del poder del espacio de los tribunales y de la forma de interacción entre los jueces y víctimas, dimensionar la importancia del relato y el dolor de las víctimas, así como los efectos que ese trato puede tener en restablecer el tejido social fracturado y la desconfianza creada por el abandono estatal. Las audiencias de la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de Hechos de la JEP

34. También se está evaluando cómo hacer las audiencias con pueblos indígenas y comunidades afro para que se puedan aceptar ritos, bailes o cantos en lugar de las narraciones clásicas que se admiten en los tribunales en Colombia, cuando esas comunidades así lo prefieran.

35. «“Nos mantuvieron encadenados a un árbol durante muchos años”: Ingrid en la JEP», *Semana*, 24 de octubre de 2018, disponible en <https://bit.ly/32kzboP>.

36. Alejandra Coll, «Solo en la JEP Ingrid fue tratada dignamente», *La Silla Vacía*, 25 de octubre de 2018, disponible en <https://bit.ly/34OEZRS>; Jorge Iván Cuervo, «Los secuestrados ante la JEP», *El Espectador*, 26 de octubre de 2018, disponible en <https://bit.ly/3jvE6ly>.

37. Sobre el papel reducido y pasivo que le dan los tribunales —en este caso, de derecho internacional— a las víctimas de atrocidades masivas, ver el trabajo de Tapia Navarro (2018). El efecto reductor del derecho —y del derecho internacional en particular— sobre las víctimas y aquellos considerados «subalternos» ha sido ampliamente discutido por académicos afines a los estudios poscoloniales. Acá no tengo espacio para profundizar en esto, pero el origen y limitaciones del derecho, manifestados a menudo en la forma en que las instituciones judiciales llevan a cabo sus juicios, han sido considerados formas de reforzar el papel de subalternos de las víctimas, en lugar de emanciparlas y tenerlas en cuenta. Véase, por ejemplo, Spivak (1994) y Otto (1996).

son un ejemplo en este sentido y, probablemente, un primer paso hacia otras medidas restauradoras futuras dentro de una sociedad fracturada y enemistada que requiere de mecanismos de reconciliación que vayan más allá de condenas retributivas.

Conclusiones

El proceso de paz, sus acuerdos e implementación han sido y siguen siendo difíciles. La paz cuesta y las heridas de la guerra, las inequidades en el territorio y la falta de comunicación han hecho que la polarización y posiciones opuestas respecto de lo acordado sean cada vez más distantes. La complejidad de las negociaciones se ve reflejada en un Acuerdo de Paz también complejo, en exceso jurídico, difícil de entender y de incorporar, pero que a su vez ofrece una oportunidad única y una apuesta innovadora para salir del conflicto armado. El Acuerdo es ambicioso y pretende afrontar numerosos problemas históricos en Colombia, lo cual también impone retos adicionales para su implementación. En este texto ofrecí una versión simplificada de algunos de los puntos acordados esenciales en lo referente al Sistema Integral, base de la justicia transicional en Colombia, así como algunos de los desafíos jurídicos que han generado particular polémica y confusión.

Quedan muchos otros que no pude abordar en este texto. Probablemente el más dramático es la falta de seguridad y continuo asesinato de poblaciones vulnerables, en particular de líderes sociales que trabajan por la paz en sus regiones, y la de desmovilizados de la guerrilla y sus familias,³⁸ que ponen en jaque uno de los objetivos primeros del Acuerdo: lograr una paz territorial. También hay otros desafíos relacionados con la lenta y problemática implementación de lo acordado, la desconfianza que ha producido el cambio de Gobierno en excombatientes y varios defensores del Acuerdo, la precaria situación del campo, la estigmatización y los obstáculos a las labores de la JEP, entre muchos otros.

A pesar de todos estos problemas, la firma del Acuerdo ha traído efectos positivos. A corto plazo, algunas aristas de violencia se han reducido y la discusión plural se ha enriquecido en Colombia.³⁹ Más a largo plazo, se puede prever que la apuesta

38. «Todos los nombres todos los rostros: Informe de derechos humanos sobre situación de líderes/as y defensores de derechos humanos en los territorios», Indepaz, 29 de mayo de 2019, disponible en <https://bit.ly/3lxVKAu>.

39. Esto es evidente con solo ver la composición actual del Congreso, en el cual hay miembros de las FARC «peleando» a través de argumentos en lugar de fusiles. Véase «La violencia disminuye en Colombia desde el acuerdo de paz con las FARC, dice un estudio», *EFE*, 6 de junio de 2018, disponible en <https://bit.ly/2EJFLoB>. A pesar de la oposición y crítica que esa participación ha producido, también ha generado nuevas interacciones antes imposibles de concebir. Por ejemplo, el expresidente y hoy senador Álvaro Uribe —acérrimo opositor del Acuerdo y de las FARC en general— dijo: «A las personas de las FARC que están en este Congreso les creo su voluntad de paz» («A las personas de las FARC que están en

restaurativa del Sistema Integral, incluyendo el trabajo de la JEP, es innovadora y puede ofrecer cambios y reconstrucción de tejido social en otros niveles a los que por lo habitual le apuesta la justicia ordinaria. Esto se empezó a ver con las audiencias en que se recogieron testimonios de secuestrados y con seguridad se podrá seguir constatando cuando otras salas de esa jurisdicción empiecen a funcionar, así como otros componentes del Sistema Integral.⁴⁰ Sin duda, hay obstáculos que enfrentar y errores que corregir, pero son más las razones para ser optimistas de que un cambio no solo es necesario, sino que también posible.

Referencias

- BENAVIDES, Farid (2016). «La justicia transicional y la responsabilidad de las atrocidades del pasado». En Julieta Lemaitre, Helena Alviar y Betsy Perafán, *Constitución y democracia en movimiento* (pp. 461-481). Bogotá: Uniandes.
- CIDER, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo (2014). *Retos de la implementación de un acuerdo de paz: Evidencia y recomendaciones*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- CHERNICK, Marc W. (1996). «Aprender del pasado: Breve historia de los procesos de paz en Colombia (1982-1996)». *Colombia Internacional*, 36: 4-8. DOI: [10.7440/colombiaint36.1996.02](https://doi.org/10.7440/colombiaint36.1996.02).
- DE LEÓN, Gisela, Viviana Krsticevic y Luis Obando (2010). *Debida diligencia en la investigación de graves violaciones a derechos humanos*. Buenos Aires: CEJIL. Disponible en <https://bit.ly/2DPIIEQ>.
- DE ZUBIRÍA, Sergio (2015). «Dimensiones políticas y culturales en el conflicto armado». En *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia: Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas*. Bogotá: Ediciones desde Abajo.
- FAJARDO, Darío (2014). «Estudio sobre los orígenes del conflicto social armado, razones de su persistencia y sus efectos más profundos en la sociedad colombiana». Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas. Disponible en <https://bit.ly/3hM1XwF>.
- FERRO, Juan Guillermo y Graciela Uribe (2002). *El orden de la guerra: Las FARC-EP entre la organización y la política*. Bogotá: Centro Editorial Javeriano-CEJA.
- FISAS, Vicenç (2012). *Anuario de procesos de paz 2012*. Barcelona: Icaria, Escola de Cultura de Pau.

el Congreso les creo su voluntad de paz», *El Espectador*, 14 de noviembre de 2018, disponible en <https://bit.ly/2YSkfVM>).

40. Por ejemplo, «La Comisión de la Verdad va a rescatar la fe del país en el acuerdo de paz»: Alfredo Molano», *Semana*, 5 de agosto de 2018, disponible en <https://bit.ly/3bSsXbF>.

- GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA (2013). *¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- GUZMÁN, Germán, Orlando Fals Borda y Eduardo Umaña Luna (1962). *La violencia en Colombia: Estudio de un proceso social*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- HERMANN, Donald (2017). «Restorative justice and retributive justice: An opportunity for cooperation or an occasion for conflict in the search for justice». *Seattle Journal for Social Justice*, 16 (1): 71-103. Disponible en <https://bit.ly/2DemeMt>.
- MÁRQUEZ, Álvaro (2007). «La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria». *Prolegómenos, Derechos y valores*, 10 (20): 201-212. Disponible en <https://bit.ly/3hWT901>.
- OQUIST, Paul (1978). *Violencia, conflicto y política en Colombia*. Bogotá: Instituto de Estudios Colombianos.
- OTTO, Dianne (1996). «Subalternity and international law: The problems of global community and the incommensurability of difference». *Social & Legal Studies*, 5 (3): 337-364. DOI: [10.1177/096466399600500304](https://doi.org/10.1177/096466399600500304).
- PÉCAUT, Daniel (2008). «Las FARC: Fuentes de su longevidad y de la conservación de su cohesión». *Análisis político*, 21 (63): 22-50. Disponible en <https://bit.ly/31GB3Re>.
- . (2015). «Una lucha armada al servicio del *statu quo* social y político». En *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia: Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas*. Bogotá: Ediciones desde Abajo.
- PIZARRO, Eduardo (2015). «Una lectura múltiple y pluralista de la historia». En *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia: Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas*. Bogotá: Ediciones desde Abajo.
- SARMIENTO, Juan Pablo (2017). «Aproximaciones a algunos desafíos de la implementación del Acuerdo de la Habana en el Caribe colombiano». *Revista de Derecho de Barranquilla*, 48. Disponible en <https://bit.ly/2QDWsEj>.
- SPIVAK, Gayatri Chakravorty (1994). «Can the subaltern speak?». En Patrick Williams y Laura Chrisman (editores), *Colonial discourse and post-colonial theory, a reader*. Nueva York: Columbia University Press.
- TAPIA NAVARRO, Nadia (2018). «A stubborn victim of mass atrocity: The peace community of San José de Apartadó». *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 50 (2): 188-212. DOI: [10.1080/07329113.2018.1485090](https://doi.org/10.1080/07329113.2018.1485090).
- UPRIMNY, Rodrigo y María Paula Saffon (2005). «Justicia transicional y justicia restaurativa: Tensiones y complementariedades». En Angelika Rettberg, *Entre el perdón y el paredón: Preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Bogotá: Universidad de los Andes, Centro Internacionales de Investigaciones para el Desarrollo.

WILLS, Maria Emma (2015). «Los tres nudos de la guerra colombiana: Un campesinado sin representación política, una polarización social en el marco de una institucionalidad fracturada, y unas articulaciones perversas entre regiones y centro». En *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia: Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas*. Bogotá: Ediciones desde Abajo.

Sobre la autora

LAURA BETANCUR-RESTREPO es abogada, filósofa y doctora en Derecho por la Universidad de los Andes, Colombia. Profesora asociada de la Facultad de Derecho y profesora coordinadora de la Maestría en Construcción de Paz de Universidad de los Andes. Tiene un DEA en Derecho Internacional y Organizaciones Internacionales de la Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne, Francia, y un DSU en Derecho Internacional Público de la Universidad Paris II Panthéon-Assas, Francia. Fue directora de la Maestría en Derecho Internacional en la Universidad de los Andes. Ha trabajado y sido consultora de ONG internacionales de derechos humanos en Francia y Suiza. Es miembro fundador del proyecto REDIAL (Repensar la Educación del Derecho Internacional en América Latina). Su correo electrónico es l.betancur52@uniandes.edu.co.  <https://orcid.org/0000-0002-5124-8431>.

I BIENAL LATINOAMERICANA DIDH

El paradigma en derechos humanos en la labor jurisdiccional de los Estados constitucionales: El caso boliviano

*The human rights paradigm in the jurisdictional work
of constitutional States: The Bolivian case*

Soraya Santiago Salame 

Abogada independiente, Bolivia

RESUMEN El Estado constitucional ha implicado cambios en el papel del juez en el orden constitucional. Partiendo de la constitucionalización o impregnación constitucional del orden jurídico, el presente trabajo expone estos cambios y resalta algunos rasgos del modelo constitucional boliviano, que ha generado un nuevo paradigma constitucional de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE Constitución, derechos humanos, interpretación constitucional.

ABSTRACT The Constitutional State has implied changes in the role of the judge in the constitutional order. Starting from the constitutionalization or constitutional impregnation of the legal order, this work exposes these changes and highlights some features of the Bolivian constitutional model, which has generated a new constitutional paradigm of human rights.

KEYWORDS Constitution, human rights, constitutional interpretation.

Introducción

La evolución del derecho internacional de los derechos humanos ha generado un nuevo paradigma en el marco de los Estados constitucionales actuales, que supone la integración de las normas contenidas en pactos internacionales sobre derechos humanos al ámbito interno, lo que ha generado una nueva lógica integral para su comprensión, que además se materializa con las decisiones de los órganos de supervisión tanto del Sistema Universal como Interamericano de Derechos Humanos.

Bolivia, al igual que muchos países de la región, no ha sido ajena a la evolución de las normas internacionales y la jurisprudencia de los órganos de protección, pues ya en el año 2001, antes de la vigencia de la actual Constitución Política del Estado, el Tribunal Constitucional construyó jurisprudencialmente la teoría del bloque de constitucionalidad a partir de la cláusula abierta contenida en el artículo 35 de la Constitución abrogada.¹

En Bolivia, en la actualidad, el bloque de constitucionalidad está expresamente reconocido en el artículo 410 de la Constitución, y está integrado por «los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y las normas de derecho comunitario, ratificadas por el país». A dichas normas debe agregarse a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que de acuerdo a la sentencia 110/2010-R, también forma parte del bloque de constitucionalidad, lo que es coherente con la obligación de ejercer el control de convencionalidad que debe ser aplicado, en lo fundamental, por los jueces y magistrados nacionales, pero también por todos los servidores públicos, al analizar la compatibilidad de las normas de un Estado con la Convención Americana de Derechos Humanos (Bazán, 2012: 31), conforme lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²

Entonces, a partir del bloque de constitucionalidad previsto en el artículo 410 de la Constitución, las normas contenidas en pactos internacionales sobre derechos humanos se encuentran en igualdad de jerarquía que la Constitución Política del Estado, aclarándose que en algunos casos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos tienen aplicación preferente, en virtud de los criterios de interpretación de derechos humanos previstos en los artículos 13 y 256.

En efecto, el artículo 13.4 de la Constitución boliviana, en su última parte, deter-

1. Dicha norma señalaba: «Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno». La primera sentencia que hizo referencia al bloque de constitucionalidad fue la sentencia constitucional 0095/2001, del 21 de diciembre; pero fueron las sentencias posteriores las que desarrollaron esta teoría y utilizaron las normas contenidas en pactos internacionales sobre derechos humanos como parámetros del juicio de constitucionalidad tanto en el ámbito normativo como tutelar. Ejemplo de lo dicho son las sentencias 102/2003, del 4 de noviembre, y 1662/2003-R, del 17 de noviembre, última sentencia que estableció que los tratados, declaraciones y convenios internacionales en materia de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, tienen carácter normativo y son de aplicación directa; por ello, pueden ser invocados por las personas y tutelados a través de las acciones de defensa.

2. Véase la sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros con Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006; sentencia del caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) con Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006; sentencia del caso *Cabrera García y Montiel Flores con México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2010; sentencia del caso *Gelman con Uruguay*, fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011.

mina que «los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia». Por su parte, el artículo 256.2 establece que «los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando estos prevean normas más favorables».

Las normas anotadas, que introducen el criterio de interpretación conforme a los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, demuestran, por un lado, la importancia que reviste la protección y consideración de los derechos humanos por parte de las autoridades judiciales de las diferentes jurisdicciones y también de los servidores públicos en general; por otro lado, denotan la jerarquía que tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos en nuestra legislación, pues a partir de estos surge la obligación de compatibilizar el derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos, lo que supone que debe existir una interpretación integral de ambas fuentes —la internacional y la interna— para formar un único sistema de derechos, por lo que existe un deber de integrar y armonizar la interpretación de los derechos fundamentales, acudiendo, para ello, a los tratados internacionales sobre derechos humanos.

La interpretación según los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos se enriquece con la jurisprudencia de los tribunales internacionales, que determinan el alcance y el sentido de las normas contenidas en los instrumentos internacionales y, por tanto —como ha entendido la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos—, dicha interpretación debe ser considerada a nivel interno al momento de aplicar las normas e interpretar los derechos.

El criterio de interpretación antes anotado se complementa con el criterio de interpretación *pro homine*, previsto en el artículo 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y constitucionalizado en los artículos 13 y 256.

En efecto, el artículo 13.4 de la Constitución, en la primera parte, determina que «los tratados internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción *prevalecen* en el orden interno». El artículo 256 de la Constitución sostiene que «los tratados e *instrumentos internacionales* en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, *que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta*».

De acuerdo con ambas normas, la Constitución boliviana establece la aplicación preferente no solo de las normas convencionales —que según el artículo 410 de la Constitución, como se tiene señalado, forman parte del bloque de constitucionalidad—, sino también *de las normas no convencionales*, al hacer referencia, de manera general, a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Por tanto, asume un criterio amplio y favorable en relación con la interpretación de de-

rechos humanos, al dejar a un lado la distinción entre las normas convencionales y no convencionales para considerar solo la aplicación de los derechos más favorables. A partir de lo señalado, los jueces, tribunales y servidores públicos deben interpretar los derechos según los tratados y pactos internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el advertido que, en aplicación del principio *pro homine*, deben contrastar esas normas con las previstas en la Constitución Política del Estado para determinar cuál es la más amplia y favorable para el derecho.

Como se aprecia, la importancia de los derechos humanos ha sido recogida por la Constitución boliviana a través de los criterios favorables de interpretación, lo cual es una característica que distingue a los Estados constitucionales actuales de los Estados legislados de derecho, que tienen como nota distintiva fundamental el predominio del principio de legalidad y el carácter meramente declarativo no solo de la Constitución Política del Estado, sino también de los derechos humanos, que requieren una ley de desarrollo para su efectiva tutela. Frente a esa visión, en los Estados constitucionales, los derechos humanos tienen aplicación directa sin necesidad de que exista un desarrollo legislativo previo, y son directamente justiciables, es decir, pueden ser tutelados sin necesidad de una ley previa, característica que está reconocida de manera expresa en el artículo 109 de la Constitución.³

Los Estados constitucionales actuales

El Estado constitucional tiene características que lo distinguen del Estado legislado de derecho, que tiene como nota distintiva fundamental el predominio del principio de legalidad y, por ende, del órgano legislativo, en que la Constitución Política del Estado solo tiene carácter político mas no normativo y, por lo tanto, debe ser desarrollada por el legislador. Frente a ello, en el Estado constitucional, la Constitución Política del Estado tiene carácter normativo, es decir, es una norma directamente aplicable, que además tiene prelación en su aplicación y está concebida no solo como la norma suprema en el aspecto formal, que establece los procedimientos y las competencias para la producción normativa, sino también en el aspecto material, porque contiene una pluralidad de principios, valores y un amplio catálogo de derechos de carácter liberal, social, derechos individuales y colectivos.

La Constitución, además, se encuentra garantizada, porque, por una parte, los jueces se constituyen en garantes primarios de la norma fundamental, pero además existe un órgano específico encargado de salvaguardarla, de ejercer el control de constitucionalidad en los diferentes ámbitos: tutelar (acciones de defensa), compe-

3. El artículo 109.1 de la Constitución establece que «todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección».

tencial (conflictos de competencia, recurso directo de nulidad) y normativo (acciones de inconstitucionalidad, consultas).

La Constitución Política boliviana comparte las características anotadas, pues, por una parte, contiene principios y valores plurales, derechos y garantías de tipo liberal y social, derechos individuales y colectivos que se encuentran en la primera parte de la Constitución (parte dogmática); derechos y garantías que tienen criterios constitucionalizados de interpretación, a los que, de manera obligatoria, deben acudir los juzgadores. Pero, además, la Constitución se encuentra garantizada por el órgano judicial a través de sus diferentes jurisdicciones⁴ y por el Tribunal Constitucional Plurinacional, como órgano específico que ejerce el control de constitucionalidad en Bolivia.

Prieto Sanchis (2001: 206) afirma que el Estado constitucional representa una fórmula mejorada del Estado de derecho, pues se busca no solo el sometimiento a la ley, *sino a la Constitución*, que queda inmersa dentro del ordenamiento jurídico como una norma suprema:

Los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente y, en la medida en que aquella disciplina numerosos aspectos sustantivos, ese acceso se produce de manera permanente, pues es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional.

A partir de dicha característica, en la Constitución boliviana se encuentra reconocido el principio de supremacía constitucional o principio de constitucionalidad (artículo 410). Además, debe considerarse que uno de los fines y funciones esenciales del Estado es el de garantizar el cumplimiento de «los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución» (artículo 9.4).

En el mismo sentido, debe precisarse que en virtud al carácter normativo de la Constitución Política del Estado, ésta tiene aplicación directa, sin necesidad de que exista un desarrollo legislativo previo; característica que se refleja en el artículo 109, que establece como una garantía jurisdiccional la aplicación directa de los derechos reconocidos en la Constitución, al señalar que «todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección».

Otra de las características del Estado constitucional es la preponderancia del órgano judicial frente a la relevancia del órgano legislativo en el Estado legislado de derecho, por cuanto el juez debe aplicar directamente la Constitución, debe interpretar la ley desde y conforme con ésta y efectuar una labor de ponderación cuando existan

4. Este entendimiento fue asumido por el Tribunal Constitucional Plurinacional en la sentencia SCP 112/2012.

conflictos entre valores, principios, derechos y garantías reconocidos en la Constitución. Esto sin duda supone una revisión del positivismo jurídico, anclado en el respeto al principio de legalidad y en la adopción de una nueva metodología jurídica que tiene como núcleo central a la argumentación jurídica, fundada en la razonabilidad de las resoluciones judiciales, en que la interpretación de las disposiciones jurídicas —desde y conforme con la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad— es fundamental para actuar en estricto apego a los postulados de la norma fundamental.

Una de las características que distinguen a los Estados constitucionales actuales es la preponderancia que tienen los derechos y garantías constitucionales. En el caso boliviano, se manifiestan no solo en su amplio reconocimiento en el texto constitucional, sino también en el reconocimiento del bloque de constitucionalidad y en la existencia de criterios de interpretación de los derechos humanos que se encuentran constitucionalizados.

Lo señalado supone una ruptura con el Estado legislado de derecho y la concepción legalista o *ius positivista* del derecho, pues la ley solo puede ser aplicada cuando sea conforme con los derechos reconocidos tanto en la Constitución como en las normas contenidas en los pactos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de los órganos de protección, lo que implica que la ley, el principio de legalidad, no es suficiente para comprender las nuevas dimensiones del derecho y de los derechos, sino que será indispensable acudir a fuentes supranacionales del derecho y obviamente a la Constitución Política del Estado como norma jurídica de aplicación directa. Estas fuentes normativas permiten adoptar una dimensión crítica y valorativa del derecho para determinar cuándo estamos ante un derecho «justo», respetuoso de los derechos humanos. Es en ese ámbito que el nuevo paradigma en derechos humanos y el Estado constitucional da paso a una nueva teoría del derecho que supone un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, fundamentalmente en temas de derechos humanos, lo que implica un cambio en la manera de enfocar el derecho, ya no a través de la ley, sino a partir de las normas del bloque de constitucionalidad.

Es así que en el marco de los Estados constitucionales, la actividad jurisdiccional se redimensiona bajo el techo de la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad, lo que implica que los jueces, al momento de aplicar las leyes, tienen el deber de analizar su compatibilidad con la norma fundamental y las normas del bloque de constitucionalidad, pero además deben adoptar criterios de interpretación que se encuentran contenidos en la misma Constitución Política del Estado. En efecto, la ley ya no tiene el mismo alcance que en el Estado legislado de derecho, y esto se explica a partir de los siguientes elementos.

El principio de supremacía de la Constitución Política del Estado

El principio de supremacía constitucional o de constitucionalidad es predicable no solo del texto formal de la Constitución Política del Estado, sino también de las normas del bloque de constitucionalidad. En este sentido, las disposiciones legales deben estar subordinadas tanto en el aspecto formal —es decir, en cuanto a su forma de producción— como en el aspecto material, vinculado al respeto a los valores, principios, derechos y garantías, a la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad. De lo contrario, según el modelo de control de constitucionalidad en gran parte de los Estados constitucionales, es posible la impugnación de las disposiciones legales ante la jurisdicción constitucional a través de acciones de inconstitucionalidad.

Ahora bien, independiente de la labor específica y concentrada que lleva a cabo la jurisdicción constitucional, en el ámbito del control normativo de constitucionalidad es evidente que los jueces de las diferentes jurisdicciones también efectúan un control de las disposiciones legales antes de aplicarlas, pues tienen la obligación de analizar si dichas normas son compatibles con la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad para, en su caso, interpretarlas a partir de dichas normas.

En ese ámbito, en el caso boliviano, debe señalarse que en el principio de legalidad, el respeto a la ley se entiende a partir de la conformidad de ésta con la Constitución, que es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano. Si bien rige el principio de presunción de constitucionalidad —en conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional—,⁵ que tiene fundamento en el carácter democrático de las leyes, este principio no implica aplicar normas contrarias a la Constitución Política del Estado y normas del bloque de constitucionalidad, menos aún tratándose de jueces y tribunales que, según lo establecido en el artículo 410 de la Constitución y artículo 15 de la Ley del Órgano Judicial, deben aplicar con carácter preferente la Constitución Política del Estado.

El carácter vinculante de los precedentes

Cuando los jueces aplican las normas, dan concreción al mandato general previsto en la norma jurídica y, en ese sentido, crean un precedente que debe ser aplicado a casos análogos, es decir, a casos que tengan supuestos fácticos similares. El carácter vinculante de los precedentes es común a toda la labor jurisdiccional, pues es consustancial al derecho a la igualdad y al principio de seguridad jurídica. Solo cuando se tiene certeza de que un caso que tiene identidad de hechos será resuelto de similar manera, los justiciables tienen confianza en la administración de justicia.

5. Dicha norma señala: «Se presume la constitucionalidad de toda norma de los órganos del Estado en todos sus niveles, en tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional no declare su inconstitucionalidad».

No obstante, es evidente que existen determinadas resoluciones cuyo carácter vinculante está expresamente reconocido en el texto constitucional y otras normas de desarrollo. Tal es el caso de las resoluciones del Tribunal Constitucional Plurinacional (artículo 203 de la Constitución, y artículo 15 del Código Procesal Constitucional) y de la doctrina legal aplicable de la Corte Suprema de Justicia en materia penal (artículo 420 del Código de Procedimiento Penal). Este carácter vinculante implica, en los hechos, el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente directa de derecho, además del reconocimiento de la labor creadora de derecho que hacen los jueces de la jurisdicción ordinaria, agroambiental y en la justicia constitucional.⁶ La particular posición de los precedentes, en especial los provenientes del Tribunal Constitucional Plurinacional, dado su carácter vinculante y obligatorio, determinan que la jurisprudencia adquiera un nuevo rango en el sistema de fuentes del derecho, y que deba ser por obligación aplicada en supuestos fácticos similares. Es más, en el caso de sentencias interpretativas, es evidente que el Tribunal Constitucional puede emitir sentencias que le otorguen a la disposición legal un nuevo sentido normativo, diferente de su texto literal, que se vuelve la interpretación vigente y obligatoria de la disposición legal. Así ocurrió, por ejemplo, con la sentencia 101/2004, del 14 de septiembre, que le otorgó un nuevo sentido al artículo 133 y a la disposición transitoria tercera del Código de Procesamiento Penal, vinculada con la duración máxima del proceso, pues se estableció que para la extinción de la acción penal no solo debía considerarse el transcurso del tiempo, sino también analizar si la demora en el proceso fue ocasionada por el imputado o por el Ministerio Público o el Órgano Judicial, lo que le dio un nuevo contenido a los referidos artículos.⁷

La pluralidad de fuentes normativas

Se ha señalado que la Constitución Política del Estado tiene carácter normativo y, por ende, es de aplicación directa. Además, la norma fundamental establece las fuentes normativas que rigen los diferentes ordenamientos jurídicos. Así, bajo el modelo de

6. Debe aclararse que, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria y agroambiental, son los tribunales de cierre, como el Tribunal Supremo de Justicia y el Tribunal Agroambiental, los que están llamados a uniformar los precedentes, para que, precisamente, se dé aplicación uniforme a las normas jurídicas, se cree seguridad jurídica y se respete el principio de igualdad. De ahí que existe la ineludible necesidad de tener un sistema ordenado de precedentes, para que puedan ser identificados con facilidad.

7. Lo mismo se puede decir de la sentencia SCP 770/2012, que también, vía interpretación, otorgó un nuevo sentido a la última parte del artículo 123 de la Constitución, que establece, literalmente, que la ley tiene efecto retroactivo en materia de corrupción para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado. Sin embargo, el Tribunal entendió que la ley solo es aplicable retroactivamente cuando sea favorable, lo que le otorgó un nuevo contenido a la disposición constitucional.

Estado boliviano —que además es autonómico—, la facultad legislativa en el ámbito de sus competencias recae tanto en el nivel central del Estado como en las autonomías departamentales, municipales y en las autonomías indígena-originario campesinas. Esto implica que la Asamblea Legislativa Plurinacional no es la única que detenta la facultad de crear normas, sino que esta labor es compartida, en un plano de igualdad, según las competencias, por las diferentes autonomías.

En este punto, también debe hacerse mención a las naciones y pueblos indígena-originario campesinos que, con independencia de si están constituidos en autonomías indígena-originaria campesinas, tienen derecho a ejercer sus sistemas jurídicos propios, que comprenden el reconocimiento de sus normas, procedimientos, instituciones y autoridades en el marco del pluralismo jurídico igualitario, que es una de las bases en las que se asienta el modelo constitucional boliviano, hacia la búsqueda de un sistema jurídico plural, cuya cúspide y fuente normativa por excelencia es la Constitución Política del Estado.

Lo anotado supone un nuevo enfoque en la aplicación del derecho, en el cual la figura central es la del juez, pues es este quien soluciona los conflictos que se someten a su conocimiento. Es un nuevo enfoque en el que la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad tienen fuerza irradiadora y, por ende, todos los conflictos deben ser resueltos desde y conforme a dichas normas, lo que supone la aplicación de más principios, valores derecho y garantías y, por ende, en muchos casos, efectuar más ponderación que subsunción. En efecto, uno de los cambios trascendentales entre el Estado legislado de derecho y el Estado constitucional radica en el principio de constitucionalidad, que redimensiona la figura del juez, pues este tiene que someter a control permanente las disposiciones legales a aplicar para determinar su compatibilidad con la norma suprema y las normas del bloque de constitucionalidad.

De acuerdo con lo señalado por Ferrajoli (2001), el tránsito del Estado legislado de derecho al Estado constitucional supone una serie de transformaciones en varios puntos de la teoría del derecho. Así, respecto de las condiciones de existencia y validez de las normas jurídicas, Ferrajoli sostiene que en el Estado legislado de derecho el principio de legalidad es el parámetro para identificar el derecho válido, con independencia de su valoración como «justo», en tanto que en el Estado constitucional, las normas dependen no solo de la forma de su producción, sino de la coherencia de sus contenidos con los principios de la Constitución Política del Estado y también, como sucede en Bolivia, con las normas que conforman el bloque de constitucionalidad.

Por otra parte, en cuanto a los cambios en la jurisdicción, Ferrajoli sostiene que en el Estado legislado, los jueces se someten a la ley y al principio de legalidad como fuente de legitimación, en tanto que en el Estado constitucional, el sometimiento es a la Constitución Política del Estado; en ese entendido, solo aplican la ley si es constitucional y si es conforme con las normas del bloque de constitucionalidad, por lo

que deben efectuar una interpretación que esté conforme con ellas. Esta labor de interpretación de la norma desde y según la Constitución Política del Estado se plasma, en la Constitución boliviana, en el principio de unidad de la función judicial, previsto en el artículo 179.1, que sostiene que la función judicial es única, norma que tiene un doble significado.

Primero, que la potestad de administrar justicia —que emana del pueblo boliviano— es indivisible y que, por tanto, todas las jurisdicciones previstas en la Constitución, así como la justicia constitucional, tienen la misma autoridad para ejercer la función judicial y sus resoluciones tienen la misma fuerza ejecutiva; aclarándose que el reconocimiento de diferentes jurisdicciones (ordinaria, indígena-originaria campesina, agroambiental, especializada) es una manifestación del principio de pluralismo y especialización y de ningún modo implica quebrantar el principio de unidad.

Segundo, que todas las jurisdicciones tienen como objetivo buscar el respeto de los principios y valores plurales, de los derechos y garantías constitucionales y la salvaguarda de la Constitución Política del Estado. Aspiración en la que el Tribunal Constitucional tiene un papel fundamental, pues el modelo de justicia plural diseñado por la Constitución Política del Estado se articula y forma una unidad a partir de la posibilidad de que las resoluciones de las diferentes jurisdicciones sean revisadas por un único órgano supremo e independiente, como es el Tribunal Constitucional Plurinacional, cuyas resoluciones, como se ha señalado, tienen carácter vinculante y obligatorio (artículo 203).

Debe considerarse, por otra parte, que el principio de unidad es una consecuencia del sometimiento de todas las jurisdicciones a la Constitución Política del Estado (principio de constitucionalidad) y, fundamentalmente, al respeto a los derechos humanos que, en el ámbito del pluralismo, deben ser interpretados de manera intercultural.⁸

Los valores y principios en la Constitución Política del Estado y su función en el nuevo rol de los jueces

Cuando a un juez se le somete el conocimiento de un hecho para su resolución, dicha autoridad tiene una idea inicial de la norma jurídica que podría ser aplicada al caso concreto. El hecho, en el transcurso del proceso, debe ser probado a través de los

8. Este entendimiento puede extraerse de la sentencia SCP 300/2012 del 18 de junio, que estableció: «El principio de unidad de la función judicial (artículo 179), por el cual todas las jurisdicciones tienen como denominador común el respeto a los derechos fundamentales, a las garantías constitucionales y la obediencia a la Constitución Política del Estado, encontrando la unidad en la interpretación final que efectúe el Tribunal Constitucional Plurinacional tanto de los derechos y garantías como de las propias normas constitucionales, pues, por el carácter vinculante de sus resoluciones, todos los jueces y autoridades están vinculados a la interpretación efectuada por este órgano».

diferentes medios de prueba, para que el juez decida sobre la aplicación de la norma al caso. Hechos y derecho, pruebas e interpretación, por tanto, se relacionan de forma permanente a lo largo del proceso, pues del inicial hecho relatado y sometido a la autoridad jurisdiccional se deduce la posible aplicación de una norma; luego, de la actividad probatoria efectuada por las partes y los medios de prueba utilizados, el juez *decide* sobre la aplicación de una norma jurídica. Sin embargo, es evidente que dicha aplicación *no es mecánica*, ni responde tan solo al tradicional silogismo jurídico y la subsunción del hecho a la norma jurídica.

En efecto, el razonamiento de aplicación de los preceptos jurídicos estuvo enmarcado en el silogismo jurídico, en que la premisa mayor está constituida por la norma genérica, la premisa menor por el juicio que declara realizado el supuesto de dicha norma y la conclusión por la que se imputa a los sujetos implicados en el caso las consecuencias del derecho (García Maynez, 1977: 321), es decir, la subsunción entendida como «el enlace lógico de una situación particular, específica y concreta, con la previsión abstracta, genérica e hipotética contenida en la ley [...] El hecho concreto determinado y específico configurado por el juez pasa a confundirse con la categoría genérica, abstracta e hipotética prevista por el legislado» (Couture, 1997: 285).

En la actualidad, el proceso de aplicación de una norma jurídica es más complejo, pues, en primer lugar, el lenguaje en que se expresan las normas puede no ser lo suficientemente claro, puede que no exprese en realidad la voluntad del legislador, o que la norma analizada en el contexto tenga, *de manera sistemática*, un contenido diferente. En segundo lugar, puede resultar que la norma que se pretenda aplicar, a la luz del caso concreto, no sea coherente con los principios, los valores, derechos y garantías previstos en la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad, lo que inevitablemente conlleva a afirmar que el juez, al momento de aplicar una norma, tiene que efectuar un análisis para interpretarla a efecto de que sea compatible no solo con la Constitución, sino también con las normas del bloque de constitucionalidad.

En ese orden, la interpretación jurídica no solo se da en los textos oscuros o poco claros, sino en todo momento, pues al aplicar la norma al caso, al dar concreción a las normas jurídicas, caracterizadas por su generalidad, lo que hace el juzgador es interpretar dicha norma, aunque, es evidente, podrá variar el grado de dificultad según la complejidad o dificultad del caso. En efecto, las normas están redactadas en términos generales y abstractos y sirven a una variedad de supuestos de hecho, particulares y concretos; de ahí que al aplicar las leyes, se tenga que convertir esa regla general en una norma individualizada, lo que supone aplicar el derecho de la forma más racional, interpretando de manera adecuada las normas jurídicas, de acuerdo con los hechos que han sido probados.

De lo señalado se desprende que la labor mecánica del juez, propia del Estado legislado, ya no es concebible, pues, en virtud al proceso de constitucionalización del

ordenamiento jurídico, los jueces, antes de aplicar la norma, y antes de decidir sobre la base de los hechos, deben analizar su conformidad con la Constitución y los pactos internacionales sobre derechos humanos. Solo así la decisión asumida por el juez será razonable y estará plenamente justificada. Entonces, hoy la labor del juez estriba en justificar en forma racional una decisión, escenario en el cual la interpretación de las normas jurídicas es fundamental, por cuanto otorga al juez una argumentación razonable que justifica la decisión del caso. La interpretación supone la utilización de diferentes «métodos», entendidos como caminos para lograr un objetivo, criterios para justificar la decisión jurídica considerada correcta por el juzgador. Estos métodos, y una adecuada valoración de las pruebas, por tanto, otorgan razonabilidad a la decisión del juez y la apartan de la arbitrariedad, además de ser sinónimo de objetividad e imparcialidad.

En ese ámbito, debe señalarse que la doctrina ha delineado métodos de interpretación que son utilizados por los jueces para interpretar las disposiciones legales. Así, se hace referencia al método histórico, el método gramatical, el teleológico y el sistemático; e inclusive, autores como Peter Haberle (2010: 34 y ss.) añaden un quinto método de interpretación, el del derecho comparado, en especial en el ámbito de los derechos fundamentales. Todos estos métodos deben ser utilizados de manera integral por el juez como argumentos para justificar la decisión asumida. En ese ámbito, la utilización aislada de un solo método no conduce a resultados razonables y, a su vez, la utilización integral de todos ellos hace que las resoluciones se encuentren adecuada y sólidamente argumentadas, y que la resolución se encuentre fundamentada de manera razonable, según lo entendió la jurisprudencia constitucional boliviana, por ejemplo, en la sentencia 1846/2004-R.

Los métodos de interpretación antes señalados se refuerzan y redefinen a la luz de los criterios de interpretación que para todas las jurisdicciones, en el caso boliviano, establece la Constitución Política del Estado. Es la norma fundamental la que obliga a las autoridades jurisdiccionales a argumentar a partir de los parámetros que el constituyente ha diseñado, como la interpretación desde y conforme la Constitución Política del Estado y la interpretación favorable, en que tienen un rol fundamental los principios y valores.

Los valores y principios en la Constitución boliviana

El artículo 8.2 de la Constitución determina que el Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales para vivir bien. Los valores, como los anotados en el artículo 8, son considerados *meta-*

normas, por cuanto regulan la producción normativa y también, claro está, la interpretación de las normas jurídicas. En ese sentido, al igual que los principios, tienen las siguientes funciones: *fundamentadora*, porque son la base de las disposiciones e instituciones constitucionales y del ordenamiento jurídico; *orientadora* del ordenamiento jurídico hacia metas y fines establecidos en la Constitución Política del Estado; *informativa*, porque son el núcleo básico del ordenamiento jurídico; y *crítica*, porque sirve como parámetro de valoración de las normas jurídicas, de las acciones y las conductas. Entonces, los valores son la base para el legislador, como creador de las normas, y para el juez, que es su intérprete.⁹

A su vez, los principios son comprendidos como fundamento del ordenamiento jurídico. Son normas jurídicas que determinan la validez de las restantes normas del ordenamiento jurídico, constituyéndose en una pauta de interpretación obligatoria de las disposiciones legales. Los principios, según Alexy (2008: 67 y ss.), son mandatos de optimización, es decir, son normas que ordenan que algo sea hecho en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes y se caracterizan, precisamente, porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas; posibilidades que se determinan por los principios y reglas opuestas.

Al igual que los valores, los principios también dotan de contenido material a la Constitución Política del Estado. La diferencia sustancial entre ambos es que los principios se constituyen en mandatos, prohibiciones, permisos y derechos, que ingresan al ámbito deontológico, al deber ser, al mandato; en tanto que los valores orientan sobre la elección axiológica efectuada por el constituyente, es decir, sobre la opción —lo bueno, «lo mejor» (Alexy, 1994: 164)— elegida por el Constituyente en la norma fundamental para encaminar la aplicación de las normas jurídicas, las relaciones entre el Estado y los administrados y, en general, las relaciones entre los particulares;

9. La sentencia 1846/2004-R, ratificada por la sentencia SCP 2621/2012 del 21 de diciembre, entre otras, señaló: «Los valores superiores poseen una triple dimensión: a) fundamentadora del conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, así como del ordenamiento jurídico en su conjunto, al que se proyectan sus normas, principios y valores, lo que determina que tengan una significación de núcleo básico e informador de todo el sistema jurídico político; b) orientadora del orden jurídico hacia fines predeterminados, que hacen ilegítimas las normas que persiguen fines distintos o que obstaculicen la consecución de los valores que enuncia la Constitución; c) crítica, pues sirve de parámetro para la valoración de conductas, posibilitando el control jurisdiccional de las restantes normas del ordenamiento jurídico para determinar si están conformes o infringen los valores constitucionales (Antonio Enrique Pérez Luño). Consiguientemente, los valores superiores deben ser considerados como mandatos dirigidos, primero, al legislador, para que sean tomados en cuenta en la elaboración de las leyes y, segundo, al Poder Ejecutivo y Judicial, para que sean considerados en la aplicación e interpretación de esas normas, optando siempre por aquella aplicación e interpretación que más favorable resulte a la efectiva concreción de esos valores (Javier Santamaría Ibeas)».

los valores pertenecen, entonces, al ámbito axiológico. No obstante, puede sostenerse que los valores y los principios están estrechamente vinculados entre sí en un doble sentido: «Por una parte, de la misma manera en que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores; por otra, la satisfacción gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de valores» (Alexy, 2008: 117).

Efectuada esta aclaración, debe señalarse que los principios ofrecen pautas u orientaciones no concluyentes, que deben conjugarse con otras normas o principios. Los principios se constituyen como se tiene señalado en la base y el fundamento del ordenamiento jurídico y, en ese sentido, están presentes o se desprenden del mismo texto constitucional; por ejemplo, en la Constitución boliviana, el principio de supremacía constitucional (artículo 410), el principio de separación de funciones (artículo 12), el principio de interculturalidad (artículos 1 y 178), el principio de pluralismo jurídico (artículo 1), el principio de respeto a los derechos humanos (artículo 178), el principio democrático (artículo 1), etcétera. También son concebidos como principios los derechos y garantías constitucionales, pues suelen estar previstos bajo la forma de cláusulas indeterminadas, generales, que necesitan ser concretadas por el intérprete. Bajo ese entendido, los derechos fundamentales son principios vinculantes que tienen máximo rango, porque se hallan regulados en la Constitución, tienen justiciabilidad plena y vinculan directamente a los diferentes órganos del poder público; entonces, los principios pasan a ser considerados como las principales normas del ordenamiento jurídico, configuradoras de la ratio de las decisiones jurisdiccionales y criterios de validez de las restantes normas.

En el caso boliviano, también deben mencionarse los principios ético-morales de la sociedad plural, contenidos en el artículo 8 de la Constitución, que establece: «El Estado asume y promueve como principios ético morales de la sociedad plural: *ama quilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi marei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble)». Estos principios ético-morales de la sociedad plural han sido concebidos por la jurisprudencia constitucional como verdaderos principios-normas (sentencia SCP 112/2012), interpretándose, a partir de ellos, el ordenamiento jurídico boliviano, como es el caso del plazo para la fijación de audiencias de medidas cautelares, en que el Tribunal Constitucional Plurinacional estableció una «subregla» interpretando el procedimiento penal desde el *ama quilla* («no seas flojo»), señalando el plazo máximo de tres días para la fijación de la audiencia (sentencia SCP 015/2012).

Los principios y la interpretación de las reglas jurídicas

Llegados a este punto, es importante diferenciar los principios y las reglas jurídicas, pues de esa distinción depende la comprensión de la función de aquéllos en la interpretación del derecho. Así, lo primero que debe quedar claro es que tanto las reglas jurídicas como los principios son normas jurídicas, porque ambas establecen lo que es debido (Alexy, 2008: 65), ambas contienen una prohibición, una permisión, un mandato; sin embargo, se trata de dos tipos de normas diferentes, pues los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea hecho en la mayor medida posible, en tanto que las reglas son normas que solo pueden ser o no cumplidas (Alexy, 2008: 68). En otras palabras, si una regla es válida, debe hacerse lo que ella señala, son mandatos definitivos (Alexy, 1994: 162). Las reglas, por lo general, contienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica; cuando se tiene cumplido el supuesto fáctico, se produce la consecuencia jurídica, con la subsunción como la forma típica de la aplicación del derecho. Los conflictos entre reglas pueden resolverse a través de los principios del derecho, como el principio de jerarquía normativa, el principio cronológico (la ley posterior deroga a la anterior) o de especialidad (la ley especial prima sobre la general); lo que no sucede cuando existe conflicto entre principios, por cuanto en estos casos tienen igual jerarquía y, por lo mismo, es imprescindible que el juzgador efectúe una labor de ponderación entre principios.

En ese orden de ideas, los principios, en virtud de su función orientadora del ordenamiento jurídico, se constituyen en parámetros para la interpretación de las reglas jurídicas. Éstas deben estar en armonía con los fundamentos del sistema constitucional y, en ese sentido, necesita ser comprendida la afirmación que sostiene que se deben aplicar más principios que reglas jurídicas.¹⁰

10. Así lo entendió la jurisprudencia constitucional contenida, entre otras, en la sentencia SCP 112/2012 antes mencionada, que al hacer referencia a la labor de los jueces en el modelo de Estado constitucional, plurinacional e intercultural, señaló: «El Estado Constitucional o el constitucionalismo “fuerte”, en su concepción como una nueva teoría general del derecho, hace que sea posible afirmar que la Constitución, lleva implícito en todo su texto “la característica de Estado constitucional”, pero además, “plurinacional e intercultural” traspasado por la “unidad de Estado o Estado unitario”. De ahí que la Constitución de 2009 inicia un constitucionalismo sin precedentes en su historia, que es preciso comprender para construir, hilar una nueva teoría jurídica del derecho boliviano, en una secuencia lógica que va desde la comprensión de este nuevo derecho hasta los criterios para su aplicación judicial. Esto debido al nuevo modelo de Estado ínsito en el texto constitucional. La transformación de este constitucionalismo, hasta tomar la forma de plurinacional e intercultural en este nuevo paradigma de Estado, si bien está en la Constitución, empero *deberá construirse, con un rol preponderante de los jueces a través de su labor decisoria cotidiana*. Una mirada a la transformación del constitucionalismo boliviano en su historia, esto es, los hitos y características de los modelos de Estado de derecho imperantes en cada periodo, demuestran la transfiguración del “constitucionalismo monocultural” al “constitucionalismo plurinacional e intercultural”, este último, traspasado por la “unidad del Estado y de la Constitución”.

Si esto es así, en la construcción judicial del nuevo derecho, antes de mirarse a las «normas constitucionales reglas» o las «normas legales reglas» (contenidas en las leyes, códigos sustantivos y procesales), no debe perderse de vista a las «normas constitucionales principios», estas últimas con ojos de constructor jurídico, por cuanto si bien están formuladas de modo expreso en la Constitución, verbigracia, en Bolivia, el caso de los principios ético-morales de la sociedad plural (artículo 8.1), los valores del Estado plurinacional (artículo 8.2), etcétera —tarea que ya la hizo el legislador constituyente de composición plurinacional—, ello no quita que pueden ser desarrollados judicialmente, a partir de su texto, como labor que ahora le compete a los jueces en sus diferentes roles; al Tribunal Constitucional Plurinacional como órgano final de aplicación, salvaguarda y garantía; a los jueces y tribunales de garantías, como jueces constitucionales, y a los jueces y tribunales de la pluralidad de jurisdicciones como garantes primarios de la Constitución.

De esta manera, el caso boliviano es sin duda un caso *sui generis*, pues las normas constitucionales principios en la Constitución representan un verdadero quiebre de constituciones con pretensiones de homogeneidad (Estado legal de derecho) o cons-

La misma sentencia, refiriéndose al rol de los jueces en el desarrollo de los principios constitucionales y la ponderación que deben realizar dichas autoridades en el Estado Constitucional, señaló: “...la supremacía de la Constitución normativa que fundamenta la validez de todo el sistema jurídico plural de normas que la integra (artículo 410.2 de la Constitución), no es *per se* [un mero asunto de jerarquías y competencias-pertenencia formal], sino porque está cargada de normas constitucionales-principios que son los valores, principios, derechos y garantías plurales que coexisten, que conviven como expresión de su “base material pluralista” y se comunican entre sí como expresión de su “base intercultural” y son los que informan el orden constitucional y legal, sin renunciar a su contenido de unidad (artículo 2 de la Constitución). De ahí que la Constitución de 2009, si bien es norma jurídica, no puede ser comprendida únicamente solo de manera formal. Esto significa que no puede ser concebida solo como un conjunto de normas (modelo descriptivo de constitución como norma), a partir de un “concepto de constitución (como norma) simplemente documental”, con las denominaciones de “constitución formal” o incluso de “constitución en sentido formal”, cuya primacía simplemente se sustente y esté distinguida de las otras leyes por alguna característica formal (por ejemplo, los procedimientos más complicados de producción, revisión y derogación). *Por cuanto, lo que esencialmente diferencia a las normas constitucionales de las otras leyes, es que las primeras son prevalentemente normas constitucionales-principios (entiéndase por ello a la pluralidad de valores supremos, principios constitucionales, derechos fundamentales y garantías constitucionales) y supletoriamente normas constitucionales-reglas.* Las normas constitucionales-principios, establecidos en la Constitución, son las que influirán en el significado jurídico de las normas constitucionales-reglas y normas legales-reglas (contenidas en las leyes, códigos sustantivos y procesales) y no viceversa, o lo que es lo mismo, las segundas y terceras deben adaptarse a las primeras para que exista coherencia del sistema, en razón a que —como sostiene Gustavo Zagrebelsky— “solo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir ‘constitutivo’ del orden jurídico”. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan».

tuciones integracionistas (Estado social de derecho), para afirmar que estamos ante la presencia de una constitución plural (Estado constitucional de derecho), pues las normas constitucionales principios en la Constitución boliviana son la pluralidad de valores, principios, derechos fundamentales no solo individuales (liberales y sociales), sino un amplio catálogo de derechos y garantías, principios y valores plurales y colectivos que la Constitución representa como un pacto de postulados distintos y hasta a veces contradictorios, pero que al final deben coexistir. En esta situación, se requiere más ponderación que subsunción, que transforme las promesas constitucionales en realidades constitucionales.

Los principios y el método de ponderación

Se ha señalado que uno de los postulados del Estado constitucional que marca una modificación sustancial en la aplicación del derecho es la utilización del método de la ponderación antes que la subsunción, pues pueden existir casos —y de hecho existen muchos— en los que se enfrentan dos principios o valores constitucionales que tienen igual jerarquía, supuesto en el cual el juez no puede subsumir el hecho en una regla jurídica, sino que debe ponderar ambos principios o valores para determinar, en el caso concreto, cuál tiene preferencia. Siguiendo a Prieto Sanchís (2001: 212), ponderar es «buscar la mejor decisión, cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor»; se constituye, por tanto, en un método para la resolución de «cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas». A partir de esto, el juez se encuentra ante dos principios contradictorios, pero ninguno de ellos podría ser declarado inválido, por cuanto son principios constitucionales; tampoco puede, de inicio, establecer una jerarquía inexistente, pues todos los principios, en abstracto, tienen igual jerarquía, como establece la Constitución en el artículo 109 cuando hace referencia a los derechos. Sin embargo, el juez debe resolver el caso formulando un «enunciado de preferencia condicionada», a partir de una jerarquía móvil o axiológica, en términos de Guastinni (2002), para determinar, en el análisis del caso concreto, qué principio tiene preferencia. Así, «la ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía» (Prieto Sanchís, 2001: 216).

Ahora bien, es importante acudir de nuevo al razonamiento de Prieto Sanchís, para quien si bien es cierto que la ponderación es el método alternativo a la subsunción, porque las reglas serían objeto de subsunción, en que, comprobado el encaje del supuesto fáctico, la solución normativa viene impuesta por la regla; los principios serían, en cambio, objeto de ponderación, en que esa solución es construida a partir de razones en pugna. El autor señala que ello no implica que la ponderación constituya una alternativa a la subsunción, diciendo algo así como que el juez ha de optar

entre un camino u otro. Para Prieto Sanchís, ambas operan en fases distintas de la aplicación del derecho; pues si no existe un problema de principios, el juez se limita a subsumir el caso en el supuesto o condición de aplicación descrito por la ley, sin que se requiera ponderación alguna. Pero cuando existe un problema de principios y es preciso ponderar, no por ello queda arrinconada la subsunción; al contrario, el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes o aplicables dos principios en pugna.

En otras palabras, antes de ponderar es preciso «subsumir», constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios. Por ejemplo, para decir que una pena es desproporcionada por representar un límite al ejercicio de un derecho, antes es preciso que el caso enjuiciado pueda ser subsumido no una, sino dos veces: en el tipo penal y en el derecho fundamental. Problema distinto es que, a veces, las normas llamadas a ser ponderadas carezcan o presenten de forma fragmentaria el supuesto de hecho, de modo que decidir que son pertinentes al caso implique un ejercicio de subsunción que pudiéramos llamar valorativa. «No es obvio, por ejemplo, que consumir alcohol o dejarse barba constituyan ejercicio de la libertad religiosa, pero es imprescindible “subsumir” tales conductas en el tipo de la libertad religiosa para luego ponderar ésta con los principios que fundamentan su eventual limitación» (Prieto Sanchís, 2001: 218).

De conformidad con Alexy (1994: 171), la regla de la ponderación, partiendo de la caracterización de los principios como mandatos de optimización, puede ser formulada de la siguiente manera: «Cuanto mayor sea el grado de no realización o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro». La ponderación postula un principio general de proporcionalidad, que consta de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; los cuales, siguiendo a Alexy, expresan la idea de optimización. Los subprincipios de idoneidad y necesidad hacen referencia a la optimización relativa a las perspectivas fácticas (Alexy, 2010: 104 y ss.).

Así, respecto de la *idoneidad*, la medida limitadora de un principio debe resultar adecuada para la protección del otro principio que se encuentra en juego. Por tanto, una medida limitadora no será idónea cuando no resulte apta para su protección y, al contrario, resulte perjudicial para el otro principio, sin ningún beneficio.

Respecto de la *necesidad*, se debe buscar aquella medida que resulte menos limitadora del principio, es decir, si existen medidas menos lesivas al principio, que podrían ser utilizadas con iguales resultados protectores, éstas deben ser utilizadas sin ocasionar perjuicios o coste al otro principio.

Por último, respecto de la *proporcionalidad* en sentido estricto, de acuerdo con la ley de ponderación de Alexy: «Cuanto mayor será el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro», analizando tres aspectos: «El grado de incumplimiento o menoscabo de

un principio; luego se comprueba la comprobación de la satisfacción del principio del contrapuesto, y finalmente se determina si la importancia de la satisfacción del principio contrapuesto justifica la afectación o el incumplimiento del otro» (Alexy, 2010: 105).

A manera de conclusión

De esta manera, en los actuales Estados constitucionales, la labor de los jueces indudablemente supone alejarse de la concepción y metodología positivista de aplicación del derecho, en la que prima el silogismo jurídico, propio del Estado legislado, pues la autoridad judicial debe aplicar las normas principios constitucionales, las cuales, siguiendo a Alexy, son mandatos de optimización. En ese sentido, las normas principios contenidos en la Constitución tienen carácter abierto y están impregnadas de valoraciones; por ende, cuando se recurre a ellas para fundamentar una decisión judicial, la actividad argumentativa de la autoridad jurisdiccional debe ser mayor, por cuanto las normas principios —como se ha señalado— no tienen la estructura de una regla jurídica, y solo ordenan que algo sea hecho en la mayor medida posible, lo que supone una labor de justificación, a diferencia de las reglas jurídicas que, como sabemos, son normas que pueden ser cumplidas o no (Alexy, 2008: 68).

En virtud de esto, la doctrina considera que el juez, en el Estado constitucional, está dotado de un «enorme poder» (Talavera, 2008: 34), pues en muchos casos, al efectuar una interpretación según la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad, sus decisiones pueden desmarcarse del principio de legalidad, lo que sin duda puede generar tensiones con el órgano legislativo y con el principio democrático que le sirve de base y fundamento. Así, se señala que «el principio de legalidad en relación con el juez, que tradicionalmente se había interpretado como vinculación del juez al derecho pero sobre todo a la ley, ha pasado a entenderse como vinculación del juez a los derechos y principios constitucionales pero no a la ley, lo que resulta polémico desde el punto de vista del principio democrático» (Gascón Avellán y García Figueroa, 2005: 28).

A pesar de esta evidente tensión, es cierto que el resguardo del principio de constitucionalidad y la primacía de los derechos humanos como rasgos característicos del Estado constitucional obligan al juez a aplicar las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad, e interpretar las disposiciones legales a partir de ellas.¹¹

11. Marina Gascón Avellán y Alfonso García Figueroa señalan que «el reconocimiento constitucional de derechos se efectúa por lo general en términos amplios e imprecisos, por lo que son frecuentes las dudas sobre el alcance y contenido de los derechos en los distintos supuestos en los que pueden tener incidencia. A quién corresponde decidir cuál sea ese alcance o contenido es justamente la cuestión polémica. Cabría sostener que el principio democrático exige atribuir este fundamental papel al legislador; pero es también evidente que el propio carácter supramayoritario o supralegal de los derechos hace que

En ese sentido, es por demás acertado el razonamiento de Zagrebelsky (2007), pues a partir de la pluralidad de principios y de las exigencias de los casos concretos, se darán también soluciones judiciales que en determinados casos pueden sobrepasar los límites de la ley, pero que se justifican si se considera que los jueces son los guardianes de la Constitución y de la justicia material. Así, el juez solo estaría vinculado a la ley *si la solución aportada al caso concreto* es la más adecuada o justa desde el punto de vista constitucional, pues, de ser así, puede sortearla (Gascón Avellán y García Figueroa, 2005: 44).

Entonces, se concluye que la actuación de la autoridad jurisdiccional no puede ser otra que crítica y valorativa de las disposiciones legales a aplicar; empero, en mérito a que se otorga al juez un gran poder dispositivo de censurar las leyes (Gascón Avellán y García Figueroa, 2005: 40), debe señalarse que dicha actuación debe contener la suficiente justificación —interna y externa— y, en ese sentido, debe contener una rigurosa argumentación jurídica, con la finalidad de

no renunciar a valores como la previsibilidad, la certeza, la igualdad en la aplicación de la ley y (sobre todo) el carácter no arbitrario de la función judicial. Este último es un aspecto particularmente importante; pues si el juez ya no es la «boca que pronuncia las palabras de la ley» sino el depositario de un poder que se ejerce con ciertas anchuras, entonces debe acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su principal fuente de legitimidad; debe acreditar, en fin, que ese ejercicio más o menos discrecional de poder no es, sin embargo, un ejercicio arbitrario (Gascón Avellán y García Figueroa, 2005: 46).

Referencias

- ALEXY, Robert (1994). *El concepto y validez del derecho*. Buenos Aires: Gedisa.
- . (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales.
- . (2010). «Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad». En Miguel Carbonell y Leonado García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional* (pp. 117-152). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho.
- BAZÁN, Víctor (2012). «El control de convencionalidad: Incógnitas, desafíos y perspectivas». En *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (pp. 17-55). Bogotá: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Fundación Konrad Adenauer Stiftung.
- COUTURE, Eduardo (1997). *Fundamentos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: De Palma.

al final sean los jueces (constitucionales u ordinarios) quienes, por cuanto llamados a hacer valer la Constitución, terminan ejerciendo esa función» (Gascón Avellán y García Figueroa, 2005: 27).

- FERRAJOLI, Luigi (2001). «Pasado y futuro del Estado de derecho». *RIFP*, 17: 31-45. Disponible en <https://bit.ly/2Yx6o74>.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo (1977). *Introducción al estudio del derecho*. Buenos Aires: Porrúa.
- GASCÓN AVELLÁN, Marina y Alfonso García Figueroa (2005). *La argumentación en el derecho*. Lima: Palestra.
- GUASTINNI, Ricardo (2002). «Constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano» En *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- HABERLE, Peter (2010). «Métodos y principio de Interpretación constitucional: Un catálogo de problemas». *Revista del Derecho Constitucional Europeo*, 13: 379-414. Disponible en <https://bit.ly/3jaouAz>.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2001). «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial». *AF-DUAM*, 5: 201-228. Disponible en <https://bit.ly/3htrY3H>.
- TALAVERA, Pedro (2008). «Interpretación, integración y argumentación jurídica». *Revista Boliviana de Derecho*, 6: 261-262. Disponible en <https://bit.ly/3hlOlbj>.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2007). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

Sobre la autora

SORAYA SANTIAGO SALAME es abogada. Doctora por la Universidad de Salamanca, España, aprobada con la distinción *suma cum laude*. Máster en Derechos Humanos de la misma casa de estudios. Diplomado en Derechos Humanos y Mujeres, Teoría y Práctica en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Además de la docencia, se desempeña como consultora e investigadora de proyectos a nivel nacional e internacional en derechos humanos, pluralismo jurídico e igualdad de género. Su correo electrónico es sorayasantiagos@hotmail.com.  <https://orcid.org/0000-0002-7947-5935>.

El Centro de Derechos Humanos (CDH) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile es una unidad académica creada el año 2002 que aporta de manera efectiva, y desde una perspectiva jurídica, a promover y garantizar el respeto de los derechos humanos mediante el cumplimiento de tareas de investigación y de extensión en este ámbito específico. El CDH cumple sus tareas de investigación mediante la adjudicación de fondos concursables y la ejecución de proyectos por parte de sus investigadores, que permiten generar publicaciones validadas por terceros.

En cuanto al desarrollo de tareas de extensión, el CDH se vincula con la sociedad mediante la elaboración y difusión de productos de calidad. Brinda apoyo y trabaja en conjunto preferentemente con otras unidades académicas y con reparticiones estatales cuyo quehacer es relevante para promover y lograr el respeto efectivo de los derechos humanos. También colabora con organizaciones de la sociedad civil que persiguen objetivos comunes, procurando que ese trabajo sea relevante sobre todo para los sectores más marginados de la sociedad.

Adicionalmente, el CDH se vincula con el medio nacional y con el extranjero mediante los contenidos disponibles en su sitio web. El CDH presta servicios de conformidad con la ley si existe un interés público en promover o garantizar el respeto de los derechos humanos.



Este número especial
del *Anuario de Derechos Humanos*
de la Universidad de Chile
fue editado, diseñado y diagramado
en la oficina de Tipográfica,
por Marco Antonio Coloma
y Miguelángel Sánchez,
y luego impreso en xxx ejemplares
por Xxxxx Impresores.

Santiago de Chile,
30 de diciembre de 2020,
año del aniversario número 72
de la Declaración Universal
de los Derechos Humanos.

