

JUSTICIA CONSTITUCIONAL
TOMO I

CRISTHIAN E. BELTRÁN BUSTOS - JAVIER E. ROCHA AMARIS
MANUEL BERMÚDEZ TAPIA - SANDRA ISELA CEBALLOS TORRES
MANUEL DE JESÚS CORADO DE PAZ - DALIA CARREÑO DUEÑAS
JOSÉ ARTURO RESTREPO RESTREPO - EDWIN DE JESÚS HORTA VÁSQUEZ
NÉSTOR H. GUTIÉRREZ MIRANDA - JUAN CARLOS ARIAS DUQUE
JORGE RICARDO PALOMARES GARCÍA - MARIELA INÉS SÁNCHEZ CARDONA
MARÍA F. SAN LUCAS SOLÓRZANO - EDGAR S. MORALES MORALES

JUSTICIA CONSTITUCIONAL

TOMO I



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
BOGOTÁ

Justicia constitucional : Tomo I / Cristhian E. Beltrán Bustos y otros. --
Bogotá : Grupo Editorial Ibáñez, 2017.

264 páginas ; 24 cm.
Incluye bibliografía.
ISBN 978-958-749-765-6

1. Derecho constitucional 2. Justicia constitucional - Aspectos culturales
3. Justicia transicional - Colombia 4. Administración de justicia - Colombia
5. Paz - Aspectos constitucionales - Colombia 6. Derechos humanos -
Colombia I. Beltrán Bustos, Cristhian E, autor

342.0986 cd 21 ed.
A1572403

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

- © CRISTHIAN E. BELTRÁN BUSTOS
JAVIER E. ROCHA AMARIS
MANUEL BERMÚDEZ TAPIA
SANDRA ISELA CEBALLOS TORRES
MANUEL DE JESÚS CORADO DE PAZ
DALIA CARREÑO DUEÑAS
JOSÉ ARTURO RESTREPO RESTREPO
EDWIN DE JESÚS HORTA VÁSQUEZ
NÉSTOR H. GUTIÉRREZ MIRANDA
JUAN CARLOS ARIAS DUQUE
JORGE RICARDO PALOMARES GARCÍA
MARIELA INÉS SÁNCHEZ CARDONA
MARÍA F. SAN LUCAS SOLÓRZANO
EDGAR SANTIAGO MORALES MORALES
- © UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
Carrera 9 No. 72-90
Facultad de Derecho
Bogotá - Colombia
- © GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur
Teléfonos: 2300731 - 2386035
Librería: Calle 12B N° 7-12 L.1
Tels.: 2835194 - 2847524
Bogotá, D.C. - Colombia
www.grupoeditorialibanez.com

ISBN: 978-958-749-765-6

Diseño de carátula: David Cortés

Diagramación electrónica: Deissy Alejandra Rodríguez

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso
reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

® 2017

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Gustavo Arnulfo Quintero Navas
Doctor en Derecho Público por la
Universidad de Nantes, Francia. Profesor de
la Universidad de los Andes.

Dr. Fernando Alexei Pardo Flórez
Doctor en Derecho Público por la
Universidad de Paris II. Profesor
de la Universidad Nacional.

Dr. José Eduardo Rodríguez Martínez
Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones
Políticas, por la
Universidad Externado de Colombia.
Profesor Universidad Libre.

Dra. Anne Claire Dufour.
Doctora en Derecho Público, por la
Universidad de Nantes. Profesora
de la Universidad de Nantes.

Dr. Edgar Andrés Quiroga Natale, Doctor
en Derecho por la Universidad Santo Tomás
de Bogotá. Profesor de la Universidad Santo
Tomás de Tunja.

Dr. Vladimir Fernández Andrade, Doctor en
Derecho, por la Universidad Externado de
Colombia. Procurador Delegado.

Dr. Gustavo Ibáñez Carreño
Abogado - Filósofo
Representante Legal de Grupo Editorial Ibáñez

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Carlos Alberto López Cadena
Doctor en Estudios Avanzados
en Derechos Humanos
de la Universidad Carlos III de Madrid.
Profesor de Introducción al Derecho de la
Universidad Externado de Colombia

Dra. Celina de Jesús Trimiño Velásquez
Doctora en Derechos Fundamentales
de la Universidad Carlos III de Madrid
Docente de la Universidad Pedagógica
y Tecnológica de Colombia.

Dr. Pedro Pablo Vanegas Gil
Doctor en Derecho de la Universidad
Externado de Colombia
Docente de la Universidad
Externado de Colombia

Dr. Edgar Solano González
Doctor en Derecho Internacional de la
Universidad de la Sapienza (Italia)
Docente de la Universidad Externado de
Colombia

Dr. Bernd Marquardt
Jurista Doctorado en Derecho
y segundo Doctorado superior en derecho de
la universidad de San Gallen (Suiza)
Profesor titular de la Universidad Nacional
de Colombia

PARES

Henry Eyner Isaza
Magister en Derecho Procesal - Universidad de Rosario Argentina
Docente Universidad Autónoma de Chiriquí

Blanca Raquel Cárdenas
Doctora en Derecho - Universidad Externado de Colombia
Magistrada Auxiliar del Consejo de Estado

María Alejandra Tapia Millán
Magister en Psicopatologías Clínicas del Sujeto y del Lazo Social,
Université de Toulouse II – Jean Jaurès
Docente e Investigador de la Universidad Cooperativa de Colombia

INTRODUCCIÓN

El presente compendio “Justicia Constitucional Tomo I” recoge variadas temáticas y razonamientos jurídico Constitucionales de autores nacionales y extranjeros, que como fruto del debate generado en torno al postconflicto colombiano, a la idea del Derecho y a los mecanismos Constitucionales de protección de los derechos, se han logrado reunir.

De conformidad con las políticas de Colciencias, dentro de la presente obra se puede evidenciar el índice de cohesión, cooperación y la colaboración entre diversos grupos de investigación y líneas de investigación, todos ellos articulados a partir del Centro de Investigaciones “Francisco de Vitoria” de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, donde se destaca por ejemplo, la participación de investigadores de la líneas de investigación “*Estudios Hermenéuticos, Argumentativos y Críticos en Derecho, Justicia, Prudencia y Paz*”, “*Justicia Transicional*” y, “*La educación para la paz en la formación jurídica: concepto, estado actual y posible impacto*”, todos pertenecientes al Grupo de Investigación “Socio Humanístico del Derecho”, y por otra parte, también la línea de investigación “*Filosofía y Teoría del Derecho*”, del grupo de investigación “Raimundo de Peñafort”. Contando además con la participación del Grupo en Derecho Constitucional Nacional y Comparado de la Universidad Libre; y adicionalmente con la contribución de investigadores extranjeros pertenecientes a grupos de investigación de diferentes universidades Latinoamericanas.

Las investigaciones realizadas, en su mayoría, evidencian una investigación de carácter cualitativo en razón a las temáticas abordadas, todas propias de la Justicia Constitucional.

Entre las temáticas que se proponen en la presente obra hay un grupo de investigadores que se centran en el tema del proceso de paz y el posconflicto Colombiano, entre ellos se encuentra el escrito de Dalia Carreño Dueñas y José Arturo Restrepo Restrepo “*Una teoría crítica del derecho para el posconflicto*”, donde los autores proponen el desarrollo de una teoría crítica del derecho de cara al nuevo orden jurídico que se avecina con el

posconflicto, temática muy pertinente frente al momento histórico por el que atraviesa nuestro país, tras la firma del acuerdo de paz. Es preciso señalar que este capítulo es realizado en cohesión académica de los proyectos de investigación del Grupo de Investigación Socio Humanística del Derecho GISHD de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Continuando con el hilo conductor de la referenciada temática, se presenta la producción académica de los profesores Juan Carlos Arias Duque y Jorge Ricardo Palomares García, “*Hacia una nueva conceptualización de la Justicia Transicional en Colombia*”, donde a partir del concepto de Justicia Transicional se propone una forma diferenciadora de percibirla, apartada del contexto de derecho penal internacional y de acuerdo con la realidad colombiana, específicamente en el componente de la pena de prisión como expresión única de justicia. A través de este capítulo de libro se evidencia el cumplimiento del índice de colaboración, teniendo en cuenta que sus autores pertenecen a grupos de investigación de diferentes universidades. Dentro del mismo marco del proceso de Paz Colombiano, surge la propuesta de la investigadora Mariela Inés Sánchez Cardona, con el texto “*Hacia una propuesta de escuela sociocultural de la paz pedagógica en el postconflicto en Colombia*”, quien plantea la *Escuela sociocultural de la paz pedagógica en el postconflicto* como herramienta idónea para construcción de paces, y donde la comunidad académica tiene un papel fundamental. Por último, en relación con la temática citada, Crishtian Beltrán Bustos y Javier Rocha Amaris, a través del escrito titulado “*La Cultura: El Quinto Elemento hacia una Justicia Constitucional para la Paz*”, analizan la necesidad de avanzar en la construcción de una cultura de paz partiendo de la interiorización de cinco elementos como herramienta de análisis de la realidad Colombiana frente al Acuerdo de Paz.

De otro lado, a través del escrito de Edwin Horta Vásquez, “*El tiempo de los derechos desde la epistemología jurídica clásica*”, se presentan los avances de investigación que pretenden evidenciar los resultados donde, por una parte, se precisaron los objetos de conocimiento de la ciencia jurídica desde una perspectiva filosófica que posibilita superar la actual atomización por la que atraviesa la realidad jurídica; y por la otra, se analizan las tesis de Norberto Bobbio para determinar si desde su concepción es posible advertir o evidenciar los objetos formal y material del conocimiento acerca del derecho.

Por otra parte, agradecemos a los autores extranjeros sus interesantes aportes académicos que enriquecen esta obra. En primer lugar contamos

con el trabajo: *“Los procesos de ejecución de reparación económica derivados de garantías jurisdiccionales”*, elaborado por los profesores de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador de Ambato, María Fernanda San Lucas Solórzano y Edgar Santiago Morales, quienes a partir del concepto de reparación integral, nos presentan un estudio sobre las garantías jurisdiccionales dentro del Estado Constitucional de derechos y Justicia ecuatoriano para destacar que los procesos constitucionales no finalizan con la expedición de una sentencia, sino que es necesario asegurarse de la correcta ejecución de las medidas de reparación integral material e inmaterial. Por su parte, el docente universitario peruano, Manuel Bermúdez Tapia, presenta el estudio: *“La tutela de derechos en conflictos familiares judicializados”*, en relación con la evolución en la justicia peruana frente a la tutela de los conflictos familiares y el papel de la ética en función del orden familiar. El texto titulado: *“los derechos sociales: conceptualización, contenido, apreciación y protección jurisdiccional a través del amparo en México”*, de Manuel de Jesús Corado de Paz, realiza un interesante análisis sobre el juicio de amparo mexicano en relación con la justiciabilidad de los derechos sociales, partiendo de la conceptualización y el contenido de los mismos. Por su parte, el profesor Néstor Gutiérrez Miranda, a través del texto: *““el amparo” sucinta comparación entre la tutela colombiana y el amparo peruano”* realiza un trabajo comparativo entre las acciones Constitucionales de protección de derechos Fundamentales en Colombia y Perú. Por último, la investigadora mexicana, Sandra Isela Caballos Torres, en su escrito: *“capacidad progresiva de los niños: un nuevo enfoque en el juicio de amparo en México”*, presenta un estudio sobre la evolución de los niños como sujetos de derechos frente al juicio de amparo en México.

Existe certeza que los diez capítulos en los que se divide esta producción académica ofrecerán al lector importantes reflexiones y aportarán herramientas para enriquecer el debate científico, filosófico y jurídico sobre los temas abordados.

MARÍA CONSTANZA BALLESTEROS MORENO
Compiladora

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
LA CULTURA: EL QUINTO ELEMENTO HACIA UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL PARA LA PAZ CRISTHIAN E. BELTRÁN BUSTOS - JAVIER E. ROCHA AMARIS	15
LA TUTELA DE DERECHOS EN CONFLICTOS FAMILIARES JUDICIALIZADOS MANUEL BERMÚDEZ TAPIA	45
CAPACIDAD PROGRESIVA DE LOS NIÑOS: UN NUEVO ENFOQUE EN EL JUICIO DE AMPARO EN MÉXICO SANDRA ISELA CEBALLOS TORRES	59
LOS DERECHOS SOCIALES: CONCEPTUALIZACIÓN, CONTENIDO, APRECIACIÓN Y PROTECCIÓN JURISDICCIONAL A TRAVÉS DEL AMPARO EN MÉXICO MANUEL DE JESÚS CORADO DE PAZ.....	77
UNA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO PARA EL POSCONFLICTO DALIA CARREÑO DUEÑAS - JOSÉ ARTURO RESTREPO RESTREPO	107
EL TIEMPO DE LOS DERECHOS DESDE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA CLÁSICA EDWIN DE JESÚS HORTA VÁSQUEZ.....	131
“EL AMPARO” SUCINTA COMPARACIÓN ENTRE LA TUTELA COLOMBIANA Y EL AMPARO PERUANO NÉSTOR H. GUTIÉRREZ MIRANDA	149

HACIA UNA NUEVA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA JUAN CARLOS ARIAS DUQUE - JORGE PALOMARES GARCÍA	169
HACIA UNA PROPUESTA DE ESCUELA SOCIOCULTURAL DE LA PAZ PEDAGÓGICA EN EL POSTCONFLICTO EN COLOMBIA MARIELA INÉS SÁNCHEZ CARDONA	199
LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN DE REPARACIÓN ECONÓMICA DERIVADOS DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES MARÍA FERNANDA SAN LUCAS SOLÓRZANO - EDGAR SANTIAGO MORALES MORALES... ..	223

LA CULTURA: EL QUINTO ELEMENTO HACIA UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL PARA LA PAZ¹

CRISTHIAN E. BELTRÁN BUSTOS²
JAVIER E. ROCHA AMARIS³

INTRODUCCIÓN

Hay un elemento común en toda guerra, es el sentimiento de desconcierto y sin-razón, una sensación de extrañeza de la que participan los soldados de *La Casa Grande* en la novela de Álvaro Céspedes que fueron a repeler a los manifestantes de las Bananeras, ese mismo espíritu solitario llevó al piloto Irlandés del Poema de William Yeats premio nobel de 1923, a encontrar el éxtasis y la muerte en las nubes, aunque no odiaba a quienes combatía ni amaba a sus protegidos, ese mismo espíritu solitario cuyo corazón estando en medio de la guerra hace que su mente permanezca ausente, está presente en los soldados en la guerra de Vietnam de *Apocalypse Now* que conocieron la locura, el exceso y la miseria por la alucinación de su comandante quien se instaló como un dios de la artillería en la tribu local en medio de la selva, ese desasosiego del combatiente reaparece en el drama de *Salvar al Soldado*

¹ La Cultura: El Quinto Elemento hacia una Justicia Constitucional para la Paz, hace parte del proyecto de investigación de la tesis del estudiante de doble programa en Derecho y en Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Santo Tomás, Cristhian Eduardo Beltrán Bustos y producto de la Investigación asistida II y III a cargo del docente Javier E. Rocha Amaris en una construcción conjunta para este artículo. El proyecto investigativo es denominado: “*La Cultura: Una solución hacia el Posconflicto*”.

² Cristhian Eduardo Beltrán Bustos, estudiante de las facultades de Derecho y de Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: cristhian.beltran@usantotomas.edu.co

³ Javier Rocha Amaris. Docente e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Magister en Derecho Administrativo y candidato a Doctor por la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: rochadoctorado@gmail.com

Ryan, cuando encargan la misión a sus compañeros de sacar del frente de la Segunda Guerra Mundial al soldado que es el único hermano sobreviviente de tres muertos en combate para entregarlo con vida a la madre desconsolada y se replica en *Land of Mine* y en *A War*.

El presente trabajo es un estudio académico presentado por sus autores e inspirado en la tesis de grado del alumno la cual ha sido una construcción guiada por el docente de la materia, en la búsqueda de solucionar una necesidad de cubrir dos espacios académicos desarrollados como estudiante de la Facultad de Derecho y de la Facultad de Gobierno y Relaciones simultáneamente.

En cuanto a la Escuela utilizada para argumentar y desarrollar el trabajo se tuvo en cuenta el diseño metodológico las formas y los giros argumentativos inspirados en la Escuela Crítica del Derecho, cercano a los enfoques de las escuelas de Frankfurt y Argentina, con el análisis desde los post-positivistas de la Universidad de Buenos Aires.

La estructura narrativa empleada es a partir de la descripción de cinco (5) elementos básicos con miras a la construcción de una Cultura de la Paz, y aportar esfuerzos para contribuir desde la academia al cambio del paradigma de una cultura de la guerra hacia una cultura de la Paz, en esa línea que ha denominado la Investigadora Mariela Sánchez Cardona como la: *Educación para la cultura de la Paz* y que como sostiene la autora es necesario analizar “las dificultades de promocionar la cultura de la paz en una sociedad inmersa en la violencia estructural”, e indagar las causas fundantes y origen del conflicto, para contrarrestar sus orígenes y desarmar las violencias.

Los estudios acerca de los impactos de la importación y entrada en vigencia en el ordenamiento jurídico del Sistema Penal Acusatorio, señalan que el sistema no está exento de imperfecciones como se sostiene por parte del Profesor Álvaro Moreno en su artículo “El sistema oral acusatorio en Colombia: reforma y habitus jurídico”, de manera que en cuanto a los mecanismos de justicia como cualquier creación humana puede adolecer de imprecisiones, con más razón los mecanismos de Justicia Transicional diseñados para presentar soluciones a las tensiones entre los valores institucionales de Justicia y la pretendida Paz como fin del Estado, es por ello que es apropiado traer a colación una idea expresada en un reciente artículo del profesor Rodrigo Uprimmy donde se afirma que *Aunque imperfecta*,

la jurisdicción especial para la paz busca una difícil armonización entre los imperativos de la justicia y las necesidades de una salida negociada al conflicto.

De tal suerte que será a través de la interiorización de estos cinco (5) elementos como se podrá analizar que lo que sucede en Colombia con los Acuerdos de Paz ya lo han vivido muchos países que han experimentado conflictos internos armados, y han buscado una salida negociada para solucionar en términos humanitarios el conflicto. Así las cosas, los colombianos debemos entendernos con una identidad universal y que a partir de la experiencia en muchos países hoy somos referente para otros países.

PRIMER ELEMENTO: HACIA UNA IDENTIDAD UNIVERSAL. ACUERDOS DE PAZ EN EL MUNDO

A lo largo de la historia, la cultura ha propiciado una fuerte cohesión a los grupos sociales en aspectos positivos y negativos así pues, surgieron movimientos sociales independistas y políticos donde la identidad, la cultura a través de sus diferentes representaciones se convirtieron en las voces y reclamos que los modelos y el enfoque del Estado reprimían; de igual modo, la unión cultural e identidad generó movimientos nacionalistas y raciales que originaron profundos cambios geopolíticos y otros condujeron a la justificación de la lucha bélica.

Por lo anterior, se hace imprescindible un análisis respecto al papel de la cultura en una etapa tan crucial como el proceso del posconflicto en la sociedad colombiana, reflexión que lleva a tratar temas de urgencia como es la promoción y el crear una conciencia nacional respecto de: los derechos humanos, la reconciliación y la memoria histórica con el ánimo de que sean desde los instrumentos de tipo legal más importantes, y el respeto a la Constitución desde la construcción de una identidad nacional, la salida para llegar a un verdadero concepto de justicia y a una aproximación al ideal de Paz.

Con todo, Colombia es solo un ejemplo de los casos donde un notorio descontento generalizado de la población propiciado por la injusticia social ha forjado la combinación, que sustenta los conflictos internos. La beligerancia ha hecho parte del curso de la historia en la construcción el orden mundial y de las instituciones de Derecho tal como las conocemos hoy en día, razón

por la cual es con base en estos precedentes históricos que es posible elaborar una construcción cultural que condujo al cambio del paradigma a partir del cual otros países edificaron después del conflicto, de manera esa mirada a la manera de derecho comparado sirva de ejemplo a nuestro desarrollo del posconflicto en Colombia.

CASO CONFLICTO INTERNO EN IRLANDA DEL NORTE

En primer lugar, el Conflicto Interno armado de Irlanda del Norte fue uno de los más largos y complejos que se han desarrollado en la historia moderna de las ciencias políticas, debido a que contiene presupuestos históricos que alimentaron los sentimientos nacionalistas y generaron una segregación y división entre la misma nación, el conflicto suscitó un enfrentamiento religioso e independentista con sus raíces y antecedentes de más de cuatrocientos años de historia.

Los antecedentes se remontan a la ruptura de Inglaterra con la Iglesia romana, decisión que llevó a cabo el entonces Rey XVIII de Inglaterra a acoger, la religión protestante como la oficial del Reino Unido para satisfacer sus pretensiones “maritales” (1534) , lo cual llevó a las penosas consecuencias de un conflicto intenso entre la religión católica y protestante ya que con la inclusión de la Reforma en los territorios del imperio británico se volcó totalmente el esquema valorativo de la cultura irlandesa que era profundamente arraigada a la religión católica.

Es a partir de la formalización de las expresiones nacionalistas en partidos políticos que el conflicto adquiere unos actores determinados, de este modo surgen de la mano de Michael Collins las fuerzas unionistas como el IRA en contra del sometimiento al dominio británico y las fuerzas leales del Ulster (CSEDN, 2007). Época donde se intensifica y se recrudece el conflicto por una república irlandesa autónoma y por la subyugación de una religión a otra (catolicísimo y protestantismo), y es hasta abril de 1998 cuando finalmente, se firma el Acuerdo de Belfast o Acuerdo de Viernes Santo.

Cabe anotar que dicho proceso de paz se basó en la aplicación de una justicia restaurativa donde lo trascendental era la búsqueda del perdón, la garantía de no repetición de hechos violentos y el no castigo al agresor, algo propio de la justicia retributiva en el marco de una paz negociada.

Por lo anterior, es preciso observar que desde su raíz más profunda el conflicto irlandés tiene un trasfondo cultural, marcado por una memoria hostil y resentida, una obsesión por la retribución de “violencia por violencia”, donde de generación en generación se heredó un sentimiento nacional de segregación al otro, de ruptura con la tolerancia, de una identidad basada en el odio y el resentimiento, no hubo un proyecto común de construcción de nación ni mucho menos una cohesión en el núcleo social del Estado y primordialmente se configuró un sinsentido y una sinrazón de la guerra y de la violencia.

CASO CONFLICTO INTERNO EN EL SALVADOR

En Latinoamérica el caso salvadoreño resulta ser el más idóneo para el estudio de caso de la nación colombiana, pues sus actores surgen por la desigualdad social que imperaba en las décadas anteriores a 1970, alcanzando un grado de inconformismo en la población, que en el año de 1979 se concentran todos los grupos ansiosos de un cambio en el manejo de la política y la economía de El Salvador dándole vida al Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional (FMLN) que junto a las fuerzas armadas salvadoreñas empiezan una época de guerra fratricida que cobró más de 75,000 muertes, pero es hasta el año 1992 que el Gobierno de El Salvador firma los acuerdos de Chapultepec con el FMNL; sin embargo, la firma del acuerdo dejó graves índices de pobreza y corrupción y sobre todo una marcada cultura de violencia, es decir, “la creación de sistemas de valores y normas sociales que legitiman y privilegian el uso de la violencia en cualquier ámbito por sobre otras formas de comportamiento social”, (Instituto Universitario de Opinión Publica Universidad Centroamericana José Simeón Cañar, 1998) cultura que absorbió todas las formas y expresiones culturales de El Salvador, como lo evidencian Antonio Bonilla y Dagoberto Nolasco en sus obras (Bonilla, 1984) y (Nolasco, 1992) haciendo que el conflicto continuara hasta considerarse a El Salvador uno de los países más peligrosos del mundo con una de las tasas de homicidio más altas.

Este fantasma de fatalidad colectiva y subjetividad precaria (Camargo, 2005) del que poco se habla, que parece que recorre los miedos más recónditos de cada ser humano, constituye uno de los problemas más urgentes que se deben solucionar en el posconflicto, pues al igual que El salvador, Colombia se acostumbró a la cultura del odio y la mezquindad,

el entorno de la guerra hizo que la población se acostumbrara a vivir con la violencia y la idea del posconflicto incluye la reconstrucción social, una vida desmilitarizada donde las nuevas generaciones no estén educadas para la guerra y las hostilidades. Colombia debe evitar a toda costa que la cultura de la violencia se enraíce en lo más profundo de su ser, es por esto que el historiador y escritor William Ospina en el mismo sentido se expresa al sostener que: *“La guerra no solo debe ser acabada, sino que su final debe conjurar el peligro del rebrote de guerras semejantes. Tan fundamental como la entrega de las armas es desarmar los espíritus, para ello los combatientes tienen que encontrar un destino digno y útil en la sociedad”* (Ospina, 2016).

CASO CONFLICTO RACIAL EN SUDÁFRICA

También resulta interesante analizar el objeto de estudio desde el caso sudafricano, el cual se vio asolado por una política de segregación racial conocida como el *apartheid* y que anuló a la sociedad africana desde la llegada de los europeos a dicho continente en los años de 1664 con ideales de un pensamiento de superioridad blanca que posterior al mercantilismo de seres humanos en las épocas de la esclavitud le siguió en 1948 unas políticas de segregación institucional, la cual avanzaría hasta 1980 debido a la crisis social y política que el país vivía, se concretó en brotes de liberación y movilización que desembocan en las negociaciones entre Nelson Mandela y el presidente De Clerk en el año 1991, logrando de esta manera la creación de una comisión de verdad y reconciliación, que sin importar distinción racial todos tuvieran la misma garantía de sus derechos impulsando con esta lógica actos de perdón y de reconciliación a muchos años de opresión y guerra racial.

Es sintomático de este Acuerdo de Paz de Sudáfrica la importancia que tuvo la verdad y la reconciliación enfocada en el perdón y en la aplicación de una justicia restaurativa que tuvo eco en la sociedad de manera positiva, razón por la cual se logró un buen término gracias a la participación ciudadana en uno de los movimientos más grandes por los derechos civiles y políticos en el ámbito mundial, por ello Brozinsky afirma: *“El perdón no puede ser hueco, impuesto desde algún tribunal, debe construirse entre víctima y victimario”* (Brodzinsky, 2016, p. 2).

Como consecuencia de los procesos de paz anteriormente señalados, podemos destacar tres aspectos fundamentales para la instauración de ellos en el desarrollo del posconflicto colombiano: (i) El esfuerzo por construir una memoria histórica orientada al perdón y a la formación de una identidad como nación, alejada de toda estrategia discursiva que desarraigue los intentos de paz y a la invitación de la guerra como mecanismo primordial de solución de conflictos. (ii) En segundo lugar, la necesidad imperiosa de aplicar una justicia restaurativa en el proceso de paz colombiano debe ser el faro en el cual oriente la construcción de un nuevo modelo de derecho constitucional hacia donde deben enfocarse los esfuerzos, en un Estado Social de Derecho donde la dignidad humana y la reparación a las víctimas sean el objetivo fundamental; (iii) En tercer lugar, la importancia del esquema cultural de una nación en el marco de la paz, pues en palabras de Martin Barbero: *“La paz no es la dejación de las armas, sino la transformación social y cultural del país y solo se puede llamar país a un sitio donde la gente puede y sabe convivir”* (Barbero, 2016, p. 2).

SEGUNDO ELEMENTO: JUSTICIA RETRIBUTIVA O JUSTICIA RESTAURATIVA

Antes de entrar a abordar esta temática, es necesario precisar que los acuerdos de finalización del conflicto consagran una Jurisdicción Especial para la Paz donde se busca determinar la verdad y la reconstrucción de la memoria histórica. En este entendido se plantea un cambio en la dogmática de la justicia penal y de la pena que implica, trabajos en las zonas de reclusión y pocos años de cárcel, lo que si se dejó claro es que los actores tendrán penas de privación de la libertad de hasta de ocho (8) años que el Tribunal que se constituya determine para el efecto, al tenor del Derecho Internacional Humanitario y de los tratados que Colombia ha ratificado con base en el Estatuto de Roma.

Uno de los debates fundamentales que gira en torno a la solución del conflicto versa sobre cómo van a saldarse las deudas pendientes respecto a los crímenes que se cometieron por parte de los actores tanto estatales como por los que en una época no llegaron a ser reconocidos como combatientes, siguiendo este lineamiento surge este interrogante: ¿para declarar viable los Acuerdos, es requisito esencial que los combatientes quienes cometieron

hechos punibles deben pasar largas temporadas en los centros penitenciarios o por el contrario se les dejará en libertad y sin ningún tipo de responsabilidad penal en los albores del posconflicto?. Esta no es una discusión pacífica, por lo contrario inquieta y provoca tensiones en los ámbitos jurídicos y de las ciencias políticas y hasta resulta cargada de cierto grado de desinformación y manipulación en la información , pero a la luz de los estudios del derecho comparado del tema de acuerdos de paz en el mundo (primer elemento de este trabajo), de conformidad con el marco jurídico para la paz diseñado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, como del desarrollo jurisprudencial del Derecho a la Paz, se disipan dudas de la discusión jurídica acerca del nuevo enfoque con el que habría que observar el Diseño de una Justicia Constitucional para la paz.

En primer lugar, debemos referirnos a un aspecto que se ha cultivado en los últimos decenios en la sociedad y en la cultura colombiana y que constituye uno de los fenómenos teóricos más problemáticos en el desarrollo del derecho penal y de la política criminal: el expansionismo y el derecho penal del enemigo (Villegas y Uprimmy, 2000). El primero hace alusión a una expansión de las normas jurídico-penales por razón de una nueva *consciencia colectiva* denominada *sociedad del riesgo* donde se produce una sensación generalizada de inseguridad en la sociedad y que promueven por ello la penalización, criminalización con consecuencias de prisión de cualquier tipo de conductas que podrían solucionarse bajo la protección de otras ramas o recurriendo a otra dogmática del derecho. Dicha expansión ha generado un derecho penal simbólico que tiene el “*único propósito de acallar la opinión pública o crear en ella una sensación de seguridad a partir de la idea de que el Estado hace algo para combatir la criminalidad*” (Grosso García, 2007).

Es imprescindible recabar el papel de la sociedad en la construcción del cambio de paradigma y en la adopción de una lógica donde en la balanza pese más el criterio humanitario con el que se asume la justicia en el marco de un proceso de paz, concepción que los medios de comunicación ayudan a manipular y a desdibujar, generando en la población importantes rasgos comunes, enviando mensajes en contra primero de las negociaciones, después contra los procesos y por último en contra de los Acuerdos, tildándolas de pretensiones de una paz con impunidad llevando el mensaje de desinformación a la opinión pública y de desesperanza, argumentando

el mito de que sin cárcel no hay justicia, sustentando la idea de que el único castigo redentor de conductas es la pena y la prisión, discusión ya superada en la lógica de los procesos de paz como vimos en Paul Ricoeur y la construcción y deconstrucción del mito de la pena.

En segundo término, el derecho penal del enemigo explica el desarrollo que ha tenido dicho debate en la actualidad, que en palabras de Manuel Grosso consiste en: *“Adoptar estrategias propias de la regulación de relaciones de conflicto entre enemigos, dividiendo la sociedad en buenos y malos, a partir de la imposición de obligaciones morales y deberes policiales al ciudadano” en resumidas cuentas “dividir la población entre quienes están con ellos y quienes están contra ellos, premiando a los primeros y persiguiendo a los segundos”*. (Grosso García, 2007)

Lo anterior explica por qué en el desarrollo del proceso de paz se cuestiona la impunidad únicamente (o la mayoría de tiempo) a los grupos al margen de la ley, y no a la responsabilidad de los actores estatales y la poca trascendencia que tuvieron la serie de masacres que, de igual manera que los grupos insurgentes constituyen delitos de lesa humanidad.

Es necesario comprender que, frente al Acuerdo de Paz, los conceptos y nociones de justicia que se aplicarán serán los del Marco de la Jurídico de la Paz, su fuente adicional a los emitidos del Consejo de Seguridad de la O.N.U., también lo es el Acto Legislativo 01 de 2012, y el Desarrollo Jurisprudencial del Derecho a la Paz proveniente de las sentencias de la H. Corte Constitucional. Así las cosas la Justicia transicional, se encuentra presente en los cambios históricos imperantes en una sociedad determinada con el ánimo de resolver, mediante las instituciones jurídicas, las fuertes tensiones entre el anhelo de paz como uno de los fines del Estado, frente al valor de la Justicia como un requisito de legitimación del poder Estatal, se presenta también como fórmula de resolver los conflictos que surgen de la reincorporación de la paz y de los crímenes cometidos en desarrollo del conflicto; en este sentido Rettberg sostiene que la justicia transicional busca: *“Aclarar la identidad y los destinos de las víctimas y los victimarios, establecer los hechos relacionados con las violaciones de derechos humanos en situaciones de conflicto armado y diseñar las formas con las que una sociedad abordara los crímenes perpetrados y las necesidades de reparación”* (Rettberg, 2005). Es dentro de este marco

jurídico que debe entenderse la justicia restaurativa o retributiva que a continuación se exponen.

La justicia retributiva consiste en retribuir por parte del delincuente el daño causado a la víctima mediante la imposición de una pena o castigo; sin embargo, no hay que malinterpretar esta definición dada cuando se refiere al daño ocasionado a la víctima, pues en esta concepción de justicia, la relación jurídica versa entre el Estado como el órgano con la facultad de perseguir la comisión de conductas punibles y el delincuente como infractor a la ley penal, que lo hace merecedor de una pena. En dicha relación jurídica la víctima no tienen ningún papel y por ende la víctima no puede participar en el proceso penal, en este sentido es esclarecedora la definición de *Esperanza Najar* que dibuja el esquema hegeliano, al mejor estilo de Jakobs, de la infracción al ordenamiento jurídico: “*la concepción de la justicia retributiva ve el delito como la negación de la norma penal del estado frente a lo cual es necesario restablecer el orden jurídico quebrantado; si el delito es la negación de la norma, la pena será la negación de la negación de la norma*” (Najar, 2009).

Para concluir este *Tercer Elemento: Justicia Retributiva O Justicia Restaurativa*, es importante resaltar dos aspectos: (i) Que en esta concepción de justicia se produce una estigmatización al delincuente y que su reclusión, en un centro penitenciario, no tiene por objeto la resocialización o la reincorporación del delincuente, sino que se atiene a la consecuencia por haber infringido la norma jurídico penal, pero no fomenta espacios para la inclusión del delincuente. (ii) Debido a que la víctima no tiene un papel preponderante y ni siquiera necesario en esta justicia, no se generan medidas de reparación del daño por parte del delincuente y mucho menos escenarios de perdón ni reconciliación, por ende, no se produce una confrontación entre víctima y victimario para establecer la verdad y generar el perdón.

En contraste, surge la justicia restaurativa como una concepción de justicia alternativa que tiene su eje primordial en el daño y sus consecuencias y no en la infracción a la norma penal como sucede con la justicia retributiva, en este sentido, la víctima cobra un papel preponderante así lo define *Esperanza Najar* cuando sostiene que: “*la justicia restaurativa concibe el delito como una acción que va en detrimento de intereses jurídicos tutelados y que produce unos resultados negativos para la sociedad y por ende lo que*

persigue es superar el conflicto y reparar el daño, es decir restablecer el tejido social afectado por la acción delictiva” (Najar, 2009).

Esta noción de justicia restaurativa tiene como característica principal la búsqueda de la reparación donde las partes directamente afectadas, víctima y victimario, a través de procedimiento legales indagan por la búsqueda de la verdad y la reconciliación; se busca entonces, resolver de manera conjunta el delito y las garantías necesarias para que las consecuencias derivadas del hecho punible no vuelvan a repetirse en ningún escenario, esto es su rasgo más preponderante, con el cambio dogmático en la concepción del tipo de justicia se busca la reconciliación de las partes enfrentadas víctimas y victimarios como forma de garantizar la no repetición de estas causas fundantes del conflicto, al tiempo que se busca sanar heridas del corazón y de la mente.

MECANISMOS ALTERNATIVOS DEL CASTIGO Y LA PENA. VARIAS FORMAS DE CASTIGAR. CAMBIO DE PARADIGMA FRENTE A LA JUSTICIA PENAL, DEL CASTIGO Y LA PENA

Pero nos surge otra pregunta ¿si la cárcel y el castigo no son la solución, entonces cuál es? La justicia restaurativa observa diferentes maneras de sancionar al agresor, de esta forma surgen sanciones como la restitución, el servicio a la comunidad y la reparación a la víctima esta última con sus diversas modalidades: (i) la reparación individual, que contiene una indemnización a la víctima y una condena del agresor; (ii) la reparación colectiva, la cual se orienta a la reconstrucción psicosocial de las poblaciones afectadas por la violencia y a las víctimas de hechos sufridos con violencia sistemática; (iii) reparaciones simbólicas entendidas como las prestaciones realizadas a favor de las víctimas o de las comunidades que busquen la preservación de la memoria histórica; (iv) la reparación material respecto al daño ocasionado y la reparación integral que comprende la serie de medidas de restitución, indemnización, satisfacción y garantías de no repetición.

Por tanto, surge para Colombia un desafío para la manera tradicional de observar el eficientismo punitivo y a las políticas criminales desde la óptica de la justicia retributiva, en cuanto lo que nos corresponde como nación es cambiar el paradigma frente a la justicia penal cuando se está en curso un proceso de paz. La misma lógica de la justicia tradicional

no sirve, no soluciona en términos humanitarios el conflicto ni aporta elementos para su finalización.

Las preguntas que nos corresponde hacernos son: (i) ¿Por qué no cambiar el paradigma cultural de la guerra por una cultura de reconciliación y de la Paz donde los ciudadanos del expansionismo y el derecho penal del enemigo que encuentran la protección en la cárcel? ¿Porque no identificamos una justicia constitucional con base en la restauración y la reparación integral de las víctimas del conflicto?

TERCER ELEMENTO: DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA PAZ: MITOS Y LEYENDA SOBRE LA PAZ Y LA GUERRA

En relación al Derecho Constitucional a la Paz, resulta pertinente aclarar que como tal este derecho emana de los principios que fundan el Estado Social y de Derecho y de los fines esenciales del Estado Colombiano expresados en el artículo 2 de la Constitución Política cuando señala: *Son fines esenciales del Estado: (...) asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.* (Constitución política, 1991).

Más adelante cuando se describe el decálogo de los Derechos Fundamentales, en su artículo 22°, se enuncia: *La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.* (Constitución Política, 1991)

En virtud de lo anterior, ha sido a través de la evolución y desarrollo de la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional Colombiana, como se ha conformado un sistema normativo (Uprimmy Yepes y Guiza Gómez, 2016) que debe analizarse en su conjunto para interpretar de forma integrada y no de manera aislada las fuentes de este denominado *Marco Jurídico de la Paz*, al cual se le han adicionado a la Jurisprudencia Constitucional el Acto Legislativo 01 del 31 de julio de 2012, *por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política*, por el cual se crean dos artículos transitorios (66 y 67) de la Constitución, y el Acto Legislativo 01 del 7 de julio de 2016, *por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, de cuyo conjunto normativo provienen los actuales conceptos de *justicia transicional*, *justicia restaurativa*, y se ha definido la ecuación

tripartita de: *verdad, justicia y reparación* como pilares de los derechos de las víctimas, así como también las reflexiones sobre los retos hacia el posconflicto.

(i) De las facultades del Ejecutivo y cómo las zonas de distensión y de despeje, no implican entregas de la soberanía

Desde la década del año 2000 se han presentado cuestionamientos entorno a las facultades concedidas al Presidente de la República para negociar acuerdos de paz y conceder las denominadas Zonas de Distensión y de ese aspecto nos ocuparemos en este primer aparte.

En la sentencia C-048/01 Referencia: expediente D-3058, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8 (parcial) de la Ley 418 de 1997, siendo actor: Lincoln Castilla Báez, y Magistrado Ponente el Dr. Eduardo Montealegre Lynett en sentencia del veinticuatro (24) de enero de dos mil uno (2001), el reproche constitucional estuvo encaminado a través de la demanda de inexecuibilidad en contra de las disposiciones que facultaban al Presidente para negociar un acuerdo de paz y disponer el retiro de fuerzas militares en las zonas que serían despejadas del monopolio de la fuerza pública en cabeza del Estado, para que un grupo armado al margen de la Ley estuviera concentrado, y con el cual se adelantaban gestiones para el desarme y su posterior desmovilización. En dicha sentencia se analizó como el Presidente de la República de su momento, en virtud de las atribuciones Constitucionales podría asumir las facultades para que en desarrollo de los fines del Estado desempeñara labores de negociación con dichos grupos para procurar la paz nacional. De igual modo se precisó en la sentencia que retirar las tropas del Ejército Nacional en las llamadas Zonas de Distensión, no constituía una entrega del país a la amenaza terrorista, ni mucho menos se trataba de concesiones del elemento esencial del Estado, como lo es la soberanía.

En cuanto a las correspondientes suspensiones a las órdenes de captura, la Corte Constitucional resolvió el problema jurídico señalando que se trataba de una pausa o congelamiento de la responsabilidad penal y no así una admistia o indulto, en aras de contribuir y aportar elementos estatales para la consecución de un fin superior o un valor mayor como lo es la consecución de la paz. De tal forma que la tensión propuesta fue desatada en el sentido de resolver que las suspensiones a las órdenes de captura era una medida excepcional y temporal. Vale agregar que la negociación de un proceso de paz solo es posible, entre sujetos con carácter político, como

punto de partida, recalcando que sería un instrumento eficaz para buscar la finalización del conflicto interno armado, razones suficientes para declarar exequible la norma atacada.

(ii) *¿La aplicación de la Justicia transicional vulnera o no, las normas del Derecho Internacional, la Carta de la Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos?*

Existen algunas voces que ante las negociaciones del proceso de paz y en oposición a todo acuerdo y forma de transformación de la sociedad con el desmantelamiento del conflicto armado, sostienen que se trata de la formalización del reino de la impunidad, estas voces desconocen la lectura histórica de las guerras y los conflictos internos armados en el mundo que han terminado con acuerdos de paz donde la prisión no es el factor determinante que otorga legitimidad al acuerdo.

En la consecución o acercamiento de una concordia y en la búsqueda de la paz y la política social, necesariamente se debe ceder ante los valores de la Justicia tradicional relacionada con el procesamiento de las acciones penales frente a los actores armados de todos los sectores, no solo para los grupos armados al margen de la ley, sean guerrilleros o paramilitares o agentes del Estado, como es lo usual que ocurra en las naciones y Estados que han enfrentado conflictos internos armados y donde la sociedad asume los costos institucionales incluidos los costos jurídicos, para a partir del consenso social renovar el tejido social, a través de un Acuerdo de Paz.

Los elementos y herramientas con que cuenta la Justicia Transicional están expuestos en la sentencia C-771 de 2011, que resolvió el estudio de inconstitucionalidad de la Ley 1424 de 2010, (arts. 1, 4, 6, y 7 parciales) donde se desarrollan las razones por las cuales resultan ajustadas a la Constitución y a derecho, se ocupa del análisis de los presupuestos de la trilogía de los valores *justicia, verdad y reparación*, a las víctimas. Así mismo otro elemento de la justicia transicional que genera especial malestar en sus opositores son los beneficios jurídicos concedidos a los ex milicianos de los grupos armados ilegales.

Lo anterior desde una visión tradicionalista y ordinaria de justicia, no es comprensible, pero en el entendido de que los desmovilizados no han sido capturados en el marco de un proceso penal ni bajo el esquema de justicia ordinaria, sino a través de otro tipo de justicia la cual con ocasión de los

diálogos para los acuerdos de paz, se someten a la justicia transicional creada como diseño para la finalización del conflicto, luego entonces no se pueden derivar las mismas consecuencias jurídicas de una justicia diseñada por las partes para solucionar el conflicto armado frente a las consecuencias de una justicia tradicional ordinaria que se inicia con las capturas y continúan con las etapas formales del proceso penal.

La finalidad de la búsqueda de un paz social, incluye el compromiso para los Gobiernos y para el Estado de diseñar, crear, planificar nuevas políticas sociales, de donde la Corte Constitucional a través de ésta sentencia analizó que la adopción de los procedimientos de una justicia transicional resulta válida para el marco Constitucional Colombiano, toda vez que constituye un mecanismo avalado por el Derecho Internacional lo mismo que las instituciones de comisiones de la verdad, y los derechos de las víctimas (a la verdad, a la justicia y a la reparación). Otros derechos de las víctimas que se derivan del Acuerdos de la Habana, se refieren a los relatados por el profesor Marco Romero de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional que en reciente artículo (Romero, 2016) describe que en cuanto a las víctimas el Acuerdo contempla:

“1) Planes de retorno para las víctimas en el exterior y los desplazados internos, basados en principios de dignidad, seguridad, voluntariedad y sostenibilidad. Es previsible un alto índice de retornos, dados los incentivos de la paz territorial, lo cual demanda soluciones duraderas rurales y urbanas y concertación de medidas de regularización migratoria para los refugiados que no quieran regresar.

2) Además de la restitución de tierras, las víctimas de desplazamiento que decidan retornar y tengan vocación productiva tendrán acceso preferencial al fondo de tierras, al programa de formalización y a los sistemas de subsidio, asunto decisivo si se considera que muchos desplazados carecen de propiedad formal o real de tierras.

3) Las víctimas tendrán prioridad en las circunscripciones electorales de carácter transitorio en 16 territorios afectados por la violencia.

4) Los programas de la paz territorial tendrán en cuenta los índices de victimización, a fin de favorecer las poblaciones y territorios más afectados.

5) Fortalecer los planes de reparación colectiva a partidos y movimientos sociales, pueblos étnicos, organizaciones sociales, iniciativas de mujeres,

gremios económicos y demás colectivos afectados por el conflicto, a fin de reparar daños, reconstruir sus capacidades y su lugar en el sistema democrático.

6) Un proceso participativo de reforma de la institucionalidad y la normatividad vigente para la atención y reparación de las víctimas para adecuarla a las necesidades, la temporalidad y las oportunidades que ofrece el proceso de paz.

7) Reconocer los derechos especiales de las mujeres víctimas, los jóvenes y niños, los grupos LGBTI, los pueblos indígenas y afrodescendientes, etc., para reparar los daños con medidas diferenciadas“.

Pero no todo el tiempo fue así, un primer obstáculo que experimentaron las víctimas de la violencia, como anotan los Doctores e Investigadores Rodolfo Torregrosa Jiménez y Norhys Torregrosa Jiménez, fue la falta de reconocimiento de la condición de conflicto armado interno y de los sucesos de la violencia acaecidos por parte del estado colombiano, puesto que con ello se evitó durante mucho tiempo la reparación integral de las víctimas. (Torregrosa Jiménez y Torregrosa Jiménez, 2012).

Principal problema del conflicto armado está en la falta de reconocimiento del Estado por los hechos de la violencia vividos, evitando de esta manera la reparación integral a las víctimas.

(iii) ¿De qué hablamos, cuando hablamos de Justicia Transicional? ¿La Justicia Transicional premia con impunidad a los actores del conflicto armado? La reconciliación social implica también un cambio de paradigma a través de la cultura política democrática. Relación conceptual entre Marco Jurídico para la Paz y Justicia Transicional. Sistema de fuentes.

Para entender y dimensionar el cambio cuántico que en los tiempos actuales y especial durante la última década ha tenido nuestro ordenamiento jurídico y el sistema de derecho penal, es necesario acudir al sistema de fuentes (Actos Legislativos; Jurisprudencias de la Corte Constitucional y el texto del Acuerdo Final) de donde emanan los conceptos de Justicia Transicional entre otros, y es pertinente entender cómo dicha categoría no es una construcción reciente ni un invento del actual gobierno Colombiano.

Cuando hablamos de justicia transicional, hablamos de la fórmula de creación del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, anterior Sociedad de Naciones para la terminación de la primera

guerra mundial, donde a través del clausulado del tratado de Versalles, se logró abordar con sentido humanitario la tensión entre los valores de *Justicia* y las aspiraciones de la Paz. Por ente, lo que se busca con estos mecanismos es conciliar las grandes tensiones del derecho (justicia) y la convivencia (paz) que se ven deterioradas en las naciones con largos procesos de conflictos internos armados, de donde resulta que son los diseños como los de la Justicia Especial para la Paz, la jurisdicción especial para la paz los medios donde a través de la negociación (Acuerdo Final) busca lograr la *difícil armonización entre los imperativos de la justicia y las necesidades de una salida negociada al conflicto* (Uprimmy Yepes, 2015).

Hablar de justicia transicional es hablar del mecanismo transitorio y excepcional de justicia, que en Colombia se aplica desde el año 2005 en virtud de un proceso de *Justicia y Paz* con las Autodefensas Unidas de Colombia –grupos paramilitares– durante el gobierno de Álvaro Uribe Vélez. La justificación de este mecanismo es la necesidad de poner fin a las hostilidades, razones humanitarias que impulsan ese grito de cambio, razones para la transformación de la sociedad victimizada por el constante estado de vulneración de derechos. Esa transformación es posible a partir del cumplimiento de los objetivos de: i) el reconocimiento de las víctimas, y sus derechos contenidos en la posibilidad de obtener la trilogía que conforma sus derechos a la: verdad, justicia y reparación. ii) Ratificación de normas vulneradas en el antiguo conflicto armado. iii) La reconciliación social y la democratización política, económica y productiva, lo cual implica la superación de profundas heridas sociales, desigualdades y diferencias enquistadas en la sociedad.

INTERPRETANDO EL MITO DE LA PENA DE PAUL RICOEUR. CONSTRUCCIÓN DEL MITO

La reconciliación social implica también un cambio de paradigma a través de la cultura política democrática. El cambio que algunos no quieren dar a favor del criterio humanitario con que se resolvería una consulta y ratificación por parte de los ciudadanos del Acuerdos de paz, se basa en la exigencia de un castigo, como segundo elemento de la definición de *pena* del cual habla Ricoeur.

En la idea de construcción del mito, a partir de la argumentación y hermenéutica de Ricoeur, concurren los elementos de construcción y del

análisis del mito (Ricoeur, 2003) por ejemplo, se presenta una división proveniente de un enfoque desde lo sagrado donde la concepción de la pena, hace ver al Derecho inherente a la Religión, por lo que por medio de la pena se busca la anulación, donde según el autor es *la expiación* el instrumento para la anulación, pero donde paradójicamente residen juntos el mito y la razón. Bajo ésta concepción el mito no se representa como un relato, una narración o una fábula, sino que se constituye en una Ley.

El mito resulta fundado a partir de relatos de la creación, por ejemplo, el mito de que el castigo borra la impureza, en otros el castigo borra las culpas conciliando y regocijando el alma, es el mismo mito que la única pena para los actores armados, al margen de ley, es la pena de prisión. En consecuencias solo hasta que podamos iniciar profundos cambios en la cultura política y en la producción democrática del país, se afianzan y solidifican las intenciones de los Acuerdos.

El mito de la pena es ya un misterio, un mito de culto, que tiene la propiedad de desentrañar y develar la ley fundante de la idea de los escritos y declaraciones, de forma que las lógicas en Ricoeur, son choques y encuentros de lógicas de fuerzas que conforman el mito: “*una fuerza de impureza queda anulada por una fuerza de purificación*” integrando el mito y la pena una construcción mito-lógica compuesta también por la mitología y la racionalidad.

La indudable influencia de la religión en las interpretaciones sobre las incidencias del derecho penal en el *Acuerdo final para la Terminación del Conflicto*, casi siempre es asociado a la relación entre lo sagrado con lo jurídico, en una concurrencia cíclica, donde siguiendo a Ricoeur lo sagrado sacraliza lo jurídico y lo jurídico judicializa lo sagrado, hasta concurrir en una teología penal, relacionada con el cristianismo y la cristología, donde el autor para terminar de construir el concepto del mito e iniciar su argumentación hacia la deconstrucción, sostiene que en la cristología el verdadero mito no es el castigo sino el *Don*, o por lo menos la fuente de donde emana ese *Don*, entendiéndolo como su objetivo y justificación.

DECONSTRUYENDO EL MITO DE LA PRISIÓN COMO ÚNICO CASTIGO Y PENA

Pasando a la deconstrucción del mito de la pena, donde el único castigo es la prisión, hay que mencionar que el marco conceptual, óptica o enfoque

a partir del cual es válida la discusión, es al tenor de la dogmática del Marco Jurídico para la Paz y, de la elaboración y diseño de los espacios y límites de la Justicia Transicional resulta necesario desaprender y desmontar la lógica de la pena repensándola en términos de validez donde Ricoeur recurre a Hegel, para sustentar su teoría desde *“los principios de la filosofía del derecho”*, reconociendo que la justificación de la pena pertenece al derecho abstracto, y mientras la recusa en el giro argumentativo que conforma la deconstrucción del mito de la pena, devela la íntima relación existente entre las lógicas del crimen como acción y el castigo a la que se encuentra vinculada la misma relación entre el juez y el culpable.

Por lo anterior resulta acertado sostener que otras formas de la pena en el marco de un acuerdo de paz, son viables si con ello se busca la reconciliación social y del derecho mismo, atacando las causas y fenómenos fundantes del conflicto, en palabras de Hegel:

“la realidad del derecho no es otra que su necesidad reconciliándose consigo misma por la supresión de la violación del derecho”.

(iv) *¿La participación en política de los antiguos actores del conflicto armado, vulnera derechos de las víctimas?*

El artículo transitorio 67 se enmarca en el Acto Legislativo 01 de 2012, el cual establece las reglas previstas para el evento en que se realicen acuerdos de paz con grupos armados al margen de la ley que hagan parte del conflicto armado interno, las cuales serán aplicables una vez se haya cumplido la pena impuesta y se cumplan las demás condiciones establecidas en el inciso quinto del artículo transitorio 66 de la Constitución.

La Corte Constitucional (Sentencia C-577/2014) en este aspecto analizó los detalles de los instrumentos diseñados por la Ley en comento que, en el marco de la Justicia Transicional, regula los mecanismos y reglas para la participación en política de los actores del conflicto armado, dentro de los que se encuentran no solo los grupos al margen de la ley sino también los agentes del Estado que hayan intervenido en el ámbito del conflicto interno. Lo anterior sin menos cabo de las precisiones conceptuales respecto del carácter excepcional y transitorio de la Justicia Transicional, y los límites a dicha participación.

Dentro de las reglas previstas en el acto legislativo dirigidas al proceso de participación en política para los antiguos actores del conflicto armado,

una vez se haya promovido un proceso de negociación dirigido a alcanzar la paz, garantizando a dichos actores que al momento de regresar a la vida civil el ejercicio de su derecho a elegir y ser elegido, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política, promoviendo con ello la inclusión a la sociedad de forma integral, resulta imperativo que el Estado en cumplimiento de sus funciones exija un mínimo de compromiso y no se pierdan de vista como tales los requisitos de:

- No tener condenas penales pendientes
- La dejación de las armas
- El reconocimiento de responsabilidad;
- La contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación de las víctimas;
- La liberación de los secuestrados y
- La desvinculación de los menores de edad reclutados que se encontraran en poder del grupo armado que se desmoviliza.

Una vez se dé cumplimiento a lo anteriormente expuesto, y las condiciones sean verificadas por las autoridades previstas para tal fin, es claro que en el marco de la Justicia Transicional tendrán la posibilidad de participación en política actores del conflicto donde podrán estar también agentes del estado, por lo que no es cierto que estos mecanismos son una entrega del país sino el medio de buscar la reconciliación de actores y víctimas con lo que no se lesionan los derechos de las víctimas del conflicto armado.

Desde la dogmática de las herramientas diseñadas por los organismos internacionales para restablecer la Paz en las naciones y estados que viven en situación de conflicto interno armado, lo primordial en un proceso de paz no es solo satisfacer la necesidad de justicia de las víctimas, sino también, la reconciliación y reinserción con las garantías que conlleva la vida civil a los desmovilizados, y entre otros los derechos de acceso a los mecanismos de participación en política y un ejercicio de democracia libre de obstáculos, por lo que tampoco es cierto que lo dispuesto en estas negociaciones sean una inventiva de este gobierno sino que la fuente emana de los diseños de las Organización de las Naciones Unidas para solucionar conflictos con carácter humanitario en el mundo.

CUARTO ELEMENTO: UNA MEMORIA PARA CONDENAR O UN OLVIDO PARA PERDONAR. ¿Y LA MEMORIA PARA QUÉ?

La memoria como se ha sido evidenciando con antelación reclama un papel primordial y fundamental en el desarrollo del posconflicto, surge como un instrumento idóneo para la construcción del proceso de verdad y la justicia para llegar al perdón por parte de las víctimas a los actores del conflicto; consecuencia de ello surgen dos posturas totalmente opuestas construidas para resolver el siguiente interrogante: ¿es necesario olvidar para eliminar todo tipo de rencores, odios y antagonismos? o ¿se requiere de la memoria para tener un conocimiento de los hechos acaecidos y por ende se complementen las garantías de no repetición a través del recuerdo? En palabras de David Reiff el debate versa sobre si la memoria es una “bufanda de seda o una soga” (Rieff, 2014), es decir si la memoria sirve como cauce para la solución eficaz de un proceso de paz o si por el contrario está condenada a ser el mito mediante el cual se alimentan facciones sentimentales y emotivas del hombre como el odio y la ira que hagan imposible desenvolver un antagonismo presente.

David Rieff, fiel defensor del primer postulado plantea como tesis principal que la memoria debe analizarse desde un punto de vista utilitarista, es decir, determinar qué beneficios tendría acoger la memoria como protagonista en la paz, en términos de Jeremías Bentham (Rivera-Sotelo, 2011, p. 30) que maximización de la felicidad traería mantener la perduración del recuerdo de la memoria en un contexto socio-bélico marcado por la violencia continua, posterior a ese análisis se encuentra que en términos de justicia transicional siempre ha sido necesario un olvido así sea momentáneo como el sucedido en Chile en la era Pinochet⁴ o en España luego de la guerra civil donde se buscó una ley de olvido (Ley de amnistía 46/1997 promulgada el 15 de octubre de 1977); por el contrario donde se percibía la memoria como presupuesto fundamental y arraigado a la sociedad identitaria de cada Estado se han producido profundos conflictos socio políticos como es el caso de Irlanda (capítulo 1), Israel y Palestina que datan sus conflictos desde 1453 desde la

⁴ Se refiere al periodo inmediato al ser vencido en el plebiscito donde al ser comandante en jefe del ejército se promulga la Ley de Amnistía, a través de la cual se podía amnistiar inmediatamente a cualquier militar acusado de violaciones de los derechos humanos por hechos ocurridos entre 1973 y 1978.

caída de Constantinopla, en estos casos la memoria no ha aportado a la paz ni a la justicia, sino que por el contrario ha generado un obstáculo y un fundamento a la continuación imperturbable del conflicto. Es por ello que Héctor Abad Falcíolince de manera pertinente para sintetizar de manera magistral al anterior autor cita a Lope de Vega: “ya no quiero memoria, sino olvido”.

En este orden de ideas, Rieff establece tres suposiciones fundamentales para la construcción de su teoría, en primer lugar, afirma que no es cierto que la memoria brinde medidas para la garantía de no repetición, pues los últimos conflictos han tenido como referentes guerras, masacres y conflictos a gran escala como la Shoah⁵ u holocausto judío de la Segunda Guerra Mundial; la guerra de Ruanda, entre otros y no por ello, dejaron de surgir conflictos en todo el ámbito internacional.

En segundo lugar, Rieff considera que la memoria colectiva es una ficción la cual ha servido siempre intereses políticos e ideológicos, es un mito y artefacto de la política que ha generado, una vez más, profundos conflictos y beligerancias sustentando en lo anterior que la memoria colectiva tuvo su mayor auge en la Alemania nazi o la Rusia soviética de Stalin. En este sentido, expresa que la única manera posible de generarse una memoria colectiva totalizadora de un mismo grupo es la dominación o la victoria absoluta de una parte, pues de lo contrario se da una coexistencia de memorias de todos los sectores afectados lo que producirá más violencia.

En tercer lugar, la memoria no significa no conocer ni recordar nada en absoluto, la historia y la verdad constituyen aspectos fundamentales en los procesos de paz como medida de reparación integral a las víctimas y teniendo como centro de interés una justicia restaurativa es un aspecto fundamental, la memoria supone una deformación de la historia la cual deja de ser crítica para convertirse en “binaria” divididos entre buenos y malos donde se subjetiviza la realidad y se genera todo tipo de odios y resentimientos.

Teniendo en cuenta lo anterior, las tesis de dicho autor resultan interesantes cuando se contrastan con posturas radicalmente opuestas a estas como la de Gonzalo Sánchez Gómez o la de Héctor Abad Falcíolince, este último quien considera que la memoria en si es necesaria para que el país llegue a un progreso en todos los sectores de la sociedad (Abad Falcíolince, 2014).

⁵ Término hebreo para referirse al holocausto judío.

Este postulado se fundamenta en algo básicamente claro y determinable: olvidar el pasado y construir un futuro mejor. Busca de igual forma la construcción de la paz y el otorgamiento del perdón pero dejando fuera del escenario la memoria como instrumento eficaz, debe dejarse los conflictos sobre el pasado y en este sentido la posibilidad de la paz en un futuro será mucho más probable, paradójicamente, uno de los máximos exponentes del existencialismo es quien mejor logra desenvolver el planteamiento que Rieff argumenta, al expresar: “*lo importante no es lo que han hecho de nosotros, sino lo que nosotros hacemos con lo que han hecho de nosotros*”.

En la construcción de la memoria con fines de conocer lo que ha pasado y otorgar un perdón para olvidad, existe el vértigo de la cuestión de si estaremos erigiendo con la creación de la memoria, un obelisco al resentimiento que nos haga presa del pasado, arrinconándonos en el laberinto del no perdón atándonos al pasado y a un resentimiento del cual solo emana la vida de la frustración, la amargura, una eterna insatisfacción. Es el dilema, si es mejor olvidar y perdonar para liberar el corazón. La fuerza más poderosa es el perdón, decía Mandela, quien estuvo preso por veintisiete (27) años.

Los relatos históricos son habitados por fantasmas, fantasmas que en el profesor Valencia también buscan a quienes los reclaman y por abismos hechos con diferentes dimensiones no se encuentran nunca, como el *indecible espectro quiere exorcizarse*, en unas páginas de donde *regímenes narrativos de la historiografía, ...un conjunto abierto de alusiones inacabadas...* (Valencia Villamizar, 2016) que en determinado momento puede ser el sentirse en el espacio de la realidad pero que se está contando desde otra para-realidad llena de convulsiones de interpretación, es cuando uno siente que la vida misma y cada instante como el ahora, se está leyendo algo que precisamente pudo haber sido uno mismo quien lo escribiera, mejorado o simplemente cambiado.

En las ideas de la Paz mundial a través de los procesos de justicia en naciones con conflicto armado, ocurre que una esencia de barbarie que habita a las naciones a través de sus guerras por lo que el cambio de paradigma, implica el reconocer en el perdón un cambio de mentalidad conforme lo expuesto por el profesor Bernd Marquardt, *una nueva mentalidad pos heroica*. Teniendo en cuenta la *des-imperialización y las contra-tendencias actuales por el neo-belicismo preventivo y humanitario* en su ensayo *Hacia la paz eterna en la tierra de la sociedad pos heroica* (Marquardt, 2013).

Entre los teóricos del proceso de Paz en Colombia algunos se van por la vía de reconocer que teniendo en cuenta que lo que se proyecta es una paz no perfecta, lo que contribuye un cambio de paradigma de paz, donde el objetivo está definido y determinado por la necesidad de encontrarle una salida negociada al conflicto y en términos humanitarios justificar la Jurisdicción Especial para la Paz.

QUINTO ELEMENTO: LA CULTURA DE LA PAZ HACIA UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En este artículo buscamos de forma imperiosa y urgente mitigar la herida que desangra a la sociedad colombiana, herida que año tras año cual hemorragia interna va acabando con las instituciones estatales, corroyendo la administración política y perforando hasta la teoría jurídica; en el mismo modo que un cáncer destruye por dentro sin previo aviso y con ataques severos y mordaces, acabando con las mínimas aspiraciones ciudadanas e infortunadamente hasta con la identidad como nación, es deber de la sociedad colombiana como médicos especialistas en conflictos sanar la deformación cultural de Colombia.

Partiendo de lo anterior, la situación se refleja en lo afirmado por el ensayista e historiador Colombiano William Ospina quien se refiere al tema cuando sostiene que: “el principal mal de Colombia es de índole cultural. No tenemos una cultura, una cultura que nos agrupe a todos en una memoria común, en una sensibilidad común, en un proyecto compartido, en un sueño nacional”.

Esta problemática sugiere dos interrogantes: (i)¿Qué relación tiene la cultura como fenómeno social en el campo jurídico y en particular con la Constitución Política? y (ii)¿Qué puede aportar la cultura a la construcción de la paz en la etapa del posconflicto?

Para resolver el primer interrogante nos apoyaremos en los campos de la filosofía del derecho en las tesis de Gustav Radbruch donde este autor alemán establece la estructura cultural como elemento primordial y fundamental para el concepto de derecho (Radbruch, 1951) siéndole imposible separar de su definición el elemento “estético” de lo jurídico, así pues, se observa el derecho como ciencia cultural: “El Derecho puede ser considerado como

un factor real de la cultura, como un suceso de la vida social (...) El derecho es un fenómeno cultural, es decir, un hecho relacionado a un valor”.

La sociedad y el derecho constituyen una alianza inseparable en la que la segunda regula la primera, y es evidente que toda sociedad tiene en su núcleo una cultura construida que ha permitido su cohesión, por ende, es uno de los baluartes a la hora de resolver conflictos sociales.

Ahora bien, articulando el concepto de derecho y su íntima relación con la cultura al derecho constitucional es necesario referirnos a la postura del doctor Peter Häberle y a lo emitido por la Corte Constitucional como máximo órgano y salvaguarda del derecho constitucional.

En primer lugar, el autor en cita ha hecho referencia, desde hace más de 40 años, en su estudio doctoral de derecho constitucional a que la teoría del derecho constitucional es un producto cultural. Afirma: “La Constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas”.

En el mismo orden de ideas se refiere la Corte Constitucional en pronunciamiento respecto al concepto “cultural” definiéndolo como: “Conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano, [esto es], el sistema de valores que caracteriza a una colectividad”.

De igual manera se refiere el Estatuto Superior de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales manifestando la necesidad y el deber estatal de proteger y promover las expresiones, manifestaciones y el desarrollo cultural de los integrantes de la comunidad.

Aclaradas las dudas de la relación entre cultura y derecho, es preciso referirnos al segundo interrogante respecto a de que forma la cultura tiene la capacidad de brindarle herramientas a la construcción de La Paz en la etapa del posconflicto.

Debemos comprender que es gracias a la cultura, que un proceso de posconflicto puede llegar a un buen y eficaz término o por el contrario ralentiza por momentos la agobiante violencia sin llegar a erradicarla, así pues, la cultura de la violencia ha hecho estragos en los países que buscaban

una solución al conflicto, mientras que la cultura de la reconciliación, de la memoria y de la paz han construido respuestas al caos y a la desinstitucionalización, pero ¿por qué algo que siempre se ve en un plano secundario puede llegar a solucionar una problemática tan primordial? Para responder este cuestionamiento, debemos indicar que la cultura no está aislada de la sociedad, por el contrario, está enraizada en ella, es la expresión más verosímil de sus integrantes, la manifestación de sus necesidades, de sus deseos, de su identidad y es la única capaz de generar la cohesión social que tan álgido tema aclama.

En este sentido, la escena cultural surge como una respuesta y ambiente propicio al posconflicto y como compromiso con la memoria en tres elementos: (i) reconstrucción de la memoria a través de las expresiones culturales, (ii) el lenguaje como construcción cultural y (iii) realización de un sentimiento de nación y de identidad.

El primer elemento del aporte cultural, la reconstrucción de la memoria a través de las expresiones culturales, a pesar de resultar obvio se ha dejado en muchas ocasiones de lado y no se le ha otorgado la importancia que este reviste. Es a través de las muestras culturales y a partir de las manifestaciones artísticas que se puede llegar a conocer el porqué, el cuándo, el dónde del desarrollo cuasi absoluto del conflicto interno armado. Es por la literatura que se entendió la génesis y la compleja naturaleza del conflicto, expuestas por Arturo Alape en *La bola del monte* y *El diario de un guerrillero* (Alape, 1973). La degradación de la composición de las guerrillas y el problema periférico de la violencia en Colombia los recrea Evelio José Rosero con su obra ganadora del premio Tusquets, *Los Ejércitos* (Rosero, 2007) asimismo Héctor Abad Falciolince con *El olvido que seremos* (Falciolince, 2006) y Alfredo Molano escritor que dedicó su obra literaria al estudio de las FARC desde Los bombardeos del pato hasta *A lomo de mula* (Molano, 2016).

Cómo sería el conocimiento del conflicto que assolaba a Colombia sin la narrativa impoluta de dichos escritos, hasta qué punto habría llegado el conocimiento real de la problemática en un país caracterizado por la desconexión entre lo rural y lo urbano, entre el centro y la periferia. Qué habría sucedido si Fernando Botero no hubiera interiorizado la guerra y no hubiera expuesto la colección “la violencia”, retrato desgarrador de los miles de escenarios que los ciudadanos colombianos vivieron y que constituyeron el diario vivir de esos personajes. La memoria también se construyó con

filmes como *El potro Chusmero* (Sánchez, 1985); *Los colores de la montaña* (Arbeláez, 2011); *Cóndores no entierran todos los días* (Norden, 1984) entre otros esfuerzos narrativos visuales.

Es necesario, entonces, asumir el compromiso cultural en la tarea que aún no termina y que resulta inexcusable para fomentar y motivar el emprendimiento de nuevos espacios en el escenario cultural, espacios que representan el sentimiento nacional y siguen fidedignamente el acontecer histórico.

El segundo elemento cultural es la construcción renovada del lenguaje, elemento significativo y que se torna como uno de los desafíos fundamentales para el manejo de medios de comunicación y de los grupos de interés, desde esta perspectiva la palabra tiene el poder para incidir en la transformación de imaginarios colectivos con discursos culturales que polarizan las relaciones sociales y favorecen la validación de confrontaciones de posturas violentas y subyugantes. El periodismo y la ciudadanía en si misma deben reorientar su visión y la manera del uso lingüístico, los medios se acostumbraron a narrar el conflicto como afirma Jácome “será difícil narrar la paz cuando no hemos hecho otra cosa que contar la guerra”.

El tercer elemento supone la consolidación de un sentimiento nacional y de una identidad común que sobrepase los marcos deportivos y se constituya como un proyecto nacional entiendo la cultura más allá del folclore y las músicas que nos habitan, más allá de la triste y vacía ciencia del espectáculo que llena los espacios al final de cada sesión de los noticieros, o más allá de las desmedidas tendencias del consumo por el consumo que sustenta el desenfreno de la ambición y la codicia y solo dejan el caos tras la frustración de no tenerlo todo lo que la publicidad indica.

La configuración de la identidad nacional, como lo expresa Benedict Anderson, se construye con base en un imaginario colectivo como resultado de un complejo proceso de creación e invención cultural y no, simplemente, como producto de una fabricación arbitraria o falsa impuesta por la publicidad, la globalización o la famosa y milenaria fórmula usada también como estrategia estatal de pan y circo, o, peor aún, por la imposición reglamentaria de esta convicción, es por esto que para la creación de ese imaginario colectivo en Colombia debemos entendernos entre todas las regiones y no de manera separada, distante y en constante rivalidad entre sí. Todo lo contrario, será a partir de la unidad como país, donde alcanzaremos a superar nuestro principal valor dualista de obstáculo y riqueza que es la

diversidad cultural colombiana para edificar un país que no es el rezago de las potencias hegemónicas, sino que nos constituíamos como la Cultura de las culturas del mundo.

CONCLUSIONES

El factor cultural es imprescindible al pensar en una justicia constitucional toda vez que la constitución representa la expresión cultural de un Estado y de su pueblo, de este modo, la única forma eficaz para aproximarse a la solución de los conflictos que afectan a la nación colombiana debe iniciarse bajo las herramientas culturales y jurídicas anteriormente propuestas.

Es necesario la aplicación de una justicia restaurativa que tenga como eje central la reparación a las víctimas y a la verdad de lo sucedido en el marco de la justicia transicional (necesaria para periodos de transformación social como el actual) y abandonar los conceptos de justicia retributiva, simbología del derecho penal y el “*derecho penal del enemigo*” que ha estado intrínsecamente cultivado en el imaginario colectivo colombiano.

Únicamente se va a poder pensar en una solución eficaz al posconflicto colombiano si se reconstruye la memoria a través de las diferentes expresiones culturales lo que significa un fortalecimiento del sentimiento de identidad como nación, fortalecimiento necesario para generar cohesión en el grupo social.

BIBLIOGRAFÍA

- Abad Falciolince, Héctor (2006). *El Olvido que seremos*. Colombia: Planeta.
- Alape, Arturo (1973). *Diario de un Guerrillero*. Colombia: Abejón Mono.
- Alfredo Sánchez, Luis (1985). *El potro Chusmero*. Colombia. http://www.proimagenescolombia.com/secciones/cine_colombiano/peliculas_colombianas/pelicula_plantilla.php?id_pelicula=1525
- Arbeláez Carlos, Cesar (2011). *Los colores de la Montaña*. Colombia. http://www.proimagenescolombia.com/secciones/cine_colombiano/peliculas_colombianas/pelicula_plantilla.php?id_pelicula=1893
- Bonilla, Antonio (1984). *No Mataras*. El Salvador
- Brodzinsky, Sibylla (2016). El perdón no debe ser hueco. *Semana*, 2.
- Camargo, Luis (2005). Encrucijadas Del Campo Psi jurídico. *Diálogos entre el Derecho y el Psicoanálisis*. Colombia. Letra Viva.

- Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (2007). *Reflexiones sobre la evolución del conflicto en Irlanda del Norte*. España: Ministerio de defensa.
- Colombia. Constitución Política de Colombia. Artículo 22°
- Colombia. Constitución Política de Colombia. Artículo 2°.
- Ford Coppola (1979). *Apocalypse Now*. EE.UU. <http://www.imdb.com/title/tt0078788/>
- Grosso García, Manuel Salvador (2007). *El Concepto del Delito en el Código Penal*. Bogotá. Colombia: Ibáñez.
- Grosso García, Manuel Salvador (2007). *El Concepto del Delito En El Código Penal*. Bogotá Colombia: Ibáñez.
- Instituto Universitario de Opinión Pública Universidad Centroamericana José Simeón, Cañas (1998). *La violencia en El Salvador en los años noventa. Magnitud, costos y factores posibilitadores*. San Salvador: Banco Interamericano de desarrollo.
- Jursich Duran, Mario (2016). “País es un sitio donde la gente puede y sabe convivir” *Entrevista a Martin Barbero*. Semana. 2.
- Lindholm (2015). *A War. Dinamarca*. <http://www.filmaffinity.com/es/film800692.html>
- Marquardt, Berndt. PhD. (2013). *Hacia la paz eterna en la tierra de la sociedad pos heroica: de la anarquía de la soberanía del siglo XIX al ius contra bellum de las Naciones Unidas*. Revista IUSTA No. 39. Julio/Diciembre de 2013.
- Molano, Alfredo. (2016). *A Lomo de mula*. Colombia: Debate.
- Moreno Duran, Álvaro Moreno (2013). *El sistema oral acusatorio en Colombia: reforma y habitus jurídico*. Bogotá. Revista IUSTA N. 39 julio-diciembre de 2013.
- Najar, Esperanza. (2009). *Derecho a la Verdad y Justicia Transicional en el Marco de Aplicación de la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez
- Nolasco, Dagoberto (1992). *Los Héroes están Cansados*. El Salvador
- Norden, Francisco (1984) *Cóndores no entierran todos los días*. Colombia. <http://www.senalcolombia.tv/cine/condores-no-entierran-todos-los-dias>
- Ospina, William (2016). *De la Habana a la Paz*. Bogotá: Debate
- Radbruch, Gustav (1951). *Introducción a la filosofía del derecho*. Fondo de Rettberg Angelika. “Reflexiones Introductorias sobre la relación entre Construcción de Paz y Justicia Transicional”. *Entre el Perdón y el Paredón. Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional*. Bogotá Colombia Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo Universidad de los Andes.
- Ricouer Paul (2003). *Le conflit des interprétations*. Argentina. Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A
- Rieff, David y Abad Falciolince, Héctor (2014). Parque Explora. 28 de febrero de 2014. *Contra La Memoria*. Conversatorio. Medellín. Colombia. https://www.youtube.com/watch?v=hYOyoBEIZ_
- Rieff, David y Abad Falciolince, Héctor (2014). Parque Explora. 28 de febrero de 2014. *Contra La Memoria*. Conversatorio. Medellín. Colombia. https://www.youtube.com/watch?v=hYOyoBEIZ_

- Rivera Sotelo, Aída Sofía (2011). *El Utilitarismo de Jeremy Bentham ¿Fundamento de la Teoría De León Walras?* Bogotá Bdigital. Universidad.
- Romero, Marco. (2016). *Los derechos de las víctimas en el contexto del proceso de paz*. <http://www.unperiodico.unal.edu.co/dper/article/los-derechos-de-las-victimas-en-el-contexto-del-proceso-de-paz.html>.
- Rosero Evelio. (2007). *Los Ejércitos*. Colombia: Colección Andanzas.
- Samudio Cepeda, Álvaro (1979). *La Casa Grande*. Barcelona. Plaza & Janes S.A. editores.
- Sánchez Cardona, Mariela Inés (2015). “Educación para la Cultura de Paz: Una Aproximación Psicopedagógica”.
- Sentencia Corte Constitucional C-771 de 2011. Actores: Gustavo Gallón Giraldo y otros. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla, trece (13) de octubre de dos mil once (2011) Mecanismos de Justicia Transicional de la Ley 1424 De 2010-Ambito de aplicación.
- Sentencia Corte Constitucional. C-577/2014: Marco Jurídico para la paz. Expediente: D-9819, MP: Martha Victoria Sáchica Méndez. Marco Democrático Participativo-Pilar fundamental/Marco Democrático Participativo.
- Spielberg (1998) *Salvar al Soldado Ryan*. EE.UU. <http://www.sensacine.com/peliculas/pelicula-18598/>
- Torregrosa Jiménez, Rodolfo y Torregrosa Jiménez, Norhys (2012). *Justicia transicional. Paz vs Justicia: El dilema en Colombia*. Universidad Libre. Colombia.
- Uprimmy, Rodrigo (2016). *La justicia de la paz*. Bogotá. UN Periódico. No. 203-Universidad Nacional de Colombia.
- Uprimmy, Yepes Rodrigo y Guiza Gómez, Diana Isabel (2016). *Una paz Constitucional y una Constitución en paz*. Ámbito Jurídico 4 al 17 de julio de 2016. <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Constitucional-y-Derechos-Humanos/una-paz-constitucional-y-una-constitucion-en-paz>.
- Uprimmy Yepes, Rodrigo (2016). *La justicia de la paz*. <http://www.unperiodico.unal.edu.co/dper/article/la-justicia-de-la-paz.html>
- Valencia Villamizar, David (2016). *Tempus ex Machina. La idea de tiempo histórico en Así habló Zaratustra*. Bogotá- Colombia.
- Villegas, Mauricio; Uprimmy, Rodrigo (2000). *Armar la Paz es desarmar la guerra. El nudo gordiano de la justicia y la guerra en Colombia*. Bogotá. Colombia: Giro Editores Ltda.
- Yeats William (1996). *Poesía Escogida*. Bogotá. Edición Bilingüe. El Áncora Editores.
- Zandvliet (2015). *Land of Mine*. Alemania. <http://cineuropa.org/f.aspx?t=film&l=es&did=297053>

LA TUTELA DE DERECHOS EN CONFLICTOS FAMILIARES JUDICIALIZADOS¹

MANUEL BERMÚDEZ TAPIA²

INTRODUCCIÓN

Los conflictos familiares en el Perú se han caracterizado por tener una serie de elementos complejos que limitan la actividad jurisdiccional, principalmente porque existe una inmensa separación entre la “defensa de derechos” y “la toma de posiciones en el desarrollo del conflicto” entre las partes que conforman una familia en crisis. Sin embargo, ante los problemas que se venían generando, la Justicia Peruana ha reaccionado con mucho cuidado y ha reformado el Derecho de Familia tanto en su aspecto sustantivo como en el procesal.

El propósito del texto es analizar el contexto jurisdiccional en el cual se desarrollan los conflictos socio familiares que devienen en problemas entre los integrantes de una familia en crisis y división y de los problemas que se asumen cuando la realidad colisiona contra el orden normativo que resulta desfasado a los intereses de las partes, las cuales quedan desprotegidas en el ámbito general y por ello se recurre a casos que llegan a las máximas instancias jurisdiccionales.

¹ El presente capítulo de libro es producto de la investigación: LA TUTELA DE DERECHOS EN CONFLICTOS FAMILIARES JUDICIALIZADOS, adelantada en el marco de la Universidad UNMSM.

² Abogado. Magister en Derecho Civil y Comercial. Docente de Posgrado en las Universidades UNMSM, Pedro Ruiz Gallo, Universidad Nacional de Trujillo, Antenor Orrego, San Antonio Abad del Cusco, Hermilio Valdizán, San Cristóbal de Huamanga y Academia de la Magistratura. Correo Electrónico: mbermudez@pucp.edu.pe

La investigación es de naturaleza crítica, descriptiva de una realidad socio familiar peruana, al estudiarse la práctica jurisdiccional en las máximas instancias judiciales la atención e conflictos de carácter familiar.

Finalmente, la investigación se justifica, teniendo en cuenta los procesos de cambios sociales en el Perú y que se han visto reflejados en el ámbito de la práctica jurisdiccional, donde se ha observado un incremento de la actividad judicial en la especialidad de familia, pasando a convertirse en un problema de difícil resolución.

I. LA REALIDAD SOCIAL PERUANA EN EL AMBITO FAMILIAR

Durante los últimos veinte años en el ámbito jurisdiccional constitucional y ordinario se ha observado un incremento de casos en los cuales se ha ejecutado un análisis constitucional de derechos y obligaciones provenientes de la interpretación de instituciones y relaciones inter personales propias del Derecho de Familia.

La realidad social y familiar en el Perú ha cambiado de un modo extraordinario al nivel de que se han registrado situaciones especiales, en donde se ha tenido que aplicar criterios de interpretación sumamente elaborados y utilizar valores propios de la equidad ante casos en los cuales la “Ley” quedaba desnaturalizada frente al caso concreto.

Lo anterior supone en primer lugar contextualizar de manera adecuada la noción de dignidad, la cual hace relación a una cualidad sobresaliente o excelencia asociada a un estado adventicio de acción de la persona (Romero, 2011); y en segundo lugar comprender que en la actualidad, los Derechos del Niño se han erigido como una institución jurídica prevalente y significativa para la sociedad occidental en procura de establecer el reconocimiento y protección de aquellas personas consideradas punto nodal en la construcción del porvenir (Tirado & Oliveros, 2011).

En concordancia con lo dispuesto en líneas anteriores es importante abrir el debate hacia el papel de la ética en función del orden familiar, para lo cual es necesario establecer mecanismos más humanos, esto es, un conjunto de vectores de funcionamiento que reflejen la libertad del individuo para llevar un tipo de vida u otro sin olvidar en qué medida éstas puedan afectar a los miembros de una determinada sociedad (Hernández, 2011).

EL IMPACTO DE LA REALIDAD FAMILIAR EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL

Los casos propios de las relaciones socio familiares, tan disímiles como excepcionales se han desarrollado en el análisis de procesos en el Poder Judicial como en el ámbito constitucional en el Tribunal Constitucional, y una muestra de esta jurisprudencia nos permite señalar estos ejemplos de modos de resolver causas respecto de la naturaleza de la controversia evaluada:

- a) Respecto de la evaluación de derechos individuales con proyección social familiar.

En este nivel es posible mencionar procesos como:

- i. STC N° 09332-2006-PA/TC, Caso Reynaldo Shols, en donde se ha reconocido y tutelado tres derechos: derecho a fundar una familia, derecho a proteger a los miembros de la familia y el reconocimiento de la igualdad de derechos entre hijos en una familia ensamblada.

Esta sentencia es importante porque precede en cinco años a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Argentina, en el caso seguido por Fornerón e Hija (CIDH, 2015), en la cual se tutela el “vínculo familiar” y la “obligación moral de proteger a la familia” por parte del demandante”, situación que nos permite señalar que en ambos niveles jurisdiccionales, las “materias” en evaluación fueron prácticamente muy similares.

En ambos casos se “litigó” contra el Sistema Jurisdiccional Nacional para acceder a la defensa de un derecho.

- ii. STC N° 1317-2008-PHC/TC, Caso Francisco y Juan Tudela Van Breugel Douglas, en el cual se tuteló el vínculo paterno filial como institución natural, la cual no podía ser limitada por una disposición legal o una acción individual por parte de una persona ajena a la relación entre un ascendiente y un descendiente.

La proyección de esta sentencia incide en la propia naturaleza de las relaciones entre familiares y evalúa las condiciones en las cuales estas tienen una condición superior a las situaciones que la ley determine, por ejemplo en casos de determinación de un “régimen de visitas”, “tenencia”, “interdicción” o “curatela”.

Con la interpretación de esta sentencia, es posible entender el caso de José Malmberg Ríos, STC N° 05737-2009-PHC/TC en donde

las hijas del mencionado señor disputaban un bien inmueble como propiedad y una de ellas ejecutaba una “obstrucción de vínculo” para que la hermana no tenga acceso a un régimen de visitas para ver al patriarca familiar.

- iii. STC N° 06572-2006-PA/TC, Caso Janet Rosas Domínguez en donde se tutela los derechos previsionales de conviviente superstite.

Nótese el período de tiempo en que esta sentencia precede a la Ley N° 30007 (17/04/2013) que finalmente regula normativamente los derechos a: la equivalencia formal entre la convivencia con el matrimonio, la sucesión entre convivientes y los derechos previsionales a favor de convivientes.

- iv. Casación N° 0856-2000-Apurímac en donde se determina el carácter inmutable del derecho de visitas para el progenitor sin tenencia desde una perspectiva dual: por cuanto es también un derecho del menor involucrado en un conflicto entre sus progenitores.

La Corte Suprema, ponderó el derecho de una “parte no procesal” como superior a los derechos de las “partes procesales” y determinó en función al Interés Superior del Niño que todo menor tiene un mejor derecho a ser tutelado en el caso de la determinación de un régimen de visitas.

Criterio importante si se toma como referencia el hecho de que en el ámbito de las disputas entre progenitores y nivel de interpretación de derechos entre los jueces de primeras instancias, frecuentemente no se analizan los derechos de los menores de edad.

- v. Casación N° 2067-2010-Lima, en donde se sancionó los actos de alienación parental provocado por el progenitor con tenencia en contra del progenitor con derecho a visitas.

Hasta la expedición de esta sentencia, la práctica usual en el ámbito jurisdiccional en la especialidad de familia era la de considerar como “actos irrelevantes” estas manifestaciones de violencia psicológica en contra del progenitor sin derecho a la tenencia y del menor.

Sin embargo, la práctica de los órganos jurisdiccionales inferiores es aún negativa en estos casos, y lamentablemente no se toma en cuenta el efecto que pudiera generar entre las partes afectadas: la Padrectomía.

A la fecha, el Equipo Multidisciplinario del Poder Judicial desconoce

o no sabe evaluar correctamente este daño psicológico que puede sufrir el progenitor sin contacto con su hijo y este mismo. Esta crítica se constata cuando se acredita que en la práctica pericial de dicho ámbito no existen protocolos psicológicos o psiquiátricos para evaluar psicopatologías.

- b) Evaluación de derechos individuales de corte económico en contra posición con derechos individuales de terceras personas.

La realidad nos permite analizar procesos en donde se han analizado temas puntuales de naturaleza civil, patrimonial, societaria e inclusive tributaria.

- i. Casos en los cuales se registra el fallecimiento de un cónyuge y se requiere determinar los derechos patrimoniales de la sucesión. Ver: Expediente N° 02412-2011-PA/TC, caso Gloria Esther Rojas Arroyo.
- ii. Casos en los cuales se ha producido un nuevo matrimonio (o civil o religioso) con una segunda pareja, lo cual afecta psicológicamente a la primera.

En este caso podemos citar la siguiente jurisprudencia: Casación N° 4638-2011, Ayacucho; Casación N° 326-2011, Puno; Casación N° 3984-2011, Lima.

En estos casos especiales se ha registrado la existencia de dos familias disputando derechos de orden económico y moral (en ese orden). Debido a la naturaleza del tema en evaluación, los juzgados de familia o civiles de las Cortes Superiores en el país no saben cómo resolver y por ello se acude a las instancias superiores y en menor medida a la Corte Suprema de Justicia.

La dualidad de relaciones matrimoniales o convivenciales, según sea el caso, nos permite deducir que más allá del “problema de la existencia de una segunda relación”, existen factores que aún la legislación nacional no ha contemplado, principalmente por que el legislador rehúsa a visualizar las nuevas condiciones en las cuales se desarrollan las relaciones interpersonales con incidencia en el ámbito familiar.

Ante estos casos, la Ley N° 27495, Ley que incorpora la separación de hecho como causal para plantear un divorcio queda limitada por la propia realidad nacional, en cuanto a la evaluación de casos concretos, principalmente porque se han registrado casos en el Poder Judicial en donde las partes procesales han generado relaciones

matrimoniales/convivenciales con terceras personas, estando casados y es ahí en donde elementos de “buena/mala fe”, “evaluación probatoria” y ponderación de valores, resultan complejos de evaluar a un magistrado usualmente más próximo a la literalidad del Código Civil que a la solución efectiva de una controversia.

Si bien se han registrado excepciones particulares, como el caso particular de una causa en la cual se han registrado dos “viudas supérstites” que disputaban la legitimidad para suceder en un caso evidente de “dualidad de relaciones convivenciales”. El juez que atendió esta causa ante el problema material en evaluación, aplicó la “buena fe” en la causa del Expediente N° 01342-2009-0-1201-JR-FA-01, desarrollado por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, y ponderó los “derechos” de las partes procesales con prudencia y evitó resolver en contra de una parte con legítimo derecho (la “viuda” que no sabía que su “esposo” era casado”).

- c) Análisis de derechos vinculados al ámbito de la interpretación de recursos procesales en el proceso.

En este nivel de procesos, observamos que es el justiciable quien plantea una mejor defensa ante el “Sistema Jurisdiccional” principalmente porque existen condiciones procesales en las cuales el magistrado puede “ejecutar” una mejor acción para la resolución de la controversia.

Se pueden citar las siguientes jurisprudencias.

- i. Casación N° 4490-2012-Huánuco, en donde se determina la capacidad del juez de incorporar elementos probatorios de oficio para analizar bajo una mejor perspectiva el caso en análisis.

Este caso es importante por cuanto se vincula al desarrollo de procesos sumarísimos, los cuales son usualmente vinculados al ámbito del Derecho de Familia.

Téngase en cuenta que las partes procesales en casos de conflictos familiares judicializados no suelen exponer las reales condiciones que los ha llevado al proceso y ante ello el juez se desvincula de la “realidad en evaluación” y queda condicionado a la malicia y temeridad procesal de las partes, pudiendo emitir una resolución judicial que finalmente provocará nuevos conflictos judiciales.

- ii. Casación N° 173-2012-Cajamarca, en la cual se analiza la suficiencia probatoria en un caso en el cual participa un “testigo” de un hecho. Esta referencia es importante debido a su vinculación con casos de violencia familiar, en la cual participan “testigos” de parte, que suelen ser parcializados.

II. LA RELATIVIDAD DE ELEMENTOS JURÍDICOS EVALUADOS EN EL ANÁLISIS DE CONFLICTOS FAMILIARES JUDICIALIZADOS

A pesar de las referencias que se han mencionado, en la especialidad de Derecho de Familia queda mucho por hacer, debido a que en la práctica jurisdiccional no se toman como “vinculantes” algunos criterios de interpretación de derechos, como sí sucede en el ámbito jurisdiccional penal, civil y laboral, sólo por citar.

Nuestra afirmación se acredita por este pequeño ejemplo: ¿En el ámbito de un proceso penal, un juez penal admitiría un medio probatorio que no ha sido debidamente diligenciado? En la jurisdicción de familia se admiten evaluaciones periciales en las cuales se registra “el daño psicológico por estrés” como causal de violencia, sin tomar en cuenta la “causa” que la provocó.

Eventualmente, ¿un juez penal podría admitir una pericia de necropsia de un cuerpo si no se registra la “causa” que provocó la muerte del sujeto? En la jurisdicción de familia una “denuncia falsa” puede causar la privación de derechos desde el inicio del proceso.

Las referencias de estos ejemplos, además de contundentes, son gráficos para nuestro caso porque algunas “reglas” no se siguen en los procesos de familia. Los derechos fundamentales de los litigantes y partes no procesales no son valorados constitucionalmente por los magistrados que cumplen funciones jurisdiccionales en la especialidad de familia, principalmente a nivel de jueces de paz y especializados, porque sobre ellos existe una elevada presión para interpretar bajo un criterio exegético.

La literalidad de la norma es ponderada preferentemente aún en aquellos casos en los cuales la realidad del conflicto en evaluación exige al magistrado una intervención bajo un criterio contrario sensu a la ley. Dificultad que se amplía si tomamos en cuenta que las partes procesales no suelen conocer sus derechos o por cansancio procesal optan por no continuar el proceso judicial.

En este contexto, podemos señalar que los “valores y principios constitucionales” que guían al proceso judicial como regla general, por lo general asumen muchas excepciones en el ámbito jurisdiccional de familia y ante ello, los jueces de paz y especializados no toman en cuenta el nivel de amplitud y ponderación que desarrollan los magistrados de la Corte Suprema y Tribunal Constitucional en la defensa de derechos, sean estos invocados o no, en aplicabilidad del principio *iura novit curia* (Carretero, 2010: 146).

III. EL PUNTO CIEGO EN LA EVALUACIÓN JURISDICCIONAL DE LOS CONFLICTOS FAMILIARES JUDICIALIZADOS

Lo anteriormente descrito es una representación gráfica de lo que usualmente se observa en el ámbito jurisdiccional de familia y ante ello ni los legisladores ni los magistrados han tomado una real percepción del problema en ciernes.

Nótese que son las “mismas partes procesales”, y la referencia nos permite señalar estas referencias parciales:

- a) Se desarrollan hasta cuatro procesos (como referencia mínima si el conflicto es agudo) como regla general.

Esta situación provoca el alto índice de impredecibilidad judicial en la especialidad y la observación de “resoluciones o sentencias contradictorias” en cuanto a su naturaleza ejecutiva.

- b) Los procesos se desarrollan inicialmente en dos instancias diferenciadas: juzgados de paz (alimentos, régimen de visitas) y especializados (divorcio, violencia familiar)
- c) Las materias en evaluación son “excluyentes” entre sí, provocando que los criterios de acumulación no sean admitidos, provocando la ampliación del conflicto, la desprotección de derechos y la generación de nuevos procesos judiciales.
- d) Los procesos, según el nivel del conflicto entre las partes, generan “apelaciones”, plantean una “Casación” o interponen un “Recurso de Agravio Constitucional”.

La carga procesal en la especialidad supera al contexto jurisdiccional penal en la actualidad, es una consecuencia objetiva de este factor.

- e) Los procesos judiciales desarrollados no toman en cuenta a los sujetos no procesales: la familia de las partes procesales, ni las relaciones familiares que se desarrollan respecto de una “parte procesal”.

La individualidad de la evaluación “procesal” hace que el juez se concentre en un “individuo” sin tomar en cuenta que este se desarrolla socialmente en un conjunto de relaciones interpersonales en su propia familia nuclear (anillo familiar interior), familia extendida (anillo familiar intermedio) y relaciones sociales (anillo familiar externo).

- f) Los procesos judiciales no toman en cuenta el nivel de “participación” del sujeto procesal, el cual puede intervenir como “agente provocador del conflicto”, “víctima”, “afectado”, “parte invisible”, “parte colateral” y “sujeto impávido”.
- g) Las consecuencias materiales del conflicto se amplían con la “lentitud procesal” provocada por la carga judicial y la relativización de acciones de tutela inmediatas por parte de los magistrados, hecho que provoca el incremento de los niveles de violencia familiar que pueden producir:
- i. En el ámbito psicológico: suicidio infantil, Padrectomía, obstrucción de vínculo, alienación parental, Síndromes como el de Estocolmo, Munchausen, Asperger, Tourette, Domino Dad y Medea.
 - ii. En el ámbito económico: casos de parricidio y/o filicidio, cactus de Greener-Grass, fertilidad socio múltiple, surgimiento del “polizonte económico” o la negación de cubrir la obligación alimentaria.
 - iii. En el ámbito físico: agresiones físicas, mutilaciones, feminicidio.

En conjunto una serie de nuevas variables que acreditan el hecho de que el sistema jurisdiccional en el ámbito familiar está en crisis y la evaluación de “derechos” no es equivalente al que se desarrolla en otras especialidades y estas consecuencias se registran en estos factores:

- a) Una fuerte valoración de “género”, provocada principalmente al elevado volumen de carga procesal proveniente de “casos tipo”, en el cual el varón resulta el principal responsable de la crisis familiar y la relativización de derechos de los miembros de “esa” familia.
- b) Una relativización a niveles de intervención “proactiva” en el tiempo en la tutela de derechos, principalmente debido a que la recurrencia a Medidas Cautelares no logran tener el efecto positivo que deberían cumplir.

Como consecuencia de estas situaciones se puede observar:

- i. Renuncia al centro de trabajo por parte del “obligado a prestar alimentos” en el caso se consigne el “descuento por planilla”.
 - ii. Conminación al “cese de actos de violencia” dirigidos contra el agresor.
 - iii. Ampliación de requerimientos formales para la ejecución de un Acta de Conciliación, de una Sentencia en estado de estar consentida (Pérez, 2009: 275).
- c) Niveles de argumentación y motivación en la redacción de resoluciones y sentencias que provocan en esencia, casos “resueltos” con “temas pendientes a resolver”.

Esta situación por lo general provoca “sentencias incompletas” y se requiere la ejecución de una “demanda complementaria”, por ejemplo, en los procesos en donde se hace una liquidación de la sociedad de gananciales, no se determina cómo las partes “dividirán” un bien.

IV. LA EVALUACIÓN DE DERECHOS EN UN PROCESO DE AMPARO EN UNA EVALUACION DE UN CONFLICTO FAMILIAR JUDICIALIZADO

Luego de la descripción negativa del contexto que hemos evaluado, corresponde plantear algunos mecanismos de solución que en materia de “evaluación de derechos” nos permite señalar que la recurrencia a la interposición de recursos de agravio constitucional, propiamente dicho un proceso de amparo, pueden ser “mecanismos eficaces” ante la práctica decimonónica que se ejecuta en la gran mayoría de procesos judiciales en órganos jurisdiccionales de instancias inferiores.

Ante esta situación debemos señalar que la tutela de derechos deben provocar acciones institucionales en el Estado, en todos sus niveles, para que así se ejecute una acción efectiva y se restrinja el daño provocado o este no logre materializar un daño superior.

Punto importante de análisis si tomamos en cuenta que en los procesos judiciales desarrollados a raíz de una crisis familiar, la “resolución del mismo” genera una condición que materialmente provoca un daño o una limitación de derechos en una parte procesal.

De nada servirá una sentencia judicial, si durante la ejecución del proceso las partes procesales desarrollaron acciones complejas que limitaron el mismo (reconciliación familiar) o han provocado situaciones mucho más graves: feminicidio, parricidio o filicidio.

El ejemplo gráfico que representa este hecho se produjo en el caso del asesinato de la niña Pierina Nicole Cardoza Tello (9 años) victimada por su propia madre Isabel Mirella Tello Chanduvi (31 años) luego de ejecutar actos de maltrato psicológico, físico y sexual (violación).

Esta situación se generó luego de que un juzgado de familia determinara la tenencia de la menor a favor de su madre, a pesar de que la abuela materna Bertha Chanduví García había denunciado previamente a la madre (su hija) por ejecutar actos de violencia contra su nieta. Dicho juzgado tampoco validó la posición del padre quien planteaba la variación de tenencia.

En ese entonces, el juzgado no valoró el hecho de que la “omisión de alimentos” (según el padre) se debía a que el cuidado de la hija la ejecutaba la abuela materna y los “alimentos entregados” no tenían destino el cuidado y crianza de la niña.

La nula percepción del “conflicto y drama familiar” por parte del Sistema Jurisdiccional se ejecutó con posterioridad a la muerte de la menor, cuando dos meses después se notificó la “variación de la tenencia” a favor del padre. En ese entonces el Presidente del Poder Judicial, Enrique Mendoza, justificó esta situación señalando que el juzgado estaba evaluando el comportamiento de los progenitores para la determinación de la tenencia y se optó que el derecho lo ejecute una madre acusada por violencia familiar que un padre acusado por omisión de alimentos.

La consecuencia de este nivel de aplicabilidad de criterios, se observa en la necropsión de la niña, donde se registra la violencia física reiterada, la violación y finalmente el acto de estrangulamiento por parte de la madre.

Frente a lo relatado: ¿Los jueces de familia ejecutan correctamente la interpretación de derechos en el desarrollo de la evaluación de un expediente en la especialidad?

A nuestro criterio, los jueces de paz y especializados son los más próximos a reflejar la disfuncionalidad del sistema jurisdiccional en la especialidad en contraposición con el criterio más proactivo y tuitivo registrado en la Corte Suprema y Tribunal Constitucional.

Sin embargo, esto que podría ser considerado un hecho positivo es a nuestra posición crítica una cuestión que representa un contexto más grave aún.

Si un caso llega a la Corte Suprema o al Tribunal Constitucional, debemos considerar que entre “el inicio del conflicto”, la “acción que provoca el proceso judicial” y la “atención jurisdiccional en la Corte Suprema o Tribunal Constitucional con la expedición de la Sentencia” existe una separación de tiempos que resultan graves para una de las partes débiles del conflicto familiar.

Y el caso no finaliza en esas instancias, porque si han intervenido la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, implica que el caso debe “continuar” en un juzgado de nivel inferior, hasta la determinación de una resolución que finalice el proceso, situación que no implica una referencia vinculante con la solución del conflicto familiar.

Entonces, durante todo este tiempo ¿Cómo se tutelan derechos fundamentales en el ámbito jurisdiccional en la especialidad de familia?

La respuesta nos permite señalar una de las causas por las cuales la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional han tenido que intervenir con mayor incidencia en estos casos que usualmente eran considerados “privados” o de “incidencia menor en el ámbito jurisdiccional”.

Una reforma estructural a todo el Sistema Jurisdiccional en la especialidad implica necesariamente la reforma total de la legislación familiar (Código Civil, Código del Niño y del Adolescente, Código Procesal Civil y Leyes especiales relacionadas), pero hasta que eso suceda, los derechos fundamentales de las personas no tendrán la misma condición de tutela que la observada en otras especialidades jurisdiccionales.

CONCLUSIONES

Debido a los cambios en el orden social, cultural y económico de la sociedad peruana durante los últimos cuarenta años, los problemas que se suscitan en el ámbito jurisdiccional en la especialidad del Derecho de Familia requieren de una nueva visión y tratamiento normativo, enfatizándose en el hecho de que la legislación actual no logra solucionar dichos conflictos, principalmente porque dicha legislación se ha centrado en evaluar conflictos vinculados al ámbito de intereses y derechos, sin tomar en cuenta la

verdadera naturaleza del conflicto que es mucho más humano y personal, razón por la cual en los últimos años, las máximas instancias jurisdiccionales han venido produciendo jurisprudencia que ha transformado la realidad normativa y contextual del Derecho de Familia, optimizando sus fines con base en un proceso de constitucionalización de la especialidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Carretero Sánchez, S. (2010). *Nueva introducción a la teoría del derecho*. Madrid, Universidad Rey Juan Carlos-Dykinson.
- Hernández, C. (2011). “El papel del estado frente a la pobreza. Las Éticas y sus Políticas Sociales entre Rawls y Sen”. En: *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*. Documento extraído el 6 de octubre de 2016 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2944/2816>
- Perez Martín, A. J. (2009). *La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia*. Valladolid, Lex Nova.
- CIDH (2015) *Caso Fornerón e Hija*. Recuperado el 20/10/2015. En: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_242_esp.pdf
- PERÚ 21 (2015) *A sangre fría*. Recuperado el 20/10/2015. En: <http://peru21.pe/actualidad/crimen-empresaria-sangre-fria-parricida-marco-gabriel-arenas-2157325>
- Tirado, M. & Oliveros, C. (2011). “Los derechos de la niñez: el paradójico contraste entre validez y eficacia”. En: *Revista IUSTA*, documento extraído el 15 de octubre de 2016 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/3113/2980>
- Romero, J. (2011). “Caleidoscopio del principio de la dignidad humana desde la jurisprudencia constitucional colombiana”. En: *Revista IUSTA*. Documento extraído el 2 de noviembre de 2016 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/3106/2973>

CAPACIDAD PROGRESIVA DE LOS NIÑOS: UN NUEVO ENFOQUE EN EL JUICIO DE AMPARO EN MÉXICO¹

SANDRA ISELA CEBALLOS TORRES²

INTRODUCCIÓN

La forma en la que la sociedad en el derecho de familia ha manejado el trato de los niños se ha ido modificando con el tiempo, nos referimos a la concepción de los niños como sujetos de derechos, lo cual deviene de una capacidad progresiva que consiste en que los niños sean personas independientes y aspiren a esa autonomía reflejada en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El principio de capacidad progresiva, es un concepto de difícil concreción, pues sugiere que no sea la edad el elemento principal y excluyente para conocer el grado de madurez de los niños, sino que en todos los casos en que se vean afectados sus derechos, deba prevalecer el principio de capacidad progresiva, es decir, se debe velar por la participación de los niños de acuerdo al desarrollo madurativo de sus facultades.

Si analizamos el juicio de amparo en México en el siglo XXI encontramos una serie de paradigmas que nos obligan a ver la función jurisdiccional desde otra perspectiva, y es así, que en un intento de hacer realidad las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del año 2011 en

¹ Este capítulo de libro, es producto de la investigación doctoral: “Creación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a su derecho a ser escuchado”, en el marco del Doctorado en Derecho y Globalización en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

² Magister en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (México).
Correo electrónico: ceballosabogados@hotmail.com

materia de derechos humanos, es que, el principio de capacidad progresiva debe ser estudiado de forma armónica a los instrumentos internacionales con la finalidad de dar la protección más amplia a las personas, en este caso a los niños.

Con la finalidad de precisar la capacidad progresiva de los niños en el juicio de amparo, se ha utilizado una metodología deductiva entendiendo el juicio de amparo en México y realizando un análisis crítico para determinar la interpretación de la capacidad progresiva de los niños en éste, con la utilización del método inductivo se realizará un estudio de la protección de la capacidad progresiva de los niños en el ámbito internacional, para finalizar con un cuerpo de resultados y conclusiones. Asimismo, se utilizarán las técnicas de investigación documental, junto con el análisis de la normativa nacional y su respectiva jurisprudencia, y la implementación de instrumentos internacionales.

1. LOS NIÑOS Y SU CAPACIDAD EN EL JUICIO DE AMPARO

El juicio de amparo en México es el instrumento o garantía constitucional que por excelencia tiene toda persona para poner en movimiento al órgano jurisdiccional cuando considere que se le han transgredido sus derechos humanos, fue obra del jurista Manuel Crescencio Rejón y su origen lo encontramos en la Constitución de Yucatán del año 1841.

El objeto del juicio de amparo lo encontramos en el artículo 1º fracción I de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Ley de Amparo), mismo que sostiene entre otras cosas que el objetivo primordial del juicio de amparo es resolver toda controversia que se suscite por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Hablar de un juicio de amparo en el siglo XXI implica entonces que la tutela de los derechos humanos para ser efectiva, debe analizarse a la luz de una armonización normativa conformada por el derecho nacional y el internacional.

Si bien es cierto, el juicio de amparo lo puede promover cualquier persona, cierto es también, que la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos determina que dicho juicio se puede interponer de acuerdo a la capacidad y personería establecidas en la misma, y señala al respecto en su artículo 5º fracción I lo siguiente:

“Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo:

I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. [...]”.

Por su parte, el artículo 6º de la misma ley establece:

“El juicio de amparo puede promoverse por la persona física o moral a quien afecte la norma general o el acto reclamado en términos de la fracción I del artículo 5o. de esta Ley. El quejoso podrá hacerlo por sí, por su representante legal o por su apoderado, o por cualquier persona en los casos previstos en esta Ley.

Cuando el acto reclamado derive de un procedimiento penal, podrá promoverlo, además, por conducto de su defensor o de cualquier persona en los casos en que esta Ley lo permita”.

Es importante mencionar que para la procedencia del juicio de amparo el quejoso debe acreditar su interés legítimo, para la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el interés legítimo es “aquel interés personal, individual o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que puede traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso derivado de una afectación a su esfera jurídica en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública, o de cualquier otra”.(SCJN, 1a./J. 38/2016, 26 de agosto)

Dicho lo anterior, y en el entendido de que el juicio de amparo es la garantía que tenemos todas las personas para defender la transgresión a nuestros derechos humanos, y que estos sean respetados, debemos señalar que el artículo 1º de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos textualmente dice que “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que

el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección”. En esa tesitura debemos comprender dentro del concepto “personas” a los niños, entendiendo que cuando hablamos de niños, me refiero a niñas y niños, tal y como lo dice la Convención sobre los Derechos del Niño.

Respecto al niño y su capacidad en el juicio de amparo, la Ley Reglamentaria anteriormente citada, en su artículo 8º sostiene que:

“El menor de edad, persona con discapacidad o mayor sujeto a interdicción podrá pedir amparo por sí o por cualquier persona en su nombre sin la intervención de su legítimo representante cuando éste se halle ausente, se ignore quién sea, esté impedido o se negare a promoverlo. El órgano jurisdiccional, sin perjuicio de dictar las providencias que sean urgentes, le nombrará un representante especial para que intervenga en el juicio, debiendo preferir a un familiar cercano, salvo cuando haya conflicto de intereses o motivo que justifiquen la designación de persona diversa.

Si el menor hubiere cumplido catorce años, podrá hacer la designación de representante en el escrito de demanda”.

Cabe mencionar de forma anticipada que el orden jurídico mexicano establece que un menor de edad es aquella persona que no ha alcanzado la mayoría de edad, en nuestro caso aquella persona que no ha cumplido 18 años de edad.

De lo anterior, se puede colegir que el menor de edad (niño), tal como la legislación lo señala, puede promover el amparo sin la intervención de su legítimo representante, sin embargo, posteriormente se dice que el órgano jurisdiccional le nombrará un representante especial, debiendo preferir a un familiar, de lo que se puede interpretar que la Ley de Amparo le da la posibilidad al niño de promover un juicio de amparo, pero éste o en su caso el juez, deben señalar un representante especial; teniendo un tinte de capacidad progresiva al mencionar qué, si el niño ha cumplido 14 años, podrá designar entonces a su representante en su escrito de demanda.

Lo deseable sería que cuando se dirimen cuestiones que le son propias, debe considerárseles protagonistas de su propia vida y no meros espectadores, que se beneficiaría, en el mejor de los casos, con las decisiones que podrían tomar sus mayores, lo cierto es que, el niño no debe escapar a la protección constitucional que su derecho a opinar merece. (Beloff, Mary, 2012, pp. 103-108).

Por otra parte, la reciente Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre del 2014, en su artículo 6 fracción XI señala como principio rector el de autonomía progresiva.

Por lo que, para poder esclarecer, si nuestro juicio de amparo tiene como principio la capacidad progresiva del niño, debemos entender en que consiste y cuál es su finalidad.

2. CAPACIDAD PROGRESIVA, UN PRINCIPIO REGULADO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, establece que los derechos contemplados en la misma, son propios de todo ser humano, y que el goce y ejercicio de los derechos contemplados está estrictamente garantizado para ellos.

Incluso la Convención Americana hace referencia a otros instrumentos internacionales como las Reglas de Beijing (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia a Menores) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, cuando se refiere a que siempre se les deben reconocer a los niños las mismas garantías de que gozan los adultos, así como aquellas específicas propias de su condición de niños.

No se pretende que los niños sean tratados como adultos, sino lograr que los niños no sólo conozcan sus derechos, sino que además los puedan hacer efectivos, que puedan ejercer esa capacidad.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 24.1 sostiene que todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. Es decir, se limita a reconocer el derecho de protección que todo niño requiere por su condición de menor, sin indicar cuándo un niño alcanza la mayoría de edad.

Pero sin duda, uno de los instrumentos internacionales de mayor relevancia al hablar de los derechos de los niños, en este caso, de la capacidad

progresiva, es la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año de 1989, una convención relativamente nueva, no por el año, sino porque, en la actualidad es una de las Convenciones que más preocupa su cumplimiento, ya que es uno de los instrumentos internacionales más firmados y ratificados, pues ha sido firmada por 195 países.

Sin embargo, su mérito hasta ahora ha sido considerar globalmente a los niños titulares de derechos humanos, y poner en marcha la asimilación social, así como la plena realización de los derechos de los niños, lo cual ha sido un arduo trabajo para los Estados Partes.

Me permito hacer un paréntesis para resaltar que México, antes de firmar la Convención sostuvo en sus comunicaciones escritas y orales, que: "...los niños no deben ser considerados 'objetos de protección segregativa', sino sujetos de pleno derecho que deben recibir protección integral, y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de 'un grupo de derechos específicos que se les otorga por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo'. No sólo se deben proteger sus derechos, sino también es necesario adoptar medidas especiales de protección..." (OC-17/2002, 28 de agosto de 2002) México firma y ratifica la Convención el 21 de septiembre de 1990, y la publica en su Diario Oficial de la Federación en enero de 1991.

Continuando con el análisis específico de la Convención, es preciso mencionar que reconoce en su Preámbulo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; asimismo, considera que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

Vemos como desde el Preámbulo se reconoce la importancia del desarrollo, evolución y progresividad de madurez de los niños, así como la necesidad de distinguir las diferentes etapas que observan en su desarrollo.

En ese contexto, cobra importancia dicha Convención para el tema a tratar, puesto que es aquí donde encontramos el principio de capacidad progresiva, consagrado en su artículo 5º, el cual considera que los Estados

Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres, o bien de los miembros de familia ampliada o comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención a la que se hace alusión. Estableciendo dicho artículo la evolución de facultades de los niños.

Es así que la capacidad progresiva también conocida como autonomía progresiva, es un principio reconocido en la normatividad internacional. Dicha Convención sostiene que en todas las decisiones en las cuales se vean involucrados derechos de los niños, se deben tener en cuenta sus intereses, asimismo, establece que el Estado debe respetar el derecho y la obligación de los padres de guiar y aconsejar a los niños en el ejercicio de sus derechos y en el desarrollo de sus capacidades, así como, garantizar su supervivencia y su crecimiento, proporcionando todo lo que necesitan para su desarrollo.

Por su parte, Olga Mesa refiere que fue la Convención Internacional de los Derechos del Niño la que revolucionó desde nuevos paradigmas el ancestral concepto de la capacidad de los niños al institucionalizar la doctrina de la protección integral sustentada en los principios básicos de considerar al niño como sujeto de derecho y el de hacer prevalecer en todo caso el interés superior del niño. (2005, p. 10).

Sostiene, que decir que los niños son sujetos de derechos, titulares de derechos y obligaciones, significa que, si se reconoce a alguien un derecho, se le está reconociendo, aun cuando no se diga expresamente, el derecho a actuar para exigir su cumplimiento. (p. 10).

Es decir, los niños al ser considerados sujetos de derechos, como lo señala la propia Convención sobre los Derechos del Niño, se les está concediendo una capacidad de obrar anticipada y, al ser portadores de derechos, la facultad de ejercer de forma gradual los mismos, y no ser considerados meros objetos de protección, para lo cual debe reformarse el concepto de incapacidad de los niños, así como la extensión de la representación legal de los padres, pero también, la de los tutores o representantes. Lo anterior, en el contexto de la capacidad progresiva, es decir, esa evolución de la capacidad y sus facultades.

De esta manera, la capacidad progresiva, consiste en ese principio que reconoce plenamente la titularidad de derechos de los niños en su calidad

de personas, sujetos de derecho, que pueden ejercer los mismos de acuerdo a la evolución de sus facultades adquiridas progresivamente.

Este principio de capacidad progresiva está íntimamente relacionado con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño puesto que establece que se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, y que los Estados Partes deben garantizar que el niño esté en condiciones de formarse un juicio propio, y que se tengan debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de la edad y madurez.

En dicha Convención se expresa que el menor es un sujeto de derechos y no un objeto del derecho; por tal motivo puede sostenerse que el paradigma en la legislación de menores ha cambiado del de la tutela, al de la protección integral. (Quinceno Franco, Gloria Inés et. ál. 2012, p. 416).

En ese sentido, el niño es progresivo en virtud de la evolución de sus facultades, si bien es sujeto de derecho, esto depende de su desarrollo madurativo y de discernimiento alcanzado más no de su minoría o mayoría de edad. Por ello, esta noción dinámica del ejercicio de la capacidad progresiva, obliga a superar la conceptualización de esta fase de la vida humana hasta ahora caracterizada por la subordinación y dependencia a los representantes (padres o tutores) hacia el reconocimiento de una participación social más activa de los niños.

Y es que precisamente la capacidad progresiva dota al niño de una capacidad de discernir propia, única, que no podría ser ejercida por un representante o tutor, ya que puede incluso ir en contra del propio interés del niño.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al emitir la Opinión Consultiva número 17 del 28 de agosto del 2002, sostiene que es evidente la gran variedad de desarrollo físico e intelectual en la evolución de las facultades de un niño a otro, incluso señala que "...La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años..." (OC-17/2002, 28 de agosto de 2002).

Por ello, para determinar la participación del niño en los procedimientos que le afecten, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, debe tomarse en cuenta su capacidad progresiva.

Dice Fernández Sessarego que cada ser humano, simplemente por ser tal, tiene potencialmente todos los derechos naturales que le corresponden en virtud de su propia calidad ontológica de ser humano. Por lo que, de nada serviría al ser humano ser ontológicamente libre, es decir, capaz de decidir por sí mismo, si esa libertad no pudiera proyectarse al exterior en actos, en conductas, en comportamientos, en un determinado “proyecto de vida”. (Cfr. 2006, pp. 16-17).

Esta capacidad es pues inherente al propio ser humano y no una cualidad o aptitud agregada o concedida al ser humano por el ordenamiento jurídico. (pp. 16-17).

En corolario, el principio de capacidad progresiva no es relativamente nuevo, como observamos muchos son los instrumentos internacionales que aluden a un reconocimiento del pleno ejercicio de los derechos de los niños; sin embargo, ha sido muy criticado, en cuanto a su aplicación, en cuanto a sus límites, y ese temor, no justificado, de que los niños sean los titulares de sus propios derechos.

3. LA CAPACIDAD PROGRESIVA Y EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS

Las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, se dice que deben ser interpretadas a la luz del interés superior del niño, principio que tiene como objetivo primordial la tutela efectiva de los derechos de los niños.

En un sentido similar, el Comité de los Derechos del Niño al emitir la Observación General N°14 aduce el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, al establecer lo siguiente:

“Todos los Estados partes deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivas este derecho.” (CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013).

Sostiene que la Convención sobre los Derechos del Niño parte de un principio radical:

“El interés del niño ha de considerarse superior a los demás intereses en juego y su exigibilidad no queda al criterio de los Estados. La rotundidad

de este postulado se deriva de la posición de partida de los niños, que tienen menores posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, en unos ámbitos de decisión que no están pensados para que ellos participen. Desde la perspectiva sociológica, el Comité afirma que, si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar” (CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013).

La capacidad progresiva tiene una estrecha vinculación con el artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Asimismo, menciona que los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

El interés superior del niño es entonces un principio del derecho, dado que constituye el principio rector en materia de derechos del niño que se desprende de manera directa de la idea de los niños como sujetos de derecho, es decir, no sólo con relación a la titularidad de derechos sino también en su goce. (Cfr. Herrera, Marisa, 2006)

En ese sentido, el interés superior del menor, está consagrado en la Convención a la que se ha aludido, en su artículo 18, como una garantía que protege a los niños por ser sujetos de derechos, por lo tanto, al interpretar el interés superior debe de hacerse respecto al principio de capacidad progresiva y no de acuerdo a lo que conviene a los niños, lo anterior, en el sentido de que este principio vela por el reconocimiento pleno de los derechos de los niños.

El artículo 18 de la Convención, señala que los progenitores ejercerán sus funciones de acuerdo a una orientación fundamental: el interés superior del niño, en ese sentido, los roles parentales no suponen una facultad absoluta, sino de derechos limitados en virtud del principio rector del interés superior del niño. (Revetllat Ballesté, Isaac et. ál. 2015, p. 914).

Lo que pretende la capacidad progresiva en vinculación con el interés superior del niño es que la participación de los niños, en el caso que nos

ocupa, no se quede en manos de los adultos, en su papel de representantes, padres, tutores, jueces, al considerarlos como menores incapaces al promover un juicio de amparo, ya que el fin último de la capacidad progresiva es la satisfacción de sus derechos, al respetar la expresión de su voluntad en el caso concreto.

4. EDAD Y MADUREZ DE LOS NIÑOS BAJO EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD PROGRESIVA

La mayoría de los países, para determinar el grado de madurez de los niños y su evolución en sus facultades, así como su capacidad para ejercer sus derechos, se basan determinando su edad.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece que niño es aquel ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Por lo anterior, podría entenderse que para los Estados Partes (aquellos que han firmado y ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño) se concibe como niños a todos aquellos menores de 18 años, hasta en tanto no cumplan la mayoría de edad, existiendo sus excepciones tal como la propia Convención lo señala, ya que en algunos países la mayoría de edad se alcanza antes de los 18 años o bien después de los 18; haciendo distinciones entre 0-13 años son considerados niños y de 14-18 adolescentes, sin embargo, esto no es regla general, cada país toma como parámetro la Convención sobre los Derechos del Niño.

En México de conformidad a nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la mayoría de edad se alcanza a los 18 años; sin embargo, el debate surge desde la perspectiva de que algunos niños en su desarrollo evolutivo alcanzan la capacidad de discernir, es decir, de decidir lo que quieren, o bien de elegir y actuar por sí mismos, incluso antes de la edad determinada por el país en el que viven, y si no han alcanzado la mayoría de edad son considerados incapaces.

Como en el caso de México que en su Código Civil para el Distrito Federal (recientemente Ciudad de México), que se analiza por ser el Código de la capital de mi país y que además en el ámbito de derecho de familia legislativamente tiene impacto en las diversas entidades federativas, lo cito porque establece en su artículo 450, lo siguiente:

“Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad;

II.- [...]”

En esa tesitura, la capacidad está determinada por una edad fijada en el orden jurídico del país en el que nos encontremos, pero esto no determina en lo absoluto la capacidad progresiva y la competencia de poder ejercer los derechos a los que son titulares los niños, ya que ésta se puede determinar a partir del desarrollo natural e incluso psicofísico adquiridos de forma progresiva.

Así lo ha entendido Aida Kemelmajer, que señala que el concepto de competencia, auspicia el principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes, es uno de los tantos elementos que permite visualizar cambios en el significado y contenido de la responsabilidad parental, donde, precisamente, la idea de competencia vendría a ser un límite a la autoridad paterno-filial, en total consonancia con lo previsto en el aludido artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño. (2009, p. 115).

Incluso menciona que la mayoría médica anticipada se funda en la idea de que la conciencia del propio cuerpo viene a cada ser humano mucho antes de su mayoría de edad. (p. 115).

Es evidente que a medida que avanza el siglo XX se empieza a extender la noción de que la infancia es un grupo vulnerable, por el hecho de serlo, no necesita ni reclama privilegios, quiere, simplemente, ocupar el lugar que le corresponde en la sociedad. (Revetllat Ballesté, Isaac, 2015, p. 63).

Es así como el principio de capacidad progresiva, no sólo nos conduce a explorar un nuevo enfoque en los derechos humanos y en especial en el juicio de amparo, al ser éste la garantía que tiene por objeto restituir a las personas los derechos que se le han transgredido, sino también, a dejar de ver y considerar a la edad como un elemento esencial y el único protagonista sobre el cual giran los sistemas jurídicos tradicionales en materia de capacidad y representación legal de los niños.

5. UN NUEVO ENFOQUE EN EL JUICIO DE AMPARO

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), establece en su artículo 25 que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante

los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la propia Convención.

Como fue señalado la propia Convención sobre los Derechos del Niño permite a los niños ser los titulares de sus derechos, entre ellos, su derecho a participar en los asuntos que los afecten, en los que sus intereses se vean involucrados.

La postura del niño en cuanto a su capacidad progresiva frente al juicio de amparo ha rebasado la idea de asimilar su situación con la de una persona incapaz, especialmente en cuanto a la posibilidad de la consideración de su voluntad en aquellos asuntos que le conciernen por incidir en su persona, a partir del carácter personalísimo e insustituible de tomar decisiones.

En ese contexto, si el niño (sujeto de plenos derechos) tienen la madurez, no la edad, para participar de manera directa en las cuestiones que involucran sus derechos en un juicio de amparo, la representación por parte de los padres o tutores, sería mínima o en su caso nula, pues de lo contrario se violaría el principio de capacidad progresiva.

Pero ¿Cómo podríamos determinar la capacidad progresiva? Al respecto, el Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF (Florenca, Italia), señala que un enfoque basado en las facultades de los niños involucra tres nociones: 1) el de “evolución”, tal como lo propicia la CDN al focalizar en las ideas de desarrollo, competencia y gradualidad; 2) el de “participación”, sosteniéndose que sólo se transfiere el ejercicio de los derechos de niños y adolescentes en la medida en que éstos no tengan madurez y 3) el de “protección”, que se refiere al grado de protagonismo por parte de la familia y el Estado que debería disminuir en la medida en que haya una mayor autonomía. (UNICEF, 2005, p. 10).

Lo anterior, genera desconcierto puesto que es difícil saber a qué edad alcanzamos la madurez, esta capacidad de decir, decidir, pensar y razonar, varía de una persona a otra, de su desarrollo, competencia, reflexión, habilidad, de su libertad de elegir, de su estado psicológico, es de acuerdo a su desarrollo de capacidad natural; apuesto a que conocemos personas que aún al haber alcanzado su mayoría de edad siguen sin ser lo suficientemente maduros para tomar decisiones, es simple, la edad no te da una madurez.

Sin embargo, la Convención sobre los Derechos del Niño no establece que los niños son propiedad de los padres o tutores, éstos tienen una obligación

para con los hijos, por supuesto, en términos de su crianza, de generar las condiciones para que puedan ejercer sus derechos, de protegerlos, de que se sientan importantes, tienen la obligación de desarrollar todas sus potencialidades.

Según Ana María Conde las atribuciones conferidas a los padres o encargados legales de los niños, en ejercicio de la patria potestad, no pueden constituirse en un elemento que permita afectar o suprimir, a través de su ejercicio, los derechos humanos personalísimos de los niños, pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad. (Citada por Herrera, Marisa, 2006)

Sin duda, esta nueva dimensión supone reforzar la conciencia sobre la plena realización de los derechos de la infancia, incluyendo la participación inclusiva de los niños. (Villagrasa Alcaide, Carlos, 2015, p.15)

Reconocer que los niños tienen autonomía progresiva y considerar su opinión teniendo en cuenta su capacidad de discernimiento no es tarea fácil, sin embargo, que sea difícil no significa la invisibilidad de ciertos principios como el de capacidad progresiva, por lo que debe tomarse en consideración en todas las decisiones relacionadas con los niños y los órganos jurisdiccionales deben facilitar la aplicación de este principio.

Es evidente, que la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no plantea una idea clara de la capacidad progresiva de los niños, aunque también es cierto que no los considera incapaces, ya que se dice que los niños lo pueden interponer por sí, para poder hacerlo, éste debe ser acompañado de un representante o tutor, dados los intereses de los niños que se puedan ver involucrados se considera necesaria la representación, pero como vemos, esto no es capacidad progresiva.

El nuevo enfoque de la capacidad progresiva en el juicio de amparo plantea la idea de un sistema normativo más flexible, en el cual la participación de los niños no se vea limitada a la edad, a la incapacidad y por ende a que una persona lo represente, sino que se respete el desarrollo madurativo de los mismos.

Máxime que al no considerar la capacidad progresiva en el juicio de amparo y al ser un requisito indispensable la representación resulta óbice la

tutela judicial efectiva de los derechos humanos de los niños, el poder acceder a un recurso efectivo para la restitución de los derechos transgredidos, considerando el juicio de amparo como una garantía inalcanzable.

RESULTADOS

Nadie duda que los niños sean titulares de derechos, pero para que estos se materialicen se requeriría un nuevo enfoque, el de tener la posibilidad de promover un juicio de amparo, sin la necesidad de señalar representantes, al tener la capacidad progresiva para tomar sus propias decisiones.

No se pretende resolver todos los obstáculos relacionados con el respeto a la capacidad progresiva de los niños, empero sí inspirar al lector a detenerse y analizar cuál ha sido la posición de los niños frente a uno de los mecanismos para proteger sus derechos humanos en México.

Se pretende crear conciencia en la sociedad de que estamos frente a una invisibilidad respecto a los derechos de los niños en general, pero en el caso, frente a su derecho y capacidad de participación vinculada ésta con el acceso a la justicia.

Para lograrlo debería prevalecer el principio de capacidad progresiva, sin que sea la edad el elemento *sine qua non* para determinar el grado de madurez de los niños, o bien para limitar el acceso al juicio de amparo y ejercer por sí determinados derechos.

La Convención sobre los Derechos del Niño exige un cumplimiento por parte de los Estados Partes; el acceso efectivo de los niños, como titulares de derechos en consonancia con su capacidad progresiva, a una garantía fundamental como lo es el juicio de amparo en México para proteger los derechos reconocidos por la Convención y otros derechos humanos, obedece al compromiso que no sólo México tiene, sino todos los Estados Partes que firmaron y ratificaron dicha Convención.

CONCLUSIONES

El tema del ejercicio de los derechos de los niños es complejo y requiere de una atención adecuada y precisa para una efectividad uniforme, justa y ponderada, donde los principios fundamentales sean la capacidad progresiva y el interés superior del niño.

Se deben fijar condiciones para evitar que la determinación de la mayoría de edad impida ejercer sus derechos, y que no quede supeditada la representación a la discrecionalidad judicial.

Debemos entender al niño como ese proceso de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal, social y jurídica.

Así como aprender a mirar la realidad de los niños, reconociendo y fomentando su participación en distintos ámbitos, considerando su derecho a la escucha, expresión, libertad y autonomía, estando en condiciones de ejercer por sí sus derechos humanos, formando parte en los asuntos que les conciernen.

No obstante, la apuntado, con el principio de capacidad progresiva no se pretende que los padres pierdan facultades para con los hijos, ellos siguen teniendo la obligación de formar y educar a los niños, con el fin de prepararlos para la vida.

Sin embargo, la competencia para ejercer los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, debe responder en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes al principio de capacidad progresiva para evitar caer en un supuesto de responsabilidad internacional.

REFERENCIAS

- Beloff, Mary (2012). *La Ley. Convención sobre los derechos del niño. Comentada y anotada*, Buenos Aires: Fondo Editorial.
- Fernández Sessarego, Carlos, (2006): *Persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho. Un necesario deslinde conceptual en los umbrales de siglo XXI*, Argentina: Astrea.
- Herrera, Marisa (2006). *Luces y sombras sobre la voz del niño en su adopción*, IV Jornadas Regionales y I Jornadas Nacionales Interdisciplinarias de Adopción, Argentina: Poder Judicial-Tribunales de Familia.
- Kemelmajer de Carlucci, Aida (2009). *El derecho del niño a su propio cuerpo*, Argentina: Culzoni Editores.
- Quinceno Franco, Gloria Inés y Rodríguez López, Ramiro (2012). *Las relaciones familiares en el siglo XXI*, Colombia: Universidad La Gran Colombia.
- Revettlat Ballesté, Isaac y Pinochet Olave, Ruperto (2015). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 42, N° 3.
- Revettlat Ballesté, Isaac (2015). *Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia*, España: Universitat Politecnica de Valencia.
- UNICEF, (2005): *La evolución de las facultades del niño*, Italia: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

Villagrasa Alcaide, Carlos e Revetllat Ballesté, Isaac (2015). *Por los derechos de la infancia y la adolescencia. Reivindicaciones internacionales de niños, niñas y adolescentes*, España: Huygens.

NORMAS CITADAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Ley de Amparo), DOF 02-04-2013.

Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, DOF 04-12-2014.

Convención sobre los Derechos del Niño, noviembre 20, 1989.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, noviembre, 1969.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, diciembre 16, 1966.

Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, número 17/2002. Condición Jurídica y derechos humanos del niño, en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

Observación general del Comité de los Derechos del Niño número 14/2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, en: http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.pdf

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, 10ª época, México, Interés legítimo en el amparo. Su diferencia con el interés simple, Luis Manuel Pérez de Acha y otros, 1a./J. 38/2016, 26 de agosto.

LOS DERECHOS SOCIALES: CONCEPTUALIZACIÓN, CONTENIDO, APRECIACIÓN Y PROTECCIÓN JURISDICCIONAL A TRAVÉS DEL AMPARO EN MÉXICO¹

MANUEL DE JESÚS CORADO DE PAZ²

I. INTRODUCCIÓN

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, los Estados Partes reconocieron que:

“no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

Asimismo, en la Parte III de dicho Pacto, los Estados Partes reconocieron como derechos sociales básicos: el derecho a trabajar, así como al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias; el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de huelga; el derecho a la seguridad social; la protección y asistencia familiar, así como especial protección a la madres, los niños y adolescentes; el derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, lo que incluye alimentación,

¹ El capítulo del libro es producto del proyecto de investigación: “JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES EN MÉXICO”. Financiado por el Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales - México.

² Doctor en Derecho Público. Director del Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Miembro del Sistema Estatal de Investigadores. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Miembro Honorario de las Asociaciones Brasileña, Colombiana, Panameña y Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional. Miembro de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Correo electrónico: coradodepaz.manuel@cijjus.org

vestido y vivienda adecuados, y una mejora continua de las condiciones de existencia; el derecho a estar protegido contra el hambre; el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; el derecho a la educación; el derecho a participar en la vida cultural; gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, entre otros.

Tomando como referencia lo anterior, aunado al contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que ya hacía mención de estos derechos, y del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los derechos sociales se han configurado en el ámbito internacional y regional, definiendo los parámetros que debemos considerar para su plena efectividad.

En el caso mexicano, esta configuración ha tenido en el amparo la vía idónea para que los órganos jurisdiccionales de carácter federal que se encuentran facultados para ello, contribuyan, a través de sus criterios, vinculantes u orientadores según sea el caso, a la consolidación de su contenido, alcance, características y efectividad, tanto en lo general como de manera específica.

En virtud de lo anterior, nuestro objetivo estriba en ofrecer un bosquejo respecto a la conceptualización y contenido de los derechos sociales, partiendo de tres ámbitos, a saber: internacional, regional y nacional; así como en presentar el escenario actual en cuanto a su protección en el sistema jurídico mexicano y la apreciación que de ellos se ha generado en el seno del Poder Judicial de la Federación, principalmente a partir de la décima época del Semanario Judicial de la Federación, iniciada el 4 de octubre de 2011.

Para efectos de lo anterior es importante no olvidar que el principio de progresividad y no regresividad de los derechos sociales ha sido aplicado por diferentes Tribunales Constitucionales, como parámetro de control de constitucionalidad en abstracto y en concreto. Dicho principio establece el reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de los derechos sociales, económicos y culturales, e impone algunas restricciones a la potestad de configuración normativa del legislador.

II. CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Los derechos sociales constituyen prerrogativas y pretensiones que, de manera individual o colectiva, podemos exigir ante la actividad que

desarrolla el Estado, por lo que, en consecuencia, se trata de prestaciones positivas, es decir, implican obligaciones que el Estado debe hacer a favor de los miembros de una colectividad, lo que va más allá de la simple limitación del Estado, entendida como una abstención, que caracteriza a los derechos individuales.

Sobre el particular, Nogueira (2009) ha señalado que estos derechos constituyen presupuestos y complementos indivisibles del goce de los derechos individuales, al constituir condiciones materiales que posibilitan un mejor y más efectivo ejercicio de todos de las libertades. En consecuencia, refiere que tales derechos no tienen diferencias cualitativas u ontológicas que permitan diferenciarlos de los derechos individuales.

Sin embargo, debido al desarrollo económico, social y político de los Estados, los derechos sociales se han convertido en un programa de acción, dejando de lado el carácter directo e inmediato de su exigibilidad.

De esta manera, tradicionalmente, estos derechos han sido considerados con un carácter prestacional, supeditados a los recursos económicos disponibles para su realización por parte de los Estados.

En 2014, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió un criterio mediante el cual determinó que “el contenido normativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, permite concluir que ***la obligación estatal de proteger, respetar y promover los derechos*** contenidos en ese instrumento ***no puede desconocer la situación particular que enfrente cada país, por lo que no existirá una violación a los derechos en él tutelados, a pesar de que se acredite que un determinado derecho no ha sido realizado o alcanzado un nivel óptimo de eficacia, siempre y cuando el Estado haya demostrado que ha utilizado todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer las obligaciones establecidas en la propia convención.*** De ahí que no basta la simple afirmación del Estado Mexicano de que existe limitación presupuestaria para que se tenga por acreditado que ha adoptado todas las medidas “hasta el máximo de los recursos” de que disponga, para lograr la realización de los derechos consagrados en el referido Pacto, sino que para ello deberá aportar el material probatorio en que sustente su dicho. Por tal motivo, en todo asunto en el que se impugne la violación a los derechos constitucionales de la materia, ***los juzgadores nacionales deben distinguir entre la incapacidad real para cumplir con las obligaciones que el Estado***

ha contraído en materia de derechos humanos, frente a la renuencia a cumplirlas, pues es esa situación la que permitirá determinar las acciones u omisiones que constituyan una violación a tales derechos humanos”.

En virtud de lo anterior, los derechos sociales se presentan como normas programáticas o aspiraciones colectivas o fines plasmados en la norma constitucional, dependiendo de la situación específica de desarrollo relativa y situación económica de cada Estado, por tanto, tienen un carácter relativo, ya que la capacidad económica financiera de los países puede sufrir variaciones (Nogueira, 2009).

Sobre este tema, Mezzetti (2015) ha expresado que los derechos sociales son derechos humanos fundamentales y para ser exigibles necesitan dos condiciones estructurales: a) ser concebidos como “indivisibles” respecto a los demás derechos fundamentales (civiles y políticos) y b) estar enraizados en un contexto, en un espacio social e institucional, también “multinivel”, en el que el Estado ejerce un papel decisivo, como regulador general y actuador de los mismos.

III. CONTENIDO DE LOS DERECHOS SOCIALES

Los derechos sociales comprenden: el derecho al trabajo, particularmente a condiciones justas y favorables en el desarrollo del mismo; el derecho de sindicación; el derecho a la seguridad social; el derecho a un nivel de vida suficiente que incluye una alimentación, una vivienda y una salud adecuadas; el derecho a la educación, y los derechos en materia cultural y científica (Rodríguez, en IJ-UNAM, 2004, p. 1276).

1. *El derecho al trabajo*

En el ámbito internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 23, apartados 1, 2 y 3, establece:

“Artículo 23

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus artículos 6 y 7 hace referencia al derecho al trabajo en los términos siguientes:

“Artículo 6.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

Artículo 7.

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
 - i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
 - ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;
- b) La seguridad y la higiene en el trabajo;
- c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;

d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.”

En el marco regional, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus artículos 6 y 7, dispone:

“Artículo 6.

Derecho al Trabajo.

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2. Los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Artículo 7.

Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo.

Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

a. Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;

b. El derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;

c. El derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;

- d. La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista (sic) por la legislación nacional;
- e. La seguridad e higiene en el trabajo;
- f. La prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida;
- g. La limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos;
- h. El descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales”.

Sobre este tópico, el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su parte inicial, establece que toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; por ende, el Estado promoverá la creación de empleos y la organización social de trabajo. Posteriormente, hace una división entre las leyes y condiciones que regirán las relaciones laborales entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos y artesanos; de las que regirán las relaciones entre los Poderes de la Unión y sus trabajadores.

De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2008), los derechos sociales plasmados en el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fijaron los cimientos de una legislación laboral inspirada en principios de justicia y humanidad, todo ello en aras de preservar, frente a una relación jurídica desigual, la existencia de una clase social económicamente débil y desvalida, sobre la base de un mínimo de condiciones destinadas a dignificar y elevar la condición humana de los trabajadores. Entre dichas condiciones cabe señalar: la duración de la jornada laboral, el trabajo de las mujeres y de los menores, el salario, la participación de los trabajadores en las utilidades, seguridad e higiene, vivienda para los trabajadores, capacitación y adiestramiento, entre otras.

De esta manera, la primera obligación del Estado en relación con el derecho al trabajo como derecho social es promover las condiciones para que ese derecho pueda ser ejercido, lo que se traduce en la creación de ocasiones de empleo para las personas que quieran trabajar (Carbonell, 2011, p. 970).

2. El derecho de sindicación

El derecho de sindicación se encuentra reconocido en el artículo 23.4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 23...

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.”

A su vez, el artículo 8.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus tres primeros incisos, dispone:

“Artículo 8.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;”

Dentro del contexto interamericano, el artículo 8 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala:

“Artículo 8

Derechos Sindicales

1. Los Estados Partes garantizarán:

a. El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados Partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados Partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente; ...

3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato.”

Sobre el particular, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 123, apartado A, fracciones XVI y XXII, establece que tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos; y que el patrono que despida a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario, respectivamente.

El Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región ha señalado que un sindicato no es otra cosa que la asociación de trabajadores cuyo objetivo es la defensa de los intereses profesionales, económicos y laborales de los asociados, las decisiones que tome en uso de su libertad sindical, pueden afectar directamente a los trabajadores, pues son ellos en quienes recaen las decisiones tomadas por el sindicato que los representa. Sin embargo, la celebración de convenios por parte del sindicato en representación de sus agremiados no está exenta del deber de respetar el principio de legalidad.

Sobre el derecho de sindicación, en relación con los trabajadores de confianza al servicio del Estado, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en 1997, emitió una tesis aislada en el que determinó que éstos solamente pueden disfrutar de las medidas de protección al salario y de seguridad social, pues sus derechos laborales están limitados en términos de la fracción XIV del apartado B del artículo 123 constitucional y cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 123...

B...

XIV. La ley determinará los cargos que serán considerados de confianza. Las personas que los desempeñen disfrutarán de las medidas de protección al salario y gozarán de los beneficios de la seguridad social”.

En virtud de lo anterior, el Segundo Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito determinó que los trabajadores de confianza al servicio del Estado no gozan del derecho de sindicación en defensa de sus intereses, que consagra la fracción X del apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que ese derecho se otorga exclusivamente a los trabajadores de base al servicio del Estado.

3. El derecho a la seguridad social

En relación con el derecho a la seguridad social, el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, señala:

“Artículo 22

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

Por su parte, el numeral 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

“Artículo 9

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

Siguiendo la misma tesitura, y con mayor amplitud, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresa:

“Artículo 9

Derecho a la Seguridad Social

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o

mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la referencia a la seguridad social se ubica en el artículo 123, apartado A, fracción XXIX y apartado B, fracción XI, al establecer que es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares; así como las bases mínimas conforme a las cuales se organizará la seguridad social tratándose de los trabajadores de los Poderes de la Unión.

De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2008), la seguridad social nació para reparar las consecuencias de los riesgos de trabajo y naturales que, al privar al hombre de su capacidad de trabajo y de ganancia, lo orillaban a la miseria.

4. El derecho a un nivel de vida suficiente

En el marco internacional, el artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos hace mención de este derecho en los términos siguientes:

“Artículo 25.

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

Por su parte, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala:

“Artículo 11.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia...”

Por lo que atañe al derecho a un nivel de vida suficiente, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió un criterio cuyo tenor es el siguiente: DERECHO A ACCEDER A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO. SU PLENA VIGENCIA DEPENDE DE LA COMPLETA SATISFACCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PROPIOS DE LA ESFERA DE NECESIDADES BÁSICAS DE LOS SERES HUMANOS. Esta Primera Sala advierte que del texto actual del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se desprende, si bien no en estos términos literales, un derecho fundamental de toda persona a acceder a un nivel de vida adecuado o digno; derecho que también encuentra fundamento expreso en diversos instrumentos internacionales, entre los que podemos destacar el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Una característica distintiva de este derecho radica en la íntima relación que mantiene con otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, alimentación, vestido, vivienda, educación y salud, pues es claro que *para que una persona se encuentre en condiciones de alcanzar un determinado nivel de bienestar requiere que todas sus necesidades básicas se encuentren adecuadamente satisfechas*. Así, se advierte que *la plena vigencia del derecho fundamental a un nivel de vida adecuado o digno depende a su vez de la completa satisfacción de esta esfera de derechos propia de las necesidades básicas de los seres humanos*.

A. *El derecho a la alimentación*

En el ámbito regional, el artículo 12 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

“Artículo 12.

Derecho a la Alimentación.

1. Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual.

2. Con el objeto de hacer efectivo este derecho y a erradicar la desnutrición, los Estados Partes se comprometen a perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos, para lo cual se comprometen a promover una mayor cooperación internacional en apoyo de las políticas nacionales sobre la materia”.

En México, el derecho a la alimentación fue recogido en el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el 13 de octubre de 2011, y se encuentra ubicado en el artículo 4º, párrafo tercero, que establece que toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad, derecho que deberá ser garantizado por el Estado.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación general N° 12, define las obligaciones que los Estados partes tienen que cumplir con el fin de hacer efectivo el derecho a una alimentación adecuada en el plano nacional. Estas obligaciones son las siguientes:

1. La obligación de respetar el acceso existente a una alimentación adecuada requiere que los Estados no adopten medidas de ningún tipo que tengan por resultado impedir ese acceso.
2. La obligación de proteger requiere que el Estado Parte adopte medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a una alimentación adecuada.
3. La obligación de realizar (facilitar) significa que el Estado debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren sus medios de vida, incluida la seguridad alimentaria.
4. Cuando un individuo o un grupo sea incapaz, por razones que escapen a su control, de disfrutar el derecho a una alimentación adecuada por los medios a su alcance, los Estados tienen la obligación de realizar (hacer efectivo) ese derecho directamente. Esta obligación también se aplica a las personas que son víctimas de catástrofes naturales o de otra índole.

B. El derecho a una vivienda digna y decorosa

El artículo 4º, párrafo séptimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el derecho a una vivienda digna y decorosa como un derecho fundamental, y delega a la ley el establecimiento de los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

En torno al derecho a una vivienda digna y decorosa, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió un criterio que reza: DERECHO FUNDAMENTAL A UNA VIVIENDA DIGNA Y DECOROSA. SU CONTENIDO NO SE AGOTA CON LA INFRAESTRUCTURA BÁSICA ADECUADA DE AQUÉLLA, SINO QUE DEBE COMPRENDER EL ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS BÁSICOS. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada 1a. CXLVIII/2014 (10a.), estableció el estándar mínimo de infraestructura básica que debe tener una vivienda adecuada; sin embargo, ello no implica que *el derecho fundamental a una vivienda adecuada* se agote con dicha infraestructura, pues en términos de la Observación No. 4 (1991) (E/1992/23), emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, el derecho fundamental referido *debe comprender, además de una infraestructura básica adecuada, diversos elementos, entre los cuales está el acceso a ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad y otros servicios sociales*, como son los de emergencia, hospitales, clínicas, escuelas, así como la prohibición de establecerlos en lugares contaminados o de proximidad inmediata a fuentes de contaminación. Asimismo, dentro de los Lineamientos en Aspectos Prácticos respecto del Derecho Humano a la Vivienda Adecuada, elaborados por el Comité de Asentamientos Humanos de las Naciones Unidas, se señaló que los Estados debían asegurarse de que las viviendas tengan acceso a la prestación de servicios como recolección de basura, transporte público, servicio de ambulancias o de bomberos. Ahora bien, *el derecho a una vivienda adecuada es inherente a la dignidad del ser humano, y elemental para contar con el disfrute de otros derechos fundamentales, pues es necesaria para mantener y fomentar la salud física y mental, el desarrollo adecuado de la persona, la privacidad, así como la participación en actividades laborales, educativas, sociales y culturales*. Por ello, *una infraestructura básica de nada sirve si no tiene acceso a servicios básicos* como son, enunciativa y no limitativamente, los de: iluminación pública, sistemas adecuados de alcantarillado y evacuación de basura, transporte público, emergencia, acceso a medios de comunicación, seguridad y vigilancia, salud, escuelas y centros de trabajo a una distancia razonable. De ahí que si el Estado condiciona el apoyo a la vivienda a que se resida en un lugar determinado, bajo la consideración de que lo hace con la finalidad de satisfacer el derecho fundamental a la vivienda digna y decorosa de los gobernados, la vivienda que otorgue debe cumplir no sólo

con una infraestructura básica adecuada, sino también con acceso a los servicios públicos básicos, incluyendo el de seguridad pública ya que, en caso contrario, el Estado no estará cumpliendo con su obligación de proporcionar las condiciones para obtener una vivienda adecuada a sus gobernados.

Asimismo, dicho Sala emitió un criterio cuyo tenor es el siguiente: DERECHO FUNDAMENTAL A UNA VIVIENDA DIGNA Y DECOROSA. ALCANCE DEL ARTÍCULO 4o., PÁRRAFO SÉPTIMO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Si bien es cierto que el citado derecho fundamental, reconocido en el artículo 4o., párrafo séptimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tuvo como origen el deseo de satisfacer una necesidad colectiva, también lo es que no puede limitarse a ser un derecho exclusivo de quienes son titulares de una vivienda popular o incluso carecen de ella; esto es, ***el derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa protege a todas las personas y, por tanto, no debe ser excluyente***. Ahora bien, lo que delimita su alcance es su contenido, pues lo que persigue es que los ciudadanos obtengan lo que debe entenderse por una vivienda adecuada, lo cual no se satisface con el mero hecho de que las personas tengan un lugar para habitar, cualquiera que éste sea; sino que para que ese lugar pueda considerarse una vivienda adecuada, debe cumplir necesariamente con un estándar mínimo, el cual ha sido definido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas en la Observación General No. 4 (1991) (E/1992/23), al interpretar el artículo 11, numeral 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1981, ya que en caso contrario no se daría efectividad al objetivo perseguido por el constituyente permanente. De forma que lo que dispone el artículo 4o. de la Constitución Federal constituye un derecho mínimo, sin que obste reconocer que ***los grupos más vulnerables requieren una protección constitucional reforzada y, en ese tenor, es constitucionalmente válido que el Estado dedique mayores recursos y programas a atender el problema de vivienda que aqueja a las clases más necesitadas, sin que ello implique hacer excluyente el derecho a la vivienda adecuada***.

De igual forma, derivado del amparo directo en revisión 3516/2013, emitió la siguiente tesis aislada: DERECHO FUNDAMENTAL A UNA VIVIENDA DIGNA Y DECOROSA. SU CONTENIDO A LA LUZ DE LOS TRATADOS

INTERNACIONALES. El artículo 11, numeral 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1981, establece el derecho de toda persona a una vivienda adecuada, así como la obligación de los Estados Parte de tomar las medidas apropiadas para asegurar su efectividad. Ahora bien, de la interpretación realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas en la Observación General No. 4 (1991) (E/1992/23), a dicho numeral, así como de los Lineamientos en Aspectos Prácticos respecto del Derecho Humano a la Vivienda Adecuada, elaborados por el Comité de Asentamientos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, y los Principios de Higiene de la Vivienda, emitidos por la Organización Mundial de la Salud, en Ginebra en 1990, se concluye que ***el derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa, tiene las siguientes características: (a) debe garantizarse a todas las personas; (b) no debe interpretarse en un sentido restrictivo; (c) para que una vivienda se considere “adecuada” requiere contar con los elementos que garanticen un nivel mínimo de bienestar a quien la habite, esencialmente, una infraestructura básica adecuada, que proteja de la humedad, la lluvia, el viento, así como riesgos estructurales, con instalaciones sanitarias y de aseo, un espacio especial para preparar e ingerir los alimentos, espacio adecuado para el descanso, iluminación y ventilación adecuadas, acceso al agua potable, electricidad, y drenaje; y, (d) los Estados deben adoptar una estrategia nacional de vivienda para alcanzar el objetivo establecido en el pacto internacional de referencia, así como tomar e implementar las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y judiciales adecuadas para la realización plena de dicho derecho***, dentro de las cuales está asegurar a la población recursos jurídicos y mecanismos judiciales para que los gobernados puedan reclamar su incumplimiento, cuando las condiciones de las viviendas no sean adecuadas o sean insalubres. Así, dichos aspectos constituyen los elementos básicos del derecho a una vivienda digna y decorosa reconocido por el artículo 4o., párrafo séptimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consistente en que todas las personas cuenten con una vivienda que tenga los elementos mínimos necesarios para ser considerada como tal.

C. El derecho a la salud

El Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, define a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social,

y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. En este tenor, de acuerdo con esta Organización, el derecho a la salud incluye el acceso a una atención sanitaria oportuna, aceptable, asequible y de calidad satisfactoria; y significa que los Estados deben crear las condiciones que permitan que todas las personas puedan vivir lo más saludablemente posible y que incluyen la disponibilidad garantizada de servicios de salud, condiciones de trabajo saludables y seguras, vivienda adecuada y alimentos nutritivos.

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone:

“Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

A su vez, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

“Artículo 10

Derecho a la Salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
 - a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

- b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
- c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
- d. La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
- e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
- f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”.

En el ámbito interno, el artículo cuarto, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tutela la protección de la salud, en consecuencia, dicha protección constituye un derecho fundamental que el Estado mexicano está obligado a garantizar.

Sobre el particular, Roccatti (1996) refiere que lo dispuesto por el artículo 4º. Constitucional y demás normatividad en materia de salud, obliga al Estado a instrumentar acciones tendentes a lograr el bienestar físico y mental de los mexicanos; a prolongar y mejorar la calidad de vida en todos los sectores sociales, especialmente en los más necesitados; a propiciar y expandir en la medida de lo posible, la preservación y conservación de la salud; a promover servicios de salud y asistencia social capaces de satisfacer las necesidades de la población; a difundir los conocimientos técnicos y sociales para el debido aprovechamiento y uso de los servicios de salud y, a obtener un desarrollo en la enseñanza e investigación científica y tecnológica adecuada.

En relación al derecho a la salud, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió un criterio que a la letra dice: SALUD. DERECHO AL NIVEL MÁS ALTO POSIBLE. ÉSTE PUEDE COMPRENDER OBLIGACIONES INMEDIATAS, COMO DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO. El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé *obligaciones de contenido y de resultado; aquéllas, de carácter inmediato, se refieren a que los derechos se ejerciten sin discriminación y a que el Estado adopte dentro de un plazo breve medidas deliberadas, concretas y orientadas a satisfacer las obligaciones convencionales, mientras que las de resultado o mediatas, se relacionan con el principio de progresividad, el cual debe analizarse a la luz de un dispositivo de flexibilidad que refleje las realidades del mundo y las*

dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. En esa lógica, teniendo como referente el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental contenido en el artículo 12 del citado Pacto, se impone al Estado Mexicano, por una parte, ***la obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un nivel esencial del derecho a la salud y, por otra, una de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio por todos los medios apropiados, hasta el máximo de los recursos de que disponga.*** De ahí que se configurará una violación directa a las obligaciones del Pacto cuando, entre otras cuestiones, el Estado Mexicano no adopte medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, para dar plena efectividad al derecho indicado.

En el amparo en revisión 136/2015, el Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito determinó que, para garantizar el derecho humano a la salud, las dependencias y entidades que prestan el servicio de protección de la salud deben suministrar a sus beneficiarios los medicamentos que se les prescriban, aun cuando no estén incluidos en el cuadro básico y catálogo de insumos del sector salud, atento a la visión progresiva con la que deben apreciarse los derechos fundamentales.

5. El derecho a la educación

En relación al derecho a la educación, el numeral 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece:

“Artículo 26

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”.

Sobre el particular, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, expresa:

“Artículo 13

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades

públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado”.

Por su parte, el artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone:

“Artículo 13

Derecho a la Educación

1. Toda persona tiene derecho a la educación.
2. Los Estados Partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.
3. Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:
 - a. La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
 - b. La enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
 - c. La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

- d. Se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
 - e. Se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.
4. Conforme con la legislación interna de los Estados Partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecúe a los principios enunciados precedentemente.
 5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados Partes”.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el artículo 3º se refiere al derecho fundamental a la educación, y establece que toda persona tiene derecho a recibir educación; el carácter obligatorio de la educación preescolar, primaria, secundaria y media superior; los fines que persigue la educación; su carácter laico; los criterios que la orientarán; su carácter gratuito, por mencionar algunos aspectos.

Sobre el derecho a la educación, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió el criterio siguiente: DERECHO A LA EDUCACIÓN. ES UNA ESTRUCTURA JURÍDICA COMPLEJA QUE SE CONFORMA CON LAS DIVERSAS OBLIGACIONES IMPUESTAS TANTO EN LA CONSTITUCIÓN, COMO EN LOS DIVERSOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. El derecho a la educación es un derecho social y colectivo el cual se entiende como una *prerrogativa que tiene todo ser humano a recibir la formación, la instrucción, dirección o enseñanza necesarias para el desarrollo armónico de todas sus capacidades cognoscitivas, intelectuales, físicas y humanas; se trata de un elemento principal en la formación de la personalidad de cada individuo, como parte integrante y elemental de la sociedad*. Dicha prerrogativa está contenida en el artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; así como en los artículos 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el 13.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 26.1 de la

Declaración Universal de Derechos Humanos; y XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. De estos ordenamientos se desprende que la efectividad de este derecho se obtiene mediante el cumplimiento de una diversidad de obligaciones que están a cargo de una multiplicidad de sujetos, tales como la capacitación de las personas para participar en una sociedad libre, que ***debe impartirse por las instituciones o el Estado de forma gratuita y ajena a toda discriminación***, en cumplimiento a las ***características de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad***. Todas estas obligaciones estructuradas de manera armónica, a partir de las obligaciones generales de promoción, protección, respeto y garantía que establece el artículo 1o. de la Constitución.

Asimismo, dicho órgano jurisdiccional emitió la tesis siguiente: DERECHO A LA EDUCACIÓN. SU EFECTIVIDAD ESTÁ GARANTIZADA POR DIVERSAS OBLIGACIONES DE CARÁCTER POSITIVO Y NEGATIVO A CARGO DEL ESTADO Y DE LOS PARTICULARES. De los artículos 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 13, numeral 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 13, numeral 1, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 26, numeral 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y XII, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se advierte el establecimiento de diversas ***obligaciones, tanto positivas como negativas***, a cargo del Estado y de los particulares, tendientes a respetar y garantizar el derecho humano a la educación en favor de todo ciudadano, como base de la sociedad a la que pertenece. Por tanto, ***la efectividad del derecho indicado puede lograrse mediante el cumplimiento de obligaciones de respeto, en las cuales se busca no obstaculizar o impedir el acceso al goce de los derechos; igualmente, a través de conductas positivas, como las relativas a llevar a cabo acciones para no permitir que terceros obstaculicen esos bienes referentes a la protección del derecho, o incluso acciones de garantía, que aseguran que el titular del derecho acceda al bien cuando no pueda hacerlo por sí mismo. Asimismo, pueden identificarse prohibiciones, como las relativas a no impedir el acceso a los servicios de educación***, al igual que conductas positivas relacionadas con la prestación de servicios educativos de manera gratuita, dentro de lo cual se incluye la construcción de centros educativos,

de instalaciones sanitarias, la participación de docentes calificados y el pago de salarios competitivos, entre otras. Además, si bien es cierto que los ordenamientos disponen una puesta en práctica gradual del derecho y reconocen las restricciones debidas a las limitaciones de los recursos, también lo es que se imponen obligaciones con efecto inmediato, como lo es la no discriminación, la relativa a mantener un sistema transparente y eficaz para comprobar si la educación se orienta o no realmente a los objetivos educativos, así como la de establecer normas mínimas que deben cumplir todas las instituciones de enseñanza privada, entre otras.

6. Los derechos en materia cultural y científica

Por lo que atañe a los derechos en materia cultural y científica, el numeral 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece:

“Artículo 27

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

A su vez, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone:

“Artículo 15

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
 - a) Participar en la vida cultural;
 - b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
 - c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales”.

Por su parte, el artículo 14 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece:

“Artículo 14

Derecho a los Beneficios de la Cultura

1. Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:

a. Participar en la vida cultural y artística de la comunidad;

b. Gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;

c. Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte.

3. Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia”.

Por lo que atañe a los derechos culturales, el artículo cuarto, penúltimo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adicionado el 30 de abril de 2009, refiere que toda persona tiene derecho al

acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como al ejercicio de sus derechos culturales.

IV. LOS DERECHOS SOCIALES Y SU PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL AMPARO EN MÉXICO

En el marco de los derechos sociales y su protección a través del amparo, es importante cuestionarse acerca de si se justifica la intervención del Juez Constitucional en las políticas públicas que pretenden garantizar los derechos sociales; aspecto que debe ser abordado a través del neoconstitucionalismo, entendido como modelo institucional de organización Política (Rodríguez, 2014).

El amparo, señala Del Castillo (2016), rememorando las clases del insigne jurista Ignacio Burgoa Orihuela, es un medio de control constitucional por órgano judicial y vía activa, lo que significa que este juicio tiene por finalidad estudiar y, en su caso, anular actos de autoridad que violen la Constitución, del que conocen los Tribunales Federales, previa instancia del agraviado por un acto de autoridad que al hacer entrar en movimiento al Tribunal que conoce del juicio, orilla a que éste substancie un juicio propiamente tal, que concluirá con una sentencia que solamente crea sus consecuencias en la esfera jurídica de quienes fueron parte en el mismo, y que da inicio merced al ejercicio de la acción de amparo por parte del agraviado.

En términos llanos, el amparo es un medio de defensa que las personas tenemos para proteger, ante los tribunales, los derechos que reconoce nuestra Constitución cuando consideramos que una autoridad los está violentando (SCJN, 2014, p. 11).

Así, el amparo, cuya existencia a nivel federal data de 1857, es la institución jurídica de mayor trascendencia, y de mayor arraigo, en el sistema jurídico mexicano pues su finalidad es proteger a las personas contra cualquier norma general, acto u omisión que deriven del poder público o, incluso, de los particulares cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

Pese a lo anterior, los derechos sociales se han concebido como espacios restringidos para la acción de amparo, debido a que su judicialización ha sido compleja y, en muchas ocasiones, imposible.

En México, durante casi todo el siglo XX, los derechos sociales fueron considerados por la doctrina y la jurisprudencia sólo como derechos programáticos de los que se desprendían obligaciones de hacer, económicamente costosas y por ello imposible de ser reclamados ante tribunales (Gutiérrez, 2014). No obstante, esta idea ha sido superada, ya que diversos estudios han determinado que la tutela jurisdiccional de estos derechos no invade las competencias de otros poderes cuya función estriba en administrar presupuestalmente las finanzas del Estado (Cruz, 2013).

Esta confrontación de ideas ha permitido concluir que la efectiva realización de los derechos sociales constituye un desafío para la teoría de los derechos humanos, sobre todo si consideramos la grave crisis económica de corte global que enfrentamos.

En este tenor, las reformas constitucionales que tuvieron verificativo el 6 y 10 de junio de 2011, en materia de amparo y derechos humanos, respectivamente, así como la publicación de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, acaecida el 2 de abril de 2013, constituyeron un golpe de timón en la justiciabilidad de los derechos sociales, por ende, la abstención, inobservancia y negación en que ha incurrido el Estado Mexicano por lo que a estos derechos atañe ya no tiene cabida, los obstáculos para exigir su efectividad se han superado con este nuevo entramado normativo, en consecuencia, corresponde a los operadores jurídicos comenzar a pugnar por la construcción de una realidad diversa que permita el ejercicio efectivo de los derechos sociales.

Sobre esta exigibilidad, el Quinto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Quinta Región, en una tesis aislada, señaló que la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos, con los derechos sociales, conduce a concluir que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. Por tanto, la exigibilidad de estos derechos amerita que sean justiciables ante los tribunales, a través del juicio de amparo.

De esta manera, las condiciones para que jurisdiccionalmente pueda darse una reivindicación de los derechos sociales están creadas; pues paradójico resulta que nuestra norma fundamental contenga un catálogo de derechos

y que de éstos unos resulten vinculantes y exigibles en sede judicial y otros no (Ríos, 2014).

V. CONCLUSIONES

Si bien es cierto, no es raro enfrentarse con opiniones que, negando todo valor jurídico a los derechos sociales, los caracterizan como meras declaraciones de buenas intenciones, de compromiso político y, en el peor de los casos, de engaño o fraude tranquilizador, las obligaciones asumidas por los Estados son exigibles judicialmente, sin que éstos puedan justificar su incumplimiento señalando que no tuvieron intención de asumir una obligación jurídica sino simplemente de realizar una declaración de buena intención política.

En consecuencia, en el nuevo escenario jurídico que se ha ido configurando a partir de las reformas constitucionales de junio de 2011, los jueces deben adoptar el rol de protectores de los derechos humanos, incluidos los derechos sociales y; por ende, deben requerir y, de ser necesario, obligar a los diversos actores del Estado a cumplir con el mandato constitucional.

Así, dichos operadores deben pugnar para que los derechos sociales dejen de ser derechos de papel y se concreten en el mundo fáctico a efecto de que toda persona goce de las condiciones mínimas para una vida digna, ese es el desafío que deben enfrentar en aras de proteger la dignidad ya no solo de la persona vista en su individualidad, sino desde la perspectiva de una clase social.

VI. REFERENCIAS

- Carbonell, M. (2011). *Los Derechos Fundamentales en México*. Cuarta edición. México. UNAM. Editorial Porrúa. CNDH.
- Del Castillo, A. (2016). *Ley de Amparo Comentada*. México. Ediciones Jurídicas Alma.
- Mezzetti, L. (2015). *Los Derechos Sociales Fundamentales*. Colombia. Ediciones Nueva Jurídica.
- Rodríguez, J. “Voz: Derechos sociales”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas. (2004). *Diccionario Jurídico Mexicano. D – H*. México. UNAM. Editorial Porrúa.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2008). *Las garantías sociales*. Segunda edición. México. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

DE INTERNET

- Cruz, J. (2013). *El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos. Observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva*. Isonomía. No. 39. [En línea]. Disponible en: http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia39/39_6.pdf
- Gutiérrez, R. (2014). “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos”, en Cervantes, M., Emanuelli, M., Gómez, O., Sandoval, A. (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 91. [En línea]. Disponible en: <http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/banner/archivos/Hay%20Justicia%20para%20los%20Derechos%20Economicos%20sociales%20y%20culturales%201.pdf>
- Nogueira, H. (2009). *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Fundamentales efectivos en el Constitucionalismo Democrático Latinoamericano*. [En línea]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200007
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Relator Especial sobre el derecho a la alimentación*. [En línea]. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Food/Pages/FoodIndex.aspx>
- Ríos, O. (2014). *La reforma constitucional en derechos humanos y amparo, una luz para los derechos económicos, sociales y culturales*. [En línea]. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932014000100013
- Roccatti, M. (1996). *Los derechos humanos y el derecho a la protección de la salud en el Estado de México*. [En línea]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/21/pr/pr24.pdf>
- Rodríguez, A. (2014) “Indicadores de constitucionalidad de las políticas públicas: enfoque de gestión de derechos”, en: *Revista Via Inveniendi et Iudicandi* documento extraído el 20 de octubre de 2016 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/viei/article/view/2438/2379>
- Saura, J. *La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: Especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)*. [En línea]. Disponible en <http://www.oda-alc.org/documentos/1366757849.pdf>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2014). *La Ley de Amparo en lenguaje llano. ¿Por qué es importante para la protección de nuestros derechos?* [En línea]. Disponible en: http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/acc_ref/LibroLeydeamparoenlenguajellano_0.pdf

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 29 de enero de 2016.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Organización de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Organización de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Organización de Estados Americanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988, disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

TESIS AISLADAS Y JURISPRUDENCIAS

Tesis: (VIII Región) 2o.13 L (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, publicada el viernes 01 de julio de 2016 10:05 h.

Tesis: IX.1o.1 CS (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo III, p. 2014, registro no. 2010052.

Tesis: 1a. CCV/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 19, Junio de 2015, Tomo I, p. 583, registro no. 2009348.

Tesis: 1a. CLXIX/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I, p. 429, registro no. 2009189.

Tesis: 1a. CLXVIII/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I, p. 425, registro no. 2009184.

Tesis: 2a. CVIII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I, p. 1192, registro no. 2007938.

Tesis: 2a. CIX/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I, p. 1190, registro no. 2007936.

Tesis: XI.2o.A.T.3 L (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo III, p. 2969, registro no. 2007849.

Tesis: 1a. CCCLIII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I, p. 599, registro no. 2007730.

Tesis: (V Región) 5o.19 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 9, Agosto de 2014, Tomo III, p. 1731, registro no. 2007253.

Tesis: 1a. CXLVIII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, p. 801, registro no. 2006171.

Tesis: 1a. CXLVI/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, p. 798, registro no. 2006169.

Tesis: P. LXXIII/97, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo V, Mayo de 1997, P. 176, registro no. 198723.

UNA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO PARA EL POSCONFLICTO¹

DALIA CARREÑO DUEÑAS²
JOSÉ ARTURO RESTREPO RESTREPO³

INTRODUCCIÓN

El camino del posconflicto que se empieza a trazar para la nación y el Estado en Colombia, conlleva hacer esfuerzos teóricos para dar cuenta de categorías, nociones, conceptos nuevos y por demás emergentes de toda índole, que han de surgir por las dinámicas de la intersubjetividad en *otras coordinadas* de inclusión, perdón, reconocimiento, alteridad y para el campo del derecho se instauran en términos de derechos, garantías, salvaguardas, sujetos, principios todos dentro de los fines de un Estado social de derecho. De ahí que se justifique una propuesta epistemológica de comprensión del

¹ Este capítulo de libro es producción en cohesión académica entre los Proyectos de investigación pertenecientes al Grupo de Investigación Socio Humanística del Derecho GISHD de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, sede Bogotá, resultado de investigación del proyecto Filosofía y Teoría crítica para el posconflicto perteneciente a la línea Estudios Hermenéuticos, Argumentativos y Críticos en Derecho, Justicia, Prudencia y Paz.

² Licenciada en Filosofía y Letras, Licenciada en Filosofía y Ciencias Religiosas, Abogada, Especialista en Derecho Penal, Magister en Educación, Doctoranda en Derecho Universidad de Buenos Aires. Docente Universidad Santo Tomás, Universidad Católica de Colombia, Líder del grupo de Investigación Socio Humanística del Derecho, clasificado en COLCIENCIAS D. Correo electrónico: daliacarreno@usantotomas.edu.co

³ Licenciado de la Universidad Santo Tomás en Teología y Filosofía, Especialización en Gerencia de Instituciones de Educación Superior, Magister en Educación, Doctor en Educación. Directivo Docente Universidad Santo Tomás Colombia. Co-líder del grupo de investigación Socio Humanística del Derecho, clasificado en COLCIENCIAS D. correo electrónico: frayarturo@usantotomas.edu.co

derecho desde la teoría crítica como la propicia para dar respuesta o al menos para señalar las rutas que una filosofía o teoría del derecho, pueda construir para el posconflicto. La teoría crítica asume un concepto de derecho como abierto, complejo, simbólico, ideológico, en tensión, paradójico como la vida en conjunto del siglo XXI; de ahí que responder a la pregunta acerca de qué aspectos de la teoría crítica, como la consideración del derecho, la adjudicación como rol del juez, y el mismo juez podrían contribuir al nuevo orden jurídico que se avecina con el posconflicto, es el leitmotiv de este resultado de investigación. La metodología desarrollada dentro de la ciencia social a la que pertenece el derecho está inserta dentro de enfoque cualitativo el tipo de investigación es mixto-porque toma aspectos del tipo descriptivo, interpretativo, crítico, hermenéutico y el método en concreto es el asumido como dogmático jurídico.

Todo lo anterior sin dejar de lado que de forma tradicional, la relación entre el las disciplinas actuales y el derecho ha sido abordada desde la instancia modelo o perspectiva positivista. Contrario a lo anterior es importante re pensar la importancia de ampliar el diálogo del derecho con otros saberes de tal manera que inaugure una forma reflexiva de interpretar su ejercicio e instaure otra manera de estudiar las complejidades que en torno al mismo se tejen.

1. TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO Y SOCIEDAD DEL POSCONFLICTO

Pensar el posconflicto desde la teoría crítica del derecho, es un imperativo por las consecuencias que se han de evidenciar en las formas en que se ha de tejer, un nuevo conjunto social, dispuesto a superar el conflicto, y rehacerse desde consensos de convivencia y paz social; todos los órdenes han de ser sometidos a examen, para poder reconfigurar y transformar la cultura de la violencia, que se trazó durante décadas como proyecto colectivo. Uno de estos de forma prevalente es el orden legal, que debe afrontar las intersubjetividades de ciudadanos en ruta de posconflicto, y que tienen el escenario legal para resolver las situaciones problemáticas que conllevan el desencuentro entre ciudadanos reinsertados y ciudadanos que no lo son. Esta innovación jurídica lleva repensar entre otras la noción misma del derecho, *por el desde dónde* se ha de construir, un derecho, un juez, unos principios como los propios, y necesarios para el largo e insospechado proceso de posconflicto. Rehacer o quizá hacer una apuesta por la cimentación de la nación del posconflicto, a pesar de que de manera

paradójica aún no se tiene una sociedad consolidada, y por el contrario se evidencia una sociedad pluralista, dividida, de consumo, móvil y líquida (Bauman, 2011). De manera fuerte problemática por ser Colombia, un país tercermundista que ha logrado globalizar o agendar el proceso de paz, por lo que países y organismos multilaterales, están insertos y dicen de este con autoridad. Y en pleno siglo XXI se conforma como una nación precaria con desigualdades graves y exclusión de oportunidades y servicios de los menos desfavorecidos y más empobrecidos:

Las grandes masas han sido sometidas, durante esta otra década infame de los 90, a un proceso de marginalidad y aculturación que las ha expulsado hacia la periferia de la estructura social (...) ese inicio proceso de exclusión, ha desgarrado el tejido social de una manera tal, que es posible afirmar que no tenemos sociedad o que la que tenemos se encuentra desintegrada a niveles extremos (Cárcova, 2012, p. 52).

Un reto que ha de afrontar el Estado del posconflicto es que esta apuesta ha de hacerla con una sociedad de manera cierta y fuerte escindida, fragmentada en sus cimientos (Dworkin 2007, p. 88) pero de manera contradictoria con la aspiración de construir una nación, con un *proyecto común* dado por las aspiraciones de igualdad, o al menos de acercamiento de las asimetrías e injusticias ofensivas, obligando con ello a pensar de manera creativa en otras coordenadas de intersubjetividad, encuentro y aceptación, con *reglas novedosas no conocidas*, porque la violencia ha instaurado formas ser y asumir el conjunto social. El posconflicto en términos de cese del conflicto armado, requiere reconsiderar un conjunto social por instaurar, como posmoderno (Lyotard, 1995, p 25) pues responde al contexto del reflexionar propio del siglo XXI, y que ha de tener la misión histórica de construir el posconflicto, demanda por su complejidad un modelo de principios, que facilite gracias a los consensos que los ciudadanos como sujetos decepcionados del ejercicio político y de los discursos hegemónicos (Lipovetsky, 2008, p. 62) creen como *nuevas subjetividades* y se aproximen éticamente a construcciones de sentido, de manera renovada de principios esenciales como la paz social como imperativo, la equidad, la democracia, la justicia, y lograr así acuerdos para la vida en conjunto, como aspiración de ser una comunidad política igualitaria, inclusiva y participativa, que es la apuesta en el posconflicto:

El modelo de principio satisface todas nuestras condiciones por lo menos tan bien como cualquier modelo dentro de una sociedad pluralista. Hace que las responsabilidades de la ciudadanía sean especiales: cada ciudadano respeta los principios de equidad e instinto de justicia en el acuerdo político vigente

en su comunidad, que puede ser diferente de aquellos de otras comunidades, considere o no que estos principios son los mejores desde un punto de vista utópico. Hace que estas responsabilidades sean totalmente personales; exige que nadie quede afuera, que todos estamos juntos en la política para mejor o para peor, que nadie debe ser sacrificado” (Dworkin, 1989, p. 156).

Esta diversidad de subjetividades en la vida en conjunto contemporánea, ha sido forjada en el conflicto interno, en las violencias radicales, en la construcción de actores estatuidos dentro de una sustancia de consumo significativo que (Baudrillard, 2004) lleva inserta valores que por su flexibilidad y complejidad entran en conflicto de ahí que hace que la comprensión y construcción simbólica jurídica, como ejercicio de interpretación en todos los escenarios sociales sea controvertido y conflictivo, y aún lo es más cuando toda la Comunidad de intérpretes constitucionales (Böckenförde, 1993) se ve abocada a la necesidad de ponderar principios verbigracia entre la paz y la justicia, quedando en el posconflicto abiertas todas las posibilidades de sopesar, ponderar entre un principio y otro, teniendo como referente siempre la consecución de la paz y las cesiones necesarias para su consecución. Los principios hoy por hoy están en la zona gris en las que los ubican los complejos conflictos de la vida en común, permeando el conflicto a la esencia misma del principio, de esta forma se afirma la conflictividad de la libertad, la justicia, la paz entre otros (Dworkin, 1989, p. 125) que exigen una auténtica labor de comprensión e interpretación, desde un derecho crítico, paradójico, abierto, postpositivista.

El imperativo de sentido ha de ser el que encamine y contribuya con el posconflicto, con su opción porque sólo en la medida en que haya *más sociedad*, cohesión, inclusión, oportunidades, bienes y servicios (Cárcova, 2012, p. 56) es posible el compromiso con la construcción del posconflicto, sólo así se funda este como *asunto de la vida pública*, de la legitimidad misma de la acción pública, del acceso efectivo a las garantías y beneficios del Estado en posconflicto de ahí que sea interés y necesidad *de y para* todos la apuesta por la reconstrucción en esta nueva coordenada. Esta reconstrucción de sentido implica para una sociedad que abandona las rutas del conflicto armado interno, un nuevo sujeto dispuesto de *manera ciudadana* que ha de contribuir con la paz social como mandato, y conlleva a que este transforme de igual forma la racionalidad jurídica en racionalidades jurídicas múltiples (Carreño Dalia et al, 2015), el discurso de violencia por el de la paz social, el de la exclusión por el de inclusión, que co-construya una argumentación

jurídica racional, con una agenda común de derechos, participación y principios, dentro de la lógica del posconflicto:

La cuestión de qué sea argumentación racional o argumentación jurídica racional no es por consiguiente un problema que haya de interesar sólo a los teóricos del Derecho o a los filósofos del Derecho. Se le plantea con la misma urgencia al jurista práctico, e interesa al ciudadano que participa en las cosas públicas. (Alexy, 2010, p. 25).

2. UNA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO PARA EL POSCONFLICTO

Indagar por un derecho y un juez propios para el posconflicto, requiere una opción teórica jurídica contemporánea, que bien puede ser, como se propone en este espacio la teoría o el enfoque crítico del derecho, que pueda enfrentar la labor de la reconstrucción y de de-construcción del Estado social de derecho en posconflicto, y que está revitalizado, por diversas corrientes que se adosan para conformar un derecho histórico, dialogante, discursivo, entre otros enfoques el uso alternativo del Derecho, los Critical Legal Studies el derecho como campo de posibilidades (Santos, 1998, p. 25) como espacio paradójico de poder e ideología (Cárcova, 2012). Todas Corrientes que dialogan con Habermas, Foucault, Vattimo, Rorty, Laclau, Luhmann, Gadamer, Ricoeur entre otros. Así mismo en sus sentidos débiles la teoría crítica dialoga con Dworkin por sus críticas al positivismo, con Alexy en tanto pone en la escena discursiva la teoría de *los principios*, pero no en el sentido técnico de abordarlos a partir de reglas o cánones que se aplican, sino porque en la teoría de los principios reside un *fondo* ideológico que es necesario comprender desde la dimensión constructiva en búsqueda de sentidos, al interior del escenario problemático de lo social, cuyo deber ser está inscrito en el posconflicto. El posconflicto, instituye sujetos y discursos, por lo que el derecho para el posconflicto ha de acotar en su teoría, los giros lingüístico, hermenéutico y las filosofías críticas, que señalan el quehacer emancipador del derecho contribuyendo con la re-creación de nuevos ciudadanos, sensibles y abiertos por el excluido, por el excombatiente, el reinsertado, además de coadyuvar, como protagonista y actor fundante, con los procesos de resocialización. Este nuevo sujeto como ciudadano para el posconflicto ha de revitalizar la nación desde los nuevos lazos que la conforman, valores sociales de aceptación, de comportamientos y visiones de paz social, refundar una sólida alteridad desde el mandato de paz

social. Favoreciendo con ello una renovada teoría general del derecho como superación del positivismo, que ampara y encubre la violencia endémica del conflicto, y en su lugar instaura un nuevo paradigma como *disciplina práctica* que debe hacer las lecturas teóricas para el posconflicto, que de seguro se ha de preguntar de manera insistente ¿qué es lo debido (en términos ético, legal, político) para rehacer la nación que ha superado el conflicto armado interno? (Alexy, 2008, p. 16). El derecho, en esta comprensión crítica para el posconflicto, se constituye, en discurso, nicho simbólico, de creación público, social e histórico, no puede renunciar al rol social que le corresponde como garante de reproducción o de transformaciones y conquistas sociales (Cárcova, 2011).

La teoría crítica se conforma necesaria para reconducir e interpretar el posconflicto a la manera de una red de problemáticas inmersas en la interacción humana como intersubjetividades, en donde debe converger con otros sujetos y otros discursos, de ahí el carácter fuerte del derecho como inter y transdisciplina, abierto a otros discursos. El estado teórico crítico como perspectiva es dialógica, amplia, manifiesta, en horizonte de sentido compartido, con un método dialéctico-comprensivo. Todas las voces y miradas han de integrarse en este nicho simbólico de derecho para el posconflicto, ciudadanos, víctimas, victimarios, escépticos, optimistas, agencias judiciales, militares, policías, colectivos de todas las posturas.

Para la teoría Crítica del Derecho, *el derecho para el posconflicto*, ha de ser una práctica social paradójica, porque en ella misma están a manera de tensión, y en contradicción principios, salvaguardas, garantías fuertes, colisionando, coexistiendo, para aproximarse a formas de consensos, o para encubrirlos; con el fin de instituir sentido y *sociedad* como traducción de legitimidad. La teoría crítica del derecho, es vigorosa por su aporte a los objetos del derecho, de manera particular, al estudio de los principios como normas, con carga ideológica, política, economía y poderíos en choque, principios que en el posconflicto, han de ser reexaminados, puestos en cuestión por toda la comunidad de intérpretes constitucionales porque se ha de *ponderar la paz sacrificando la justicia*, o disminuyendo su tutela y protección.

Esta fuerza inherente de integración social del derecho, de la posibilidad de creación cultural o al menos de conducción de esta, conlleva reconocer el valor ético-educador del orden legal y de sus instituciones macro como el Estado “En realidad el Estado debe concebirse como ‘educador’, por

cuanto tiende precisamente a crear un nuevo tipo o nivel de civilización” (Ferrajoli, 1995, p. 285) no hay duda del rol educador, emancipador del Estado en posconflicto porque *ha de fundar o cofundar con la comunidad de intérpretes* el ciudadano del posconflicto, las racionalidades subyacentes a la convivencia y una sofisticada labor punitiva, como resultado de una *contenida y comprensiva venganza* dentro de un esquema superador de la violencia propia de un orden castigador de una nación en conflicto armado, de ahí que no puede sustraerse a imponer penas a los infractores, incluso a quienes se reintegran al proyecto de nación ni tampoco imputarlas como mero juicio de reproche de peligrosidad general, también debe recompensar a individuos y grupos por contribuir por ejemplo con el fin del conflicto, esta actividad es paradójica y compleja en sí misma, y podría serlo aún más si la comunidad de intérpretes también se inserta en la dinámica de la punibilidad institucionalizada:

el Estado es un instrumento de ‘racionalización’ (...) ‘castiga’ (...) deben tener una sanción punitiva, de alcance moral, y no sólo comportar un juicio de peligrosidad genérica” (...) A la concepción del derecho deberían incorporarse también las actividades ‘premiadoras’ de individuos, de grupos, etc. Se premia la actividad laudable y meritoria del mismo modo que se castiga la actividad criminal (y se castiga con formas originales, haciendo intervenir a la ‘opinión pública’ como sancionadora) (Ferrajoli, 1995, p. 285).

El derecho posmoderno crítico como el que se ha de insertar en el posconflicto supone la exigencia y la existencia de la naturaleza del *poder integrativo* e instaurativo de los campos simbólicos sociales que se construyen desde la dimensión de coerción; aspecto definitivo del carácter del *derecho ciudadano* que recoge el sentido y la comprensión de los imaginarios compartidos de la sanción, del merecimiento, y del perdón (Cárcova, 2006 p. 56). El papel de la coerción del derecho es equívoco, y en el contexto del posconflicto, va a requerir esfuerzos de convergencia social, para que este rol de contención sea cedido en beneficio de la apuesta social, que implica que los actores del conflicto estén ubicados en otras coordenadas de coerción, y que se muten por el perdón, la reinserción y el trabajo social, además de hacer apuestas éticas por una pedagogía de la paz (Sánchez, 2015). La coerción dota de fuerza y poder al derecho como práctica social, porque *su coerción* es poder ideológico, selectivo, paradójico y constitutivo de valores (Alexy, 2008, p. 60). La perspectiva emancipadora crítica del orden legal, ha

de emprender en aras de la construcción de la penalidad para el posconflicto, aminorar el carácter opaco que reside en la red ideológica del Estado, mutarlo como transparente para empoderar el poder del Derecho como perteneciente a la comunidad de intérpretes, no sólo a las elites ilustradas (Dworkin 2008, p. 78); la ciudadanía que se conforma en el posconflicto al estar de forma activa posibilita y articula las concepciones sobre la justicia, recoge como imaginario colectivo los consensos sobre derechos políticos, económicos, sociales y morales, señalando de esta manera, las formas en que la vida en conjunto concreta estos derechos.

La labor de aminorar la opacidad, como acción política del conjunto social, es determinante y definitiva para el postconflicto, como quiera que se ha de *ponderar* las pérdidas y ganancias, pues lo que debe imperar es el criterio de transparencia normativa, es decir el qué y cómo opera el derecho construido por los actores de la comunidad de intérpretes, y no su opacidad o encriptamiento, como dominación social que implica la exclusión por desconocimiento. Aspecto este problemático de tensión, de lucha de poderes e intereses, que se han de traducir en amparos, garantías, derechos entre ciudadanos, la oscuridad de las normas, su falta de transparencia contribuye a la ajenidad con la que el ciudadano percibe el entramado burocrático que implica el orden legal, y que de cara al posconflicto se ha de iniciar la traducción, el *destrabamiento*, la intelección y la laicidad, del nuevo orden normativo que se ha de instaurar, porque afecta todas las esferas de la vida en común y ante todo la reconfiguración de la intersubjetividad. (Cárcova, 2006, p. 160).

Un derecho para el posconflicto, también ha de reconocer, que el derecho es de manera cierta: *fuerza*, pero esa fuerza aparece paradójal, porque entran en juego, a manera de tensión tanto el poder estatal como el poder de la presencia y acción ciudadana, cimentada en la legitimidad política. Esta acción de fuerza, es discursiva como parte de la pugna jurídica, por el dinamismo de su arquitectura permite que tanto individuos como colectivos, tengan *una razón*, un argumento para que el Estado como expresión histórica y cargada de sentido por la tradición, reconozca y desconozca a la vez derechos y comprensiones, como estrategia de coerción, como poder en contra del individuo o el grupo social. Por lo tanto el derecho desplegado en su dimensión de poder, se integra como jusfilosófico, histórico, político, como fuerza dinámica que se transforma para la construcción del posconflicto. Una

de las primeras mutaciones que se advienen en el posconflicto, y que no configuran intervención negativa, sino esfuerzo de construcción de sentido y comprensión es en el nicho de los principios, que resultan en *ejercicio de poder*, por su contenido y construcción social, política e ideológica y en obligación para el ciudadano, que más allá de la discusión sobre su exigencia o no, como principio, es poder configurativo porque una funcionalidad es que estos despliegan restricciones y limitaciones al poder del Estado. En el contexto del posconflicto es claro que el mandato del principio de la paz es prevalente sobre la justicia, y seguramente tendrán otros principios que ceder ante esta. El Estado del posconflicto ha de gobernar y extender su poder coercitivo, con las limitaciones que le señalan los principios, porque estos permiten que los ciudadanos estén reconocidos e incluidos, es decir que ellos puedan realizar el ideal de igualdad, como concreción de participación de los beneficios de principios políticos a todos los ciudadanos, con lo cual se facilita la legitimación del poder de coerción del Estado. (Dworkin, 2007, p. 23). Los esfuerzos mayores de una nación en construcción y en camino de posconflicto han de propender de manera imperativa, por una mayor socialización de oportunidades y beneficios, disminuyendo las brechas ofensivas de pobreza, inequidad e injusticia. Este poder coercitivo de los principios, en el que se anida la paz, da cuenta de su fuerza, se reafirma por el rango constitucional en el que se encuentran, y en el caso de principios emergentes, no necesariamente están positivizados, lo que lleva a que se han de comprender en tanto son circulares, indeterminados, autopoieticos, abiertos, como lo propio de los principios dentro del marco de la teoría crítica del derecho, como transformación paradigmática, por demás necesaria del derecho del siglo XXI (Cárcova, 2006, p. 179); a la vez estos principios están inmersos y transversales a las decisiones de derecho fundamental bajo el ámbito de la Constitución misma, como Ley Fundamental, dinámica, histórica, mutante. De ahí que en el escenario de posconflicto, en donde se ha de ponderar la paz como principio imperante, fundamental como creación multidisciplinar, esta se instituye en transversalidad interpretativa de la creación del derecho crítico para diseñar el fin del conflicto interno armado y señalar las rutas de conformación de un nuevo Estado y una nación, como decisión de derecho fundamental (Alexy 2008, p. 109). Para una teoría Crítica del Derecho, *los derechos, las garantías tienen una existencia virtual más allá de cualquier forma de legislación* de ahí que los principios, en tanto normas especialísimas, de carácter finalista señalan un

fin que se debe conseguir. Así entonces la paz como principio, en el contexto post, se ha de conseguir, por el fuerte carácter prospectivo, complementario y de manera clara parcial, porque se trata de una nación por construir, como parte de las periféricas aún por cimentar; no es un principio, como ninguno lo es, es decir absoluto, cerrado e imparcial, pues todo principio al ser seleccionado, definido trazado dentro de un contexto histórico sociopolítico, ya es parcial, responde a necesidades e intereses simbólicas cargadas de fines “Los principios son normas inmediatamente finalistas, primariamente prospectivas y con pretensión de complementariedad y parcialidad” (Ávila, 2011, p. 70). Por su complementariedad los principios forman esa *base esencial* en la construcción de la estructura jurídica hoy, es decir en tanto discurso crítico, en el cuidado de desvelar la ideología, la relación con el poder, con el saber de los juristas y las representaciones sociales, que subyacen a los principios, en versión posconflicto. La teoría Crítica del Derecho, por su carácter contestatario, histórico, más allá del tiempo lineal (Valencia, 2015), público, abierto y también analítico, al poner la mirada en los principios, se ubica en el nudo problemático de relaciones con ética y la política, en tanto escenario del complejo mundo social, de intersección, de convergencia interdisciplinar de valores fundantes como la justicia y la dignidad humana, y en el marco del posconflicto el valor prevalente de la paz.

Valores que han de ser *examinados* desde la teoría crítica del derecho como práctica social discursiva expresada por el renovado estatus de los principios, la exigencia de justificación de las decisiones judiciales, los límites al poder punitivo del juez y del legislador por parte de la Constitución, la justicia constitucional y los derechos fundamentales. Desvelando o evidenciando que el poder es fuente por excelencia del derecho, por lo que todo derecho y el derecho que se ha de erigir en el posconflicto es ejercicio de poder, de ahí que la Constitución y la justicia constitucional se configuran en artificios jurídicos al servicio de la limitación del poder mismo “como artificios jurídicos que cobran todo su sentido al servicio de la limitación del poder y de la garantía de la inmunidad y libertad de las personas” (Prieto 2003, p. 9) que se extiende como una red de sentidos, afectando a todos los ciudadanos, incluso a aquellos que dentro de los artificios de la democracia, quedan decepcionados y además sometidos a la voluntad general. El *juego del poder* señala la obediencia y el sometimiento a la ley, a la protección y garantías

esenciales dentro del marco de la ficción del Estado Constitucional, que ha hecho una apuesta política por la paz y la justicia constitucional. Por lo que el posconflicto por construir dentro de este enfoque de la teoría crítica del derecho, marca una dirección reflexiva de la práctica jurídica como labor interpretativa en general, o de manera fuerte como interpretación “la práctica jurídica es un ejercicio de interpretación y esto no sólo cuando un abogado interpreta un documento, una ley o un código específico sino de manera general” (Rodríguez, 2012, p. 143) comprensión por la búsqueda y construcción de sentido acerca de principios, valores y garantías desde el horizonte del imperativo de la paz constitucional, como acción de poder lo que convierte el ejercicio del derecho en asunto político. Que se concreta en la práctica jurídica política cotidiana, desarrollada por todos los actores que a su vez son expresión de la política misma, y que inciden en un derecho trashumante, con lagunas, ambiguo, indeterminado como el que pueda de manera paradójica hacer comprensiones en el posconflicto. De ahí que la adjudicación ha de afirmarse como acción política en el posconflicto, en donde el juez ha de hacer apuestas, ético, político jurídicas por la paz constitucional como imperativo para la nación y el Estado por construir desde la lógica de la terminación de un conflicto armado cuya dirección ideológica es la paz social.

3. CREACIÓN DEL DERECHO DESDE LA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO

El derecho posmoderno por demás líquido, plástico ha fracturado las formas tradicionales o hegemónicas de creación legislativa, y ha permitido configurar una Comunidad de intérpretes constitucionales, que de una u otra manera expresan, dicen el derecho, magnificado por las intercomunicaciones. Esta Comunidad está inscrita en el juego político de la intersubjetividad jurídica que como ciudadanía crea derecho, crea un derecho para el posconflicto, como expresión política, como filosofar sobre el derecho, en tanto exigencia de todos “El jurista precisa ser filósofo, si quiere que sean perdurables las soluciones dadas a los problemas que le preocupan” (Jiménez de Asúa, 1997, p. 40) pues como tarea común de manera necesaria la creación judicial tiene una *carga ético-política como compromiso ciudadano, que crea derecho ciudadano, público, intencional* (Cárcova, 2006, p. 9), como deben ser también las fronteras problemáticas comunes entre el derecho y

la moral, insertas en el carácter paradójico e ideológico del derecho (Arias, 2014); que se manifiesta en la intencionalidad misma con que se define el derecho, como se amparan derechos y salvaguardas, de ahí que no son nítidos los campos entre moral y derecho, y menos en el horizonte de sentido que abre el posconflicto. Los bordes multidisciplinares del derecho, impiden que entre derecho y moral *como ética pública y ciudadana*, exista una radical separación “Urge articular sociedad civil y Estado, derechos sociales y ciudadanía activa (...) es urgente reforzar un pluralismo moral” (Cortina, 1998, p. 113). Ante estas fronteras difuminadas, se configura el rol crítico del derecho con la moral y de los principios, que contribuyen a perfilar el *límite* y la *justificación* de la labor de creación y aplicación del derecho, pues este *conserva* y *transforma*. Por lo tanto el sentido crítico de la decisión judicial, implica que esta sea relacional y abierta, incluyendo la moral, la política, que como elemento contribuyen a la legitimación de las instituciones, a la institución del discurso del poder, de la hegemonía ciudadana sin que signifique la necesidad cerrada de los consensos “The very universalizing of ideological intelligentsias presupposes that something more than mere “settlement” is a possible outcome of the conflict. But is most definitely does not presuppose even the possibility of consensus” (Kennedy, 1997, p. 44). Ante la afirmación de la creación plural del derecho, en niveles y grados, emerge la figura del juez que se ve abocado, necesariamente, en su práctica a las cuestiones morales de ética pública que se concretan en el proyecto de paz social, o en contexto de posconflicto como imperativo de paz constitucional. Este rol dinámico y creativo de la moral, como presupuesto del orden jurídico, pero no en términos de exclusión o inclusión, sino en el lugar que ocupa en el análisis y las respectivas consecuencias de su incorporación como criterio que produce, o si se prefiere reproduce representaciones, además de instituir, ciudadanos, sujetos libres, iguales, visibles y con derechos por reivindicar, como sería consecuencia lógica de un conflicto de 50 años, en donde estaban como *invisibles* niños, mujeres, hombres imbuidos y perdidos sin amparos, sin derechos.

Por lo anterior la teoría Crítica del Derecho, ha de concordar en la estrecha relación entre el discurso moral (público, dialogante) y el jurídico, como ejercicio de la práctica social jurídica, en tanto disciplinaria. La práctica social que subyace a la moral, se integra a la práctica social judicial, como parte de lo que *calla o no dice el derecho*, y que se puede advertir en el decir

de los jueces, los legisladores, los doctrinantes y los súbditos; los principios morales como consensos sociales e imaginarios colectivos se configuran en principios jurídicos. Por lo tanto los jueces, crean derecho, lo construyen social, política e ideológicamente, también cuando en su forma de decirlo, están presentes criterios morales. De esta manera la decisión judicial *asegura* los intereses en conflicto da cuenta de la relación entre derecho y una moral pública civil, como opción en una *teoría crítica abierta* del derecho, que funda el derecho como instancia de la vida compleja en conjunto, con miras al acuerdo del fin del conflicto. Esta conexión es vigorosa, por la riqueza de la moral pública y porque llega a tener un enorme peso al momento del sustento, o justificación del argumento jurídico en tanto crítico e integrador la pluralidad de la reflexión de la Comunidad de intérpretes. Esta estrecha vinculación entre moral civil y derecho se evidencia *en el juicio* que adelantan y que adelantarán los jueces en el escenario del posconflicto porque en su sentencia está envuelta la dimensión moral del imaginario colectivo compartido, o no por él, pero que se espera que con este fundamento en razones, pero no sólo en razones sino en *buenas razones* “no sólo exigimos que los jueces decidan con base en razones sino que también queremos que lo hagan con fundamento en *buenas razones*” (Farrell, 2012, p. 16). Los jueces en la coordenada del posconflicto, como toda la Comunidad creadora del derecho, decide en su discurso jurídico constitutivo, quién ha hecho bien las cosas, qué parte se ha comportado o quizá se ha adecuado a la moral cívica, ciudadana y pluralista, y quién cumple las responsabilidades políticas y por defecto que parte no lo ha hecho. De esta manera crea en la sociedad un efecto de conversión (Kennedy, 1999, p. 68), es decir de que sus sentencias son legítimas, son correctas por la posibilidad de múltiples lecturas y miradas, todas hoy, atravesadas por el imperativo de la paz constitucional.

La moral colectiva civil, ciudadana y pública en la teoría crítica del derecho tiene la función simbólica de sentido y de tejido social, esta función simbólica como la manera esencial de intercambio de palabras, de hacer y ser presencia con las palabras, como el derecho mismo y todo el orden legal: ley y estructura (Evans, 1997, p. 179). La teoría crítica del derecho, como parte de arquitectura abierta y publica, ha de centrar también su mirada en la construcción moral, como discurso simbólico, ideológico y sin duda en clave de posconflicto. El juez cuando dice el derecho también dice *una forma de la moral*, o *su forma de la moral* en donde ha incorporado principios

que lo definen porque es un ser humano situado atravesado por el mundo social y por la historia epocal que lo define. El Juez ya no tiene ese rol pasivo y se espera su contribución en la instauración de la paz constitucional como opción de su trabajo (no pensado en términos convencionales) como función jurisdiccional, por lo que hoy día se piensa como compleja, en donde constituye y elabora sentidos, al polemizar y hacer distinciones, o crear ficciones emergentes para hacer distinciones, verbigracia entre el complejo universo de los principios y normas. La función jurisdiccional, se hace entre otras, desde la mirada y la perspectiva del Juez, comporta siempre una decisión, debe hacer una opción elaborada, estratégica, estructurada desde principios, normas, políticas, valores morales, imaginarios, símbolos, lo que da cuenta de las múltiples y variadas formas de dar soluciones para cada caso. De esta manera se logra superar la aspiración de una única respuesta correcta, o de una única respuesta con argumentos morales hegemónicos, a pesar del no positivismo declarado de la tendencia del derecho que considera que hay únicas respuestas correctas. Al introducir los principios desde un horizonte de sentido amplio, plural y público del derecho, como es la tarea de la teoría crítica del derecho, esta se abre el examen de la moral, pero no de la moral hegemónica, sino pública, de mínimos, laica como perspectiva del derecho en clave del posconflicto “Aquí habrá que mostrar que la positivización de los derechos fundamentales, que resulta vinculante para todos los poderes del Estado, implica una apertura del sistema jurídico frente al sistema de la moral, apertura que es razonable y que puede ser llevada a cabo con medios racionales” (Alexy 2008, p. 9) No se trata de volver a las tradicionales teorías del derecho ya agotadas, su pretensión es ser *otra teoría* superadora pero dialéctica en tanto *práctica social específica* (Cárcova, 2012); quizá más allá de abrir una tercera vía como alternativa a los modelos tradicionales. Al estar la moral ideológicamente inserta en la teoría del derecho, como discurso también de poder, los operadores judiciales, incluso en apego al Mandato Constitucional (Dworkin, 2007) como carta de principios, están enfrentados a renovar dinámicamente sus juicios morales, a deconstruirlos, más aún cuando han de decidir sobre temas controvertidos como los crímenes de guerra, los delitos ambientales, los delitos de lesa humanidad, el secuestro, la desaparición, la trata de personas, cometidos durante el conflicto armado, y que resultan como expresión de una sociedad compleja, pluralista, posmoderna en camino del posconflicto.

Este Juez en este derecho posmoderno, y en el escenario del posconflicto se enfrenta a la *abundancia*, al exceso (Lipovetsky, 2006) que conlleva la vida en conjunto del siglo XXI, abundante en paradojas, en información, en problemas y en proliferación de soluciones jurídicas “Todo esto no queda lejos de lo que Lévi-Strauss denominaba, en términos lingüísticos, el exceso de signifiante: la idea de que el signifiante está ahí de entrada, esparcido por todas partes, en una profusión que no agota jamás, afortunadamente, el significado” (Baudrillard, 2000). Y en coherencia crítica, este modelo posmoderno de Juez difícilmente resiste un modelo fuerte, que se erija como figura de su labor incomprensible, lo que conlleva superar los Júpiter, Hércules los Hermes (Ost, 1993, p. 169) para pensar en un Juez dialogante, que lea los tiempos presentes y pueda hacer comprensiones, como intérprete por excelencia, más allá de su propia subjetividad. La jueza Atenea.

4. LA INTERPRETACIÓN EN LA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO PARA EL POSCONFLICTO

El valor de la interpretación, como forma de comprender, es decir de instaurar nuevos y renovados sentidos del derecho, la justicia y la paz “la interpretación es la forma explícita de la comprensión” (Gadamer, 2003, p. 378), en la teoría Crítica del derecho para el posconflicto es definitivo. *La comunidad de intérpretes, conforma el derecho*, permea la teoría del derecho en especial para los operadores judiciales, para el legislador, para el juez, porque construyen mundos y modos de ser a través del lenguaje de la paz, es decir un modo de ser de la paz ¿Acaso no es nuevamente *en el lenguaje* mismo donde debe buscarse la pauta de que la comprensión es un modo de ser? (Ricoeur, 2007, p. 13). De ahí el interés en considerarla más allá de un ejercicio extraño, se trata de pensarla en todas sus dimensiones como una *epistemología, una práctica*, en donde el rol protagónico como intérprete, no reside de manera exclusiva en la perspectiva del juez, sino en todo el conjunto social, como *Comunidad de Intérpretes que dicen el derecho*, y tiene el deber de construir el derecho para el posconflicto “Los abogados no deben seguir tratando la interpretación jurídica como una actividad sui generis” (Rodríguez, 2012, p. 147).

El discurso jurídico se manifiesta en tres niveles que rompen con su homogeneidad y se emparenta con el discurso del poder, esto niveles son: el primero el producto de los órganos autorizados (normas, decretos, edictos,

etc.) el segundo los doctrinantes, los juristas (teorías, doctrinas, opiniones) y el tercero los súbditos, los ciudadanos, en donde expresan la tarea crítica interpretativa jurídica, *como totalidad de sentido* (Entelman, 2006, p. 219) y se espera que el Estado y la nación en posconflicto construyan.

Esta propuesta de teoría Crítica del discurso jurídico en perspectiva del posconflicto, por las complejidades que entraña debe ser de frontera (Alexy, 2010, p. 44) porque en tanto abierta, multidisciplinar, convergente con otras disciplinas permite la estructura y la *arquitectura comprensiva, de la interpretación jurídica, que es también aplicación o adjudicación* (Gadamer, 2003, p. 380). Al indagar por cuál podría ser el modelo, próximo a la interpretación jurídica, el modelo de la interpretación literaria, bien puede ser una opción, porque en esta interpretación, al igual que en la literatura no existe *un único autor*, y se puede hacer y co-crear una novela en cadena. Cuando se trata de decidir en ciertos casos y ante la exigencia del juez de ponderar principios, el juez interpreta a la manera de un literato teniendo como referente, lo que otros operadores judiciales, la comunidad reclama, el poder exige, la ideología desvela.

Así de esta manera el juez *crea* el derecho lo funda. El juez enfrenta su labor intrínsecamente contradictoria, se encuentra libre y restringido a la vez está en conflicto entre la ley y la sentencia a la que desea llegar. De ahí que como intérprete en su labor comprensiva tiene en cuenta otras interpretaciones, por lo tanto su quehacer se constituye en abierto, pero a la vez restringido por la unidad, identidad y coherencia del sistema y la burocracia jurídica “Una interpretación viable de la práctica del derecho debe también, de manera análoga, pasar un examen de doble filo: debe ajustarse a dicha práctica y debe mostrar un valor, un punto (Rodríguez, 2012, p. 168); que no implica un reducir las interpretaciones a un test de chequeo, porque no es un acto que realiza en solitario, en silencio, porque tiene las voces y las miradas de lo histórico, lo social lo político, lo ideológico, del poder, de la economía, que hacen que su interpretación, su comprensión sea un nuevo miramiento, que cree derecho, como función creadora, y que revele diferentes sentidos de este, acerca de la paz social, la reconciliación, la justicia ¿es la comprensión una mera reproducción del producto original? Está claro que esto no es aplicable a la hermenéutica jurídica, que ejerce una evidente función creadora” (Gadamer, 1998, p. 106). Su examen es político, por las fuerzas sociales en pugna presentes en el conflicto social,

por lo tanto se puede afirmar que la práctica judicial es una acción política por *el rol emancipador* que tiene el derecho. La ley en sí misma es una tarea política, en donde convergen las voluntades individuales y colectivas, para resolver conflictos o hacer justicia “deseo plantear si los jueces deben basar sus decisiones en consideraciones políticas, de modo tal que la decisión no sólo sea la que buscan algunos grupos políticos, sino que además se funde en la creencia de que ciertos principios de moral política son correctos” (Dworkin, 2012, p. 25). Los momentos actuales de posconflicto en donde está manifiesto la exclusión, el agotamiento de los modelos económicos, de injusticia, de desequilibrio social, de crisis general, y conllevan a que toda forma concreta de ejercicio del derecho, sea acción política y por lo tanto *los principios* fundamentales emergen con fuerza revigorizada, renovada y como necesidad.

En los casos difíciles, como a los que se han de enfrentar una nación reconstruida, en posconflicto, no podrá existir una interpretación única, ni una sola respuesta correcta, lo que conlleva a que el operador judicial, en su práctica interpretativa, despliegue una filosofía jurídica o del derecho, que integre su particular función paradójica, crítica, ideológica política, razonada, discursiva no como simple preferencia en los casos particulares. La interpretación jurídica tiene básicamente, una finalidad, una función política, y en los casos polémicos con mayor fuerza “los jueces fundan sus decisiones, y deben hacerlo, en argumentos de principios políticos y no en políticas públicas (Dworkin, 2012). Esta *trazabilidad* se evidencia aún más, en donde legisladores y jueces cumplen un papel histórico de comprensión y configuración de una arquitectura interpretativa, en donde la intención autorial tiene un referente fuerte. La interpretación legal, no es espontánea, no es aséptica, es crítica, paradójica, es antinómica cuyas diadas son entre otras: libertad vs. restricción, conflicto-posconflicto, paz social-justicia; es histórica y como discurso exige también razonabilidad. La interpretación que hace el juez, se expresa históricamente está situada en una sociedad, con un mundo simbólico, que le pertenece y que es compartido, es un actor ideológico. El juez parte de unos supuestos de consenso acerca de los criterios y conceptos sobre lo que es el derecho, de los elementos ideológicos, políticos, económicos, culturales, discursivos, no inicia de cero “Por eso la primera de todas condiciones hermenéuticas es la pre-comprensión que surge del tener que ver con el mismo asunto” (Gadamer, 2003 p. 364); los operadores judiciales parten de unos preconceptos que ya

son interpretación o pre interpretación, que entran en disputa en el escenario de decisión (Dworkin, 2008). Los conceptos sociales, esenciales de la moralidad política y social, son relativos a la sociedad, en donde anidan, y estos son la libertad, la democracia, la justicia entre otras, funcionan como estructuras interpretativas, para que el derecho tenga una función paradójica, en tanto concepto y acción práctica, ideológica de los hombres. Como consecuencia de la mirada crítica de la interpretación judicial, esta no es objetiva, medible ni cuantificable por lo que es objetable, polémica y controversial, su argumentación, que está más allá de la mera justificación en la moralidad política, o en la exégesis jurídica:

La interpretación constitucional no es como las matemáticas, y sólo un tonto pensaría que sus juicios constitucionales están más allá de cualquier objeción concebible. Defendemos nuestras interpretaciones constitucionales ofreciendo las mejores y más francas razones que podemos ofrecer para mostrar su superioridad sobre las interpretaciones rivales, siendo conscientes de que inevitablemente otros rechazarán nuestros argumentos y de que no podemos apelar a principios compartidos de moralidad política o de método constitucional para demostrar que tenemos razón” (Dworkin, 2007, p. 145).

Los conceptos políticos, jurídicos, éticos como la paz social, libertad, la igualdad, la solidaridad y la democracia, entran de manera fuerte en el entramado de la labor interpretativa que hace el legislador y el juez -del posconflicto- y por tanto hacen que estos *no sean* neutrales; la pretendida neutralidad, aparenta *justicia*, encubre opacidad e intereses de los grupos dominantes “El sistema penal no es el único hecho de poder deslegitimado que se sostiene por su poder: la guerra o la distribución internacional del trabajo son hechos de poder deslegitimados” (Zaffaroni, 1998, p. 202).

5. EL JUEZ PENSADO PARA EL POSCONFLICTO

Derecho, jurisdicción, adjudicación son ejercicio de poder, el rol del juez entonces es decisivo, es más que meramente adjudicativo normativo, como poder (incluso si es deslegitimado), es constitutivo de sociedad, de construcción de un proyecto político universal, en tanto ideológico, que media entre los intereses de los grupos en conflicto. Estas nociones o valores políticos inscritos en la práctica del orden legal poseen, una estructura profunda conexas, vinculada y por negación instrumental, que

dan complejidad, paradojalidad y vigor a la justificación, argumentación, motivación del actor como sujeto jurídico, entendida como práctica social para la paz constitucional “Si queremos entender los valores integrados no instrumentales de la ética debemos tratar de comprenderlos holista e interpretativamente, cada uno a la luz de los otros, sin estar organizados jerárquicamente sino al modo de una cúpula geodésica” (Dworkin, 2007, p. 179). En concordancia con lo dispuesto anteriormente se destaca la necesidad de que los jueces competentes frente a la temática en particular sean dotados de facultades para actuar con independencia (Perlingeiro, 2014)

El juez en perspectiva crítica para el posconflicto, tendrá que afrontar de manera permanente, por las problemáticas que han de emerger, la pregunta de cómo resolver la ponderación entre principios, en situaciones en donde ha de dar prelación entre la paz y la justicia, la paz y la seguridad jurídica entre otros así que a ¿cuál principio darle más peso que otro?, aún más cuando no hay un único criterio de racionalidad, sino el imperativo de la paz constitucional. La respuesta que pueda dar el juez, no significa que se deje en vigor un principio y sin justificación otro, se sacrifica el vigor del no elegido de manera transitoria, por la riqueza de otro, dada su construcción social y política, en aplicación al caso concreto, y porque tendrá que atender al horizonte de comprensión que funda el fin del conflicto armado en Colombia. De esta manera un principio cede ante otro en el caso en concreto ha de ceder ante la paz, sin que por esto se invalide uno de los principios o se excepcione su existencia, esta labor judicial se instituye como una labor dialéctica y paradojal en la construcción de sentido del principio, porque *sacrifica*. Entre los principios a los que se ha de ver abocado el juez del posconflicto es que ha de ponderar entre la paz y la justicia, teniendo claro que la carga simbólica, ideológica está en la prelación de la paz. No se trata, sólo de ejercicio de la racionalidad, también es de razón práctica, política, incluso económica como es claro que lo ha de manifestar, o de dar criterio de validez al principio de la paz, porque el principio ponderado en beneficio de otro no queda eliminado sino que sigue integrado al marco constitucional, “Los principios no convergen, sino que coexisten” (Dworkin 1989, p. 96). El escenario privilegiado para el Juez del posconflicto es *el juicio*, allí *se* centra en tres tipos de asuntos: los de hecho, los de derecho y el de interés para el posconflicto: en el cual se trata de convergencia multidisciplinar como práctica social compleja; es el de creación de un derecho político, ético

acerca del cómo privilegiar la paz, por encima de otros principios propios del Estado social de Derecho.

La discrecionalidad judicial, es inevitable, los jueces dentro de la teoría crítica del derecho, son incorporados a toda la red de producción de sentido y construcción simbólica del derecho, por lo que su rol, una vez agotados los debates entre jusnaturalismo y juspositivismo, recobra el lugar adecuado y proporcionado que ocupa, no ha de estar hiperafirmado como *la figura única* a la que se reduce la práctica de la jurisdicción, por su actividad argumentativa racional, (Alexy, 2010) y en donde el modelo a seguir es Hércules que ante los casos difíciles, *debe dar una respuesta correcta*. Pero este Juez racional-neutral está en crisis, es sólo una quimera intelectualista por la exigencia de unidad narrativa, unidad de relatos y detentor de la moralidad política compartida por una unidad social “Lo que precisamente está en crisis, es esa visión del derechos y esa unidad así reconstruida” (Cárcova, 2012, p. 206). Por lo tanto la función de *discrecionalidad fuerte* de los jueces, ha de comprenderse como parte de la creación de un derecho vivo (*lebendes Recht*), como creación cultural, política, simbólica y de sentido; sin que ello conlleve a que sea una labor hegemónica de creación del derecho, pues esta creación es colectiva, garantizando así la disminución de la opacidad del derecho, para que los ciudadanos no estén a merced de la voluntad y la supremacía de los actores judiciales. La expectativa de los ciudadanos, coparticipes de la democracia, es que los jueces en ejercicio de su poder creativo del derecho decidan siempre dentro de una ética civil pluralista de consensos, en aras de una sociedad más justa y más humana; y no sólo como ejercicio formal de diseño de proposiciones normativas o por el mero hecho de estar sometido al orden legal “la cuestión judicial casi siempre viene decidida por la doctrinal: que en las democracias razonablemente decentes sólo en los casos más atípicos los jueces se ven obligados a hacer algo más identificar y aplicar las proposiciones jurídicas verdaderas” (Dworkin, 2007, p. 29). *No son ni máquinas ni sujetos trascendentales autónomos*. En este amparo normativo el juez no tiene tampoco la potestad suprema interpretativa de la Constitución como el último garante de sentido, si y ante las exigencias de la lecturas del posconflicto es posible que se halle ante un ejercicio fuerte de discreción aún más, cuando el caso problemático, sea en sí mismo, expresión del mundo de violencia, caótico, paradójal y paradigmático, en el cual él como ciudadano también está inserto. El juez del posconflicto y como todo actor jurídico, configura una red de sentidos “dibuja Hermes (...) una red.

No tanto un polo ni dos, ni incluso la superposición de los dos, sino una multitud de puntos en interrelación. Un campo jurídico que se analiza como una combinación infinita de poderes” (Ost 1993, p. 172) es interrelación simbólica cuya funcionalidad es la de hacer un *buen derecho*, entronizar los derechos individuales, como el derecho a la igual consideración y respeto, y reivindicar los derechos sociales, especialmente es sociedades desiguales, inequitativas y excluyentes, como a la que se enfrenta la nación en posconflicto. Supone ubicar en igual jerarquía, todos los derechos como expresiones de la vida social, señalando que los límites entre derechos no son claros de ahí que sea necesario ponderarlos o proporcionarlos. Los difuminados límites presentes, en un derecho vivo, siempre cambiante, por la acción política paradójico y complejo permiten que el juez logre crear dinámicamente derechos o interpretaciones, porque tienen gran poder político, cultural. La labor jurisdiccional es acción de la razón práctica que se concreta, en ser co-creación cultural, es simbólica, inserta una moral, en un juego de principios y estrategia de paz constitucional.

La teoría crítica del derecho considera que la discreción judicial es múltiple como el derecho, es por lo tanto más que un concepto relativo, es un concepto complejo, circular, paradójico, político, cultural y simbólico. “La discreción, como el agujero en una rosquilla, no existe, a no ser como el área que deja abierta un círculo de restricciones que la rodea. Es, por consiguiente, un concepto relativo” (Dworkin, 1989 p. 84; Dworkin, 2008 p. 76). Una discreción en sentido débil, será válida en contextos en los cuales no se requiere un juez, con los retos fuertes del posconflicto y las situaciones paradójicas y emergentes propias de las dinámicas de las nuevas intersubjetividades. Los principios serán objeto de la discrecionalidad del juez del posconflicto, porque estará abocado a instaurar nuevos sentidos, comprensiones, nuevas maneras de aplicación de ponderación; por su carácter abierto, y como tarea de una comunidad jurídica los principios son el *campo simbólico* en el que enlaza inclusión, exclusión, reconocimiento, su labor discrecional es intersticial, periférica, flexible, blanda; los principios como co-creación y co-construcción recoge las formas como el mundo social, y sus instituciones asumen de forma concreta las normas y el castigo. La labor de adjudicación tiene un *telos* por definición porque se espera siempre que se pronuncie que falle, no puede dejar de hacerlo, de ahí que su escenario concreto es de tensión para conformar la superación del conflicto.

En concordancia con lo dispuesto anteriormente consideramos procedente hacer referencia al profesor Echeverri Uruburu para quien resulta necesario iniciar el debate de la necesidad de una reforma a la rama judicial, lo cual supone un conocimiento suficiente de las instituciones que la conforman, y una valoración correcta de su funcionalidad con respecto a los fines del Estado social de derecho (Echeverri, 2011).

CONCLUSIONES

Pensar una teoría del derecho para el posconflicto plantea el reto de reconstruir el orden legal atravesado por las complejidades sociales presentes en la posmodernidad, y que se manifiestan como plurales, paradójicas, abiertas, problemáticas. De ahí que la perspectiva crítica del derecho se conforma en la propicia para dar respuestas o al menos señalar los nichos simbólicos de las rutas de la paz social o paz constitucional que pretende el Estado social de Derecho en Colombia.

La teoría crítica del derecho emerge en medio de las fracturas y el rezago de las escuelas tradicionales del derecho, para comprender y dar sentido a un derecho interdisciplinario de fronteras, en tensión, simbólico abocado a las coordenadas en las que están ubicados la nación como el Estado en construcción en posconflicto.

La teoría crítica de derecho ahonda en el rol preponderante de la Comunidad de Interpretes en la creación del derecho, en la mirada novedosa de principios, derechos y salvaguardas para proteger, visibilizar e incluir a los desprotegidos, a los excluidos, a los no reconocidos, a los excombatientes, a los que regresan del conflicto armado y exigen ser acogidos como ciudadanos, sujetos de derechos.

Una teoría crítica del derecho plantea el nudo problemático de la adjudicación y la justicia desde el imperativo de la paz social o paz constitucional, que requiere un juez interprete desde este horizonte que se conforma en un reto para reconstruir o de-construir el orden legal para la paz de una nación y un Estado aún en ciernes.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Alexy, R. (2010). *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra.
- Arias Duque, J. C. (2014). *La agonía del Estado y el ocaso del ciudadano*. Amazon Digital: Amazon Digital Services LLC.
- Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios*. Madrid: Marcial Pons.
- Baudrillard, J. (2000). *Las estrategias fatales*. Barcelona: Anagrama .
- Baudrillard, J. (2004). *El Sistema de los Objetos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- Bauman, Z. (2011). *Vida de Consumo*. México: Fondo de Cultura Económica .
- Bauman, Z. (2010). *Tiempos líquidos* . Barcelona: Tusquets.
- Böckenförde, E.-W. (1993). *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden:: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Cárcova, C. (2006). *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta.
- Cárcova, C. (2011). ¿Hay una traducción correcta de las normas? En V. R. Alarcón Cabrera, *Interpretación y Argumentación jurídica* (págs. 155-163). Argentina: Marcial Pons.
- Cárcova, C. (2012). *Las Teorías Post Positivistas*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Carreño Dalia et al. (2015). *La razonabilidad jurídica, la razonabilidad política de la historicidad y la razonabilidad de la virtud de la prudencia, en la perspectiva de la hermenéutica y la argumentación*. Bucaramanga: Universidad Santo Tomás.
- Cortina, A. (2005). *Alianza y Contrato*. Madrid: Trotta.
- Cortina, A. (1998). *Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad*. Madrid: Taurus.
- Dworkin, R. (1989). *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel.
- Dworkin, R. (2007). *La justicia con toga*. Madrid: MarcialPons.
- Dworkin, R. (2008). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo veintiuno.
- Echeverri, A. (2011). “La reforma judicial y consolidación de la democracia” en *Revista IUSTA*. Documento extraído el 2 de noviembre de 2016 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/3107/2974>
- Entelman, R. (2006). “Discurso Normativo y Organización del poder” en M. e. al, *Maeriales para una Teoría Crítica del Derecho* (págs. 209-220). Buenos Aires: LexisNexis, Abeledo Perrot.
- Evans, D. (1997). *Diccionario introductorio de psicoanálisis lacaniano*. México D.F.: Paidós .
- Farrell, M. (2012). *Entre el Derecho y la moral. Preguntas con respuestas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Gadamer, H.-G. (1998). *Verdad y Método II*. Salamanca: Sígueme.
- Gadamer. (2003). *Verdad y Método*. Salamanca: Sígueme.

- Jiménez de Asúa, L. (1997). *Principios de derecho penal La Ley y El Delito*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot.
- Kennedy, D. (2012). *La enseñanza del Derecho*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Kennedy, D. (1997). *A Critique of Adjudication. Fin de siècle*. Cambridge: Harvard University.
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y Restricción en la Decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre.
- Lipovetsky, G. (2006). *La era del vacío*. Barcelona: Anagrama.
- Lipovetsky, G. (2008). *La sociedad de la decepción*. Barcelona: Anagrama.
- Ost, F. (01 de Enero de 1993). <http://www.cervantesvirtual.com>. Obtenido de <http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?q=ost%2C+francois>: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/jpiter-hrcules-y-hermes—tres-modelos-de-juez-0.pdf
- Patarroyo S. & Benavidez P. (2014). “RUPTURAS ASIGNIFICANTES: Revisiones críticas en torno al derecho” en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*. Documento extraído el 20 de octubre de 2016 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/viei/article/view/1337/1539>
- Perlingeiro Ricardo (2014). “Garantías del derecho a la verdad y del acceso a la información en la justicia transicional en América Latina” en *Revista Verba Iuris*. Documento extraído el 1 de noviembre de 2016 de <http://www.unilivre.edu.co/verbaiuris/6-publicaciones/publicaciones/542-garantias-del-derecho-a-la-verdad-y-del-acceso-a-la-informacion>
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Ricoeur, P. (1997). *Lo Justo. Santiago Chile: Jurídica de Chile*.
- Rodríguez, C. (2012). *La Decisión Judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes.
- Sánchez Cardona, M. (2015). *Educación para la cultura de Paz: Una aproximación psicopedagógica*. Bogotá: Usta.
- Santos, B. (1998). *La globalización del Derecho*. SantaFé de Bogotá: Universidad Nacional de Colombia ILSA.
- Valencia Villamizar, D. (2015). *Tempus ex Machina. La idea de tiempo histórico en Así habló Zaratusta*. Bogotá: USTA.
- Zaffaroni, R. (1998). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar.

EL TIEMPO DE LOS DERECHOS DESDE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA CLÁSICA¹

EDWIN DE JESÚS HORTA VÁSQUEZ²

INTRODUCCIÓN

La epistemología jurídica, desde el realismo jurídico clásico, sostiene –en síntesis– que el derecho es una realidad cuyos objetos de conocimiento tanto material como formal, esto es, la conducta humana y lo justo, respectivamente, son objetos permanentes en el tiempo en tanto realidades de contenido estructural invariable que van más allá de lo puramente percibido por el sujeto, a pesar de las circunstancias históricas, sociales o políticas que siempre son cambiantes, y que, dichas circunstancias, relativas, son analizadas a la luz de los contenidos de estos objetos³.

¹ Este trabajo es el resultado del proyecto de investigación “El Objeto Formal y Material del Derecho a la Luz de la Filosofía Clásica en el Pensamiento de Norberto Bobbio”. El mismo se inserta en la línea de investigación “Filosofía y Teoría del Derecho”, del grupo de investigación “Raimundo de Peñafort de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Aquino (Bogotá-Colombia)”. En el proyecto intervinieron de manera especial los estudiantes Stefani Garcia, Jonatan y Natalia quienes cursan segundo semestre del programa de pregrado en Derecho de la Universidad de Santo Tomás de Aquino sede Bogotá. Ellos colaboraron en la recolección bibliográfica, elaboración de fichas y contribuyeron con sus reflexiones. Por su trabajo les reconozco y agradezco. Igualmente agradezco al profesor Fabio Pulido, doctorando en filosofía del derecho en la Universidad de Buenos Aires e investigador de la Universidad Católica de Colombia.

² Doctor en Derecho de la Universidad de Navarra (España). Docente e Investigador de la Universidad Santo Tomás (Sede Bogotá). Correo electrónico: edwinhortavasquez@hotmail.com

³ Véase J. Hervada (1988). *Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico*. Dikaion: Revista de Fundamentación Jurídica, pp. 7-19.

Por el contrario, en el estado actual del saber jurídico se evidencian diferentes posiciones en torno a lo que constituye el objeto formal y material del conocimiento jurídico, precisando que no todas las teorías del derecho actuales admiten que existen tales objetos sino que el Derecho es concebido como un constructo de carácter técnico, un apéndice de la política, como un sistema de equilibrio social, o como un objeto de representación de los social⁴.

En efecto, el acervo del saber científico acerca de lo qué es el derecho en la actualidad se caracteriza por ser un conjunto heterogéneo de concepciones e interpretaciones que se recogen en las denominadas teorías jurídicas o teorías del derecho, en las cuales se aglutinan argumentos sobre los fundamentos, los objetos, los fines del derecho, sus significados, sus símbolos, sus reglas, sus principios y sus fórmulas de interpretación, todo lo cual revierte también en una multiplicación de los métodos de estudio, las técnicas de aplicación y los modos de conocimiento.

Así, las ideas defendidas por las teorías del derecho hoy aparecen complejas, diversas y excluyentes. Concebir el derecho, por ejemplo, como sistema de equilibrio social; o concebirlo como instrumento de protección de principios sobre los cuales se soporta un sistema político, implica diferencias muy importantes en la identificación de los objetos de estudio, en los métodos de conocimiento que se empleen, en los fines que se le den al derecho, en los términos y su significación y aun en las pedagogías del proceso de enseñanza-aprendizaje.

Es así como, el voluminoso universo que constituye la multitud de teorías que tenemos a nuestra disposición, ha evidenciado la necesidad de identificar la influencia que dichas teorías han ejercido en la comprensión de los objetos del saber jurídico. En éste contexto, se debe abordar la cuestión de sí la filosofía del derecho, mirada desde el sistema realista, que formula claramente los objetos material y formal del saber jurídico, ha perdido valor frente a las teorías jurídicas contemporáneas que erradican la justicia del derecho, o frente a las teorías que los consideran como un producto

⁴ Véase por ejemplo la caracterización ideológica del derecho que hacen Sousa Santos B. (2001). Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas. En B. Sousa Santos y M García (Comps) *Caleidoscopios de la justicia en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes, pp. 85-150. y Mauricio García Villegas (1991) *La Constitución y su eficacia simbólica*. Revista Universidad de Antioquia.

social o frente a las que consideran el derecho como un mero instrumento de lo político, o una técnica sistémica regulatoria del fenómeno y de la contingencia social.

En el proyecto de investigación “el objeto formal y material del derecho a la luz de la filosofía clásica, en el pensamiento de Norberto Bobbio”, se pretende, por una parte, precisar los objetos de conocimiento de la ciencia jurídica desde una perspectiva filosófica que posibilite superar la actual atomización por la que atraviesa la realidad jurídica, y por la otra, analizar las tesis del teórico italiano con el propósito de ver si en su concepción, se pueden advertir o evidenciar los objetos formal y material del conocimiento acerca del derecho.

En concreto, este trabajo presenta los resultados de la mencionada investigación a partir del estudio del libro de Norberto Bobbio, *El Tiempo de los Derechos* (en adelante TDD). Dicho texto lo constituye la colección de una serie de trabajos del teórico italiano en diferentes etapas de su actividad intelectual y que discurre en torno al fundamento de los derechos, la igualdad, la dignidad y la libertad del hombre, los derechos sociales y el futuro de los derechos; se refiere también al proceso histórico para alcanzar las declaraciones de derechos y el reconocimiento de los derechos por parte de las instituciones políticas y las constituciones; discute además en torno a las razones para argumentar la existencia de los derechos, tan distintas unas de otras que parecería que cualquier interés subjetivo correctamente razonado vendría a constituirse en el fundamento de un derecho, comprometiendo así el futuro de los derechos. Por todo lo anterior, la obra seleccionada resulta una muestra relevante para el estudio de uno de los ius-positivistas continentales más importantes del siglo XX⁵.

Debe precisarse en todo caso que los asuntos relacionados con la justicia, lo justo y la conducta humana no fueron específica ni sistemáticamente tratados en la obra general de Bobbio, lo cual ha afectado la comprensión de su teoría funcional del derecho “en cuanto que en ésta aparece el problema del fin del

⁵ R. de Asís (2009). Informe de investigación “Papeles el tiempo de los derechos. Informe de investigaciones del proyecto *El Tiempo de los Derechos*”. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible http://www.tiempodelosderechos.es/docs/informe_huri-age1.pdf [consultada el 21 de julio de 2013]

derecho” de naturaleza evaluativa y metafísica⁶. En efecto, los principales intereses de Bobbio fueron la teoría del sistema jurídico, la filosofía política y la historia del pensamiento político, por lo que el problema de la justicia y de lo justo fue ocasional y heterogéneo en su obra⁷. En todo caso, TDD al intentar establecer una fundamentación y elucidar conceptualmente los derechos, enfrenta cuestiones centrales de epistemológica jurídica que vale la pena tener en cuenta. En otras palabras, si bien el tema central de la obra es la fundamentación y elucidación del concepto de “los derechos”, en esta labor se termina haciendo referencia, implícita y explícita, a los problemas de la justicia, lo justo y la conducta humana.

De conformidad con lo anterior este trabajo presenta un análisis del uso explícito que en TDD se hace de los términos *justo*, *justicia* y *conducta humana*, con el objetivo de evaluar, de conformidad con la epistemología jurídica clásica, el sentido referido por el autor al emplear tales términos.

1. METODOLOGÍA

El estudio se desarrolló utilizando una metodología analítico-sintética, a partir de la cual, en primer lugar, se analizó el sentido o los sentidos referidos por Bobbio cuando en concreto empleó en TDD los términos justicia, justo y conducta humana, con el fin de precisar el significado y alcance de dichos términos a la luz de la obra estudiada. Lo anterior nos llevó a la elaboración de juicios demostrativos o validantes de dichos usos. Luego, para dar cuenta del carácter sintético de la investigación, se reconstruyó el significado de dichos términos mediante el analogante principal que de dichos términos se emplea en el estatuto epistemológico del derecho defendido por el realismo jurídico clásico.

⁶ Vigo, R. *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. Ross Hart-Bobbio-Dworkin-Villey, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, pp. 139-140.

⁷ En sus trabajos más conocidos el autor estudia problemática de filosofía política, como la relación entre democracia y liberalismo (Bobbio, N. (1996). *Liberalismo y Democracia*, México, FCE); la influencia del marxismo en la ciencia política y social contemporánea (Bobbio, N. (1999). *Ni con Marx ni contra Marx*, México, FCE. Bobbio, N. y Bovero, M. (1986). *Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna*. México: FCE); y *problemas políticos de las relaciones internacionales y la guerra* (Bobbio, N. (1982). *El problema de la guerra y las vías de la Paz*. Barcelona: Gedisa).

2. RESULTADOS

Para la presentación de los resultados se ha dividido la exposición en tres partes. En la primera se describen las principales características de la epistemología jurídica clásica. En la segunda parte, se presentan los usos y el sentido asignado por Bobbio a los términos justo, justicia y conducta humana. Por último, y a manera de conclusión, se sintetiza la evaluación del análisis efectuado sobre tales usos.

2.1. EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA CLÁSICA

Existe una conciencia generalizada y un reconocimiento común por parte de los teóricos del derecho acerca de la crisis científica del saber jurídico a la cual se le atribuye diversas causas⁸. Sin embargo, no se ha explorado como causa central de esta crisis la ausencia de un estatuto epistemológico propio del derecho, aunque algunas aproximaciones a estos problemas las encontramos en los autores citados.

Uno de los objetivos centrales de la epistemología de una ciencia o disciplina en particular es el de identificar sus rasgos esenciales, es decir, mostrar en qué consiste. En ese sentido, se deben precisar sus límites (delimitarla) marcando los caracteres que la diferencian de otras disciplinas. Esta tarea es imprescindible para situarse desde un primer momento en sintonía mental para comprender la disciplina⁹.

Las finalidades de la epistemología científica es dotar al saber de estabilidad, seguridad, posibilidades de desarrollo y crecimiento, y sobre todo la posibilidad de elaborar juicios de previsión y crítica¹⁰.

En efecto, el conocimiento científico es un conocimiento fundamentado a partir del cual se hace posible avanzar hacia los fines de la ciencia, perfeccionar y delinear progresivamente la identificación de sus objetos,

⁸ Véase, por ejemplo, Massini, C. (2006). *Filosofía del Derecho. El derecho y los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea. C. Nino (1977). *Algunos modelos metodológicos de la ciencia jurídica*. Valencia: Oficina Latinoamericana de Investigaciones Jurídicas y Sociales. P. Serna (2006). *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos*. México: Porrúa.

⁹ Hervada, J. (1992). *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*. Navarra: Eunsa.

¹⁰ Ortega, F. (2002). *Epistemología y ciencia en la actualidad*. Themata. Revista de Filosofía 29, pp. 161-174.

establecer con precisión los términos de las relaciones interdisciplinarias y desarrollar aplicativos más pertinentes y precisos, todo lo cual hace posible la elección de métodos correctos de conocimiento.

Es así como las respuestas del ¿por qué? y del ¿cómo? confieren el fundamento del conocimiento científico. De conformidad con lo anterior, la epistemología del derecho se hace imprescindible para comprender la realidad jurídica (Villey, 1981), y puede además aportar elementos que permitan analizar en la actualidad las razones de su crisis de identidad y estabilidad, la corrección práctica, el uso regulatorio y los principios de su interpretación, cuestiones sobre las cuales no parece haber seguridad, identidad y precisión. Para lograr los fines de la ciencia jurídica es necesario recomponer sus objetos material y formal. Para ello, en este trabajo se han identificado las tesis que sobre el particular se evidencian en los usos que en TDD se emplean de los términos justo, justicia y conducta humana.

La epistemología es una ciencia sobre el saber (aprender a saber). Para ello el mejor método es responder a la pregunta qué es lo que se va a conocer, cuáles son los presupuestos de conocer y qué perspectivas interesan de los objetos. Ahora bien, todo conocimiento riguroso exige responder estrictamente a las siguientes preguntas fundamentales: (1) ¿Qué es lo que se pretende conocer de la realidad?, (2) ¿Que ángulo o perspectiva interesa de esa realidad? y (3) ¿Desde qué ángulo voy a aproximarme a esa realidad? En efecto, si no se da una adecuada respuesta a dichas preguntas no es posible elegir o diseñar los instrumentos y el modelo de acceso al conocimiento de la realidad; esto es, la identificación de tales cuestiones son el presupuesto de la racionalidad objetiva del conocimiento. Asimismo, la precisión de los objetos material y formal es un requisito necesario para la formulación de juicios de predicción y crítica los cuales garantizan la estabilidad, desarrollo del saber y confiriéndole certeza al mismo.

Limitándonos al campo del derecho, la primera pregunta ¿Qué es lo que se va a conocer? Las respuestas tradicionales han sido la ley, por un lado, o la regulación conducta humana, por la otra. Modernamente, y como consecuencia de las crisis enunciada, no es extraño encontrar respuestas teóricas tales como, que lo que se va a conocer, es una simple técnica, un sistema de equilibrio, un elemento contingente de lo político, un factor normalizante, o un apéndice de lo social. Las concepciones normativistas sostienen, por ejemplo, que el objeto del saber jurídico es la ley (o la norma

jurídica). Sin embargo, tales tesis no pueden sostener cómo, lo puramente fenoménico, es decir lo contingente (la norma positiva), pueda ser el objeto de un conocimiento al que le corresponda definir lo que no es contingente, como lo exigen los presupuestos del conocimiento científico. Debe precisarse, que de acuerdo con la epistemología jurídica clásica, el Derecho en sí mismo no varía, son las circunstancias y la regulación de las mismas las que mutan. Por ello un conocimiento de lo puramente contingente está condenado a comenzar de cero (con cada cambio) y por sin posibilidad de progreso.

Es así como, la epistemología jurídica clásica sostiene que, el objeto material del conocimiento jurídico es la conducta humana, la cual, además de ser una realidad estructuralmente invariable puesto que los elementos de la conducta humana son la inteligencia y la voluntad (capacidad y consentimiento), estructura que es accesible al intelecto, también dicha conducta es el supuesto que contiene toda norma jurídica, aun en su acepción más restringida.

En todo caso, la epistemología jurídica clásica incorpora también como objeto de estudio a la norma jurídica y a otros factores constitutivos de la cultura, como lo social, lo político, y lo moral. En cuanto al objeto formal del Derecho, esto es, lo justo, la epistemología jurídica clásica determina la perspectiva o punto de vista desde donde interesa la conducta humana y establece que no es su dimensión política, social o moral, sino, específicamente, si con tal conducta se vulnera los suyo (el derecho) de otro sujeto (individual o colectivo)¹¹.

2.2. LOS USOS DE LOS TÉRMINOS JUSTO, JUSTICIA Y CONDUCTA HUMANA EN TDD

En un estudio crítico sobre las ideas de Gustav Gurvitch en torno a las relaciones entre el pluralismo jurídico y la exigibilidad de los derechos sociales en el marco de la crisis de los elementos centrales del Estado moderno, Bobbio afirma que de acuerdo con Hobbes los conceptos ley (norma jurídica) y derecho son análogos. Para después sostener que Estado, ley y derecho son conceptos que engloban el concepto de lo justo. Así, parafraseando a Hobbes, Bobbio explica:

¹¹ Hervada, J. *Lecciones propedéuticas*. Ob. Cit.

“Derecho y Estado, Derecho y ley, ley y Estado, coinciden: es justo lo que manda el soberano, e injusto lo que prohíbe. La ley, como tal, es siempre justa”.

De acuerdo con el párrafo transcrito, para Hobbes, lo que hace justo o injusto algo es el mandato (ley), pero no cualquiera sino la que promulga el soberano (Estado). Extendiendo los términos, para Hobbes, lo justo es lo preceptuado y lo injusto lo no preceptuado siempre y cuando lo preceptuado esté enmarcado en un mandato legítimo del soberano (Estado). En tanto que para Bobbio no es condición suficiente para que una ley sea justa que la misma sea mandada por una autoridad legítimamente constituida. El sentido de justo y justicia que Bobbio emplea en el párrafo transcrito son sinónimos, y se refieren, no a una condición de precepto mandado por autoridad constituida o reconocida, sino fundamentalmente a una condición de naturaleza moral, apartándose así de la concepción hobbesiana de igualar derecho a moral, ley a justicia.

De esta manera, para Hobbes lo que especifica lo justo es el mandato de quien detenta el poder. Por su parte Bobbio sostiene que lo que especifica lo justo es su contenido moral de carácter axiológico. En efecto, resulta común en la literatura jurídica contemporánea definir a la justicia como el conjunto de normas y criterios *morales* mediante los cuales se *evalúa* el contenido de las leyes positivas. En otro trabajo, por ejemplo, el propio Bobbio distingue entre derecho y justicia, entendiendo por el primero el conjunto de normas vigentes en un ordenamiento jurídico determinado, y por justicia el conjunto de normas por medio de las cuales se califica o evalúan las normas jurídicas¹².

Por lo anterior, en TDD, la justicia para Bobbio aparece como un *maximum* de valoración ética de lo que normalmente es correcto. Esta definición de justicia en términos de criterios evaluativos se hace explícita cuando Bobbio explica la discusión entre utilitaristas y deontologistas en torno a la justificación de la pena, esto es, en cuanto a la justificación de la pena esta encuentra siempre su fundamento en un sistema ético aunque no necesariamente en el mismo sistema y recibe el nombre de justa cuando el sistema ético que le inspira es lo que Bobbio denomina ética de los principios; ahora, si la ética que inspira la pena es de corte utilitarista entonces la

¹² Bobbio, N. (1997). *Teoría General del Derecho*. Temis: Bogotá.

pena se califica como útil. Nótese por tanto que siempre por detrás de la imposición de una pena Bobbio destaca su fundamentación de carácter moral. En palabras de Bobbio:

“Las dos concepciones de la pena se contraponen también como concepción *ética* y concepción *utilitarista*, y se fundan en dos teorías distintas de la ética, la primera, sobre una ética de los principios o de la justicia, la segunda, sobre una utilitarista, que ha prevalecido en los últimos siglos e incluso hoy predomina en el mundo anglosajón. (...) Reducidos a su esqueleto los dos razonamientos opuestos podrían ser resumidos en estas dos afirmaciones. Para unos «la pena de muerte es justa», para otros «la pena de muerte no es útil». Justa, para los primeros, independientemente de su utilidad. El razonamiento kantiano, desde este punto de vista, es imprescindible: considerar al condenado a muerte como un espantapájaros significaría reducir la persona a medio, hoy se diría que se la instrumentaliza. No útil para los segundos, independientemente de toda consideración de justicia. Dicho de otro modo: para los primeros, la pena de muerte podría incluso ser útil, pero no es justa; para los segundos, podría incluso ser justa, pero no es útil”. (pp. 212-214).

De acuerdo con lo anterior debe resaltarse que Bobbio vincula la imposición de la pena como acto humano a un principio moral y no a un referente netamente jurídico. Por ello, se reitera que, para Bobbio, los conceptos de justo y de justicia no son propios del saber jurídico sino que son prestados de un orden moral entendido como pretensiones ideales irrenunciables, manteniéndose como aleas en el campo de la práctica del derecho.

En este mismo sentido, en el siguiente párrafo se observa como Bobbio remarca su concepción moral sobre lo justo y la justicia en torno al problema de la justificación de la pena:

Resumiendo, para los que plantean el problema de la pena de muerte como problema de justicia, se trata de demostrar que ésta es justa conforme a principios de justicia retributiva (que es una especie de la justicia conmutativa o aritmética), independientemente de cualquier otra referencia a motivos de utilidad social (*iustitia, pereat mundus*); para los que se plantean el problema de la pena de muerte desde el punto de vista exclusivamente utilitarista, ésta es rechazable porque no sirve a los fines que debe proponerse el Estado, ente no ético, en el sentido de desalentar

el delito, independientemente de cualquier otra razón de abstracta justicia. Dicho de otro modo y sintéticamente: para los primeros, la pena de muerte podía ser incluso útil, pero lo que importa es si es justa; para los segundos, podría ser incluso justa, pero lo que importa es si es útil. Puesto que no es útil para éstos, debe ser rechazada como mal innecesario, mientras para los otros, en cuanto satisface una exigencia de justicia, hay que aprobarla porque es éticamente buena, independientemente de su utilidad. (...) Obsérvese: la teoría retributiva, cuya fuerza consiste en apelar al principio de la justicia retributiva o conmutativa, según la cual una de las reglas sobre las que se rige toda posible convivencia es la proporción entre el dar (o el hacer) y el recibir (una aplicación del principio general de reciprocidad), tiene su punto débil en la afirmación de que la única posible correspondencia de matar sea matar. Cuando Kant sostiene que quien mata debe morir (y es un deber no hipotético sino categórico) comenta: «No hay ningún equivalente, ninguna conmutación de pena, que pueda satisfacer la justicia. (pp. 233-235.)

De este párrafo se puede deducir que para Bobbio la justicia se refiere a una relación de existencia-tensión de carácter moral que debe ser satisfecha pero que no se logra cumplir de forma absoluta, y que rebasa el principio de utilidad aun para la subsistencia del estado como lo proponen los utilitaristas políticos.

De forma similar, en TDD, al analizar la legitimidad de las distinciones legales a la luz del derecho a la igualdad, no obstante a reconocer a la igualdad como un principio general, Bobbio califica de justo que se trate de manera diferente a quienes dentro de los individuos tienen condiciones físicas, de razón o de conciencia distinta:

Todos los ordenamientos civiles reconocen que existen individuos, pertenecientes al género humano, que no están todavía, como los niños, o no están ya, como los dementes, dotados de razón y de conciencia, y frente a los cuales valen y se considera justo que valgan ciertas desigualdades”. P. 50

Se puede apreciar que al emplear el término justo en el párrafo transcrito Bobbio emplea el término justo como un concepto evaluativo, de manera que las desigualdades propias del género humano pueden ser razones que justifican tratamientos desiguales.

La concepción de justo como la posibilidad de actuar legítimamente, esto es según el texto que se analiza sin consideraciones utilitaristas, se reitera en Bobbio cuando dice:

“(…) si pensamos, por poner una hipótesis alegre (¡aunque no se sabe nunca!), que un día algún científico torpe sostenga la superioridad de los extrovertidos respecto a los introvertidos y que algún político loco deduzca que *por consiguiente* es justo por parte de los extrovertidos oprimir a los introvertidos, y que ésta es una nueva razón de desigualdad que un futuro artículo de una futura declaración deberá prever. Para el segundo caso, piénsese en la distinción admitida en todos los ordenamientos civiles entre menores y adultos: evidentemente esta distinción, al menos respecto a la atribución de ciertos derechos fundamentales como los derechos políticos, es todavía relevante y no se ve cómo y cuándo podrá ser superada. (p. 50)

Para Bobbio, entonces, el concepto de lo justo debe tener como fundamento una correcta explicación del dinamismo de las cosas de acuerdo a sus propios principios y que no puede ser el producto de caprichos de los gobernantes, es decir que lo justo no puede ser comprendido a la luz de las contingencias políticas o de las relaciones de poder.

En TDD, Bobbio estudia los fundamentos filosóficos de los derechos a la igualdad y la dignidad humana reconocidos en las principales declaraciones de derechos humanos. En este contexto afirma que

“El principio de igualdad, en el que se sintetiza la idea de la justicia formal en el sentido tradicional de la palabra (*suum cuique tribuere*), dice pura y simplemente que deben ser tratados de igual modo todos aquellos que pertenezcan a la misma categoría.” (p. 45)

Luego se pregunta ¿con qué criterio deben ser establecidas las categorías? ¿Cuántas deben ser las categorías? ¿Cómo de grandes? y concluye que el fundamento para dar respuesta a dichas cuestiones:

“no se encuentra en el principio de igualdad, sino en los llamados criterios o principios de justicia, como «a cada uno según su mérito», «a cada uno según su necesidad», «a cada uno según su rango»” p. 45.

Sin embargo, en este apartado se evidencia una falencia en la argumentación que el autor no logra aclarar. En una primera parte se afirma que los conceptos de igualdad y justicia formal se refieren a la idea de *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) en sentido estricto de lo suyo, para luego afirmar que tales cuestiones no se pueden resolver sin recurrir a los principios de justicia a cada quien según su mérito. Es decir, por una parte no explica suficientemente la razón de reducir la justicia a la igualdad

(entendida en términos de mérito, necesidad, condición o interés). Por otra parte, afirma que la justicia, entendida como dar a cada quien la cosa a él debida, se debe explicar según el principio de dar a cada quien la cosa debida, principio el cual en un comienzo critica.

Por otra parte se evidencia una traslación semántica del término suyo al término categorías, lo cual parece inconsistente toda vez que de un concepto predicable de sujetos individuales (lo justo-lo suyo-dar), lo traduce a un concepto que se refiere a colectivos (tratados de igual modo todos según su categoría). De esta manera el uso que hace Bobbio de la fórmula *sum cuique tribuere* es una versión ajena a su significado original, en el cual partiendo del analogante principal de la justicia que es la igualdad, pasa de un acto de naturaleza adjudicativa singular a un tratamiento colectivo plural.

En sentido se evidencia un principio igualitario, pero no el principio individual de igualdad como atribución jurídica. Sin embargo, cuando propone que el principio de igualdad no se encuentra en ninguna categoría sino en los que él denomina criterios o principios de justicia, esto es el mérito no lo suyo de cada uno, la necesidad de cada uno, el rango de cada uno, con lo cual retorna nuevamente a lo que es de cada uno, pero los denomina criterios o principio de justicia.

Ahora bien, en estos usos del término justicia el autor se refiere a lo justo, i.e a lo suyo. Sin embargo, Bobbio no profundiza en la precisión de este concepto ni en las repercusiones epistemológicas que conlleva reconocer o no “lo justo” en la teoría de los derechos Bobbio hace un uso indistinto del término justo acerca de lo cual no nos aporta suficiente claridad, unas veces como ideal moral (es decir, como tensión o pretensión de rectitud con fundamento en lo que él denomina principios de justicia) y otros como lo suyo (cosa debida en sentido estricto, con las precisiones hechas antes), se observa en los siguientes apartados. De acuerdo con el primer uso emplea el siguiente ejemplo:

“Por poner un ejemplo: estuvo viva durante mucho tiempo entre los iusnaturalistas la disputa sobre cuál de las tres soluciones posibles relativas a la sucesión de los bienes –el regreso a la comunidad, la transmisión familiar de padre a hijo, la libre disposición por parte del propietario– era la más natural (y, por consiguiente, debería ser preferida en un sistema que aceptaba por justo todo aquello que estaba fundado en la naturaleza)”, p. 55

Y por otra parte, en el trabajo que lleva como nombre precisamente el tiempo de los derechos, dice Bobbio:

Paralelamente, respecto al tema de la justicia: en una concepción orgánica, la definición más apropiada de lo justo es la platónica, por la que cada una de las partes que componen el cuerpo social deben desarrollar la función que le es propia, mientras en la concepción individualista es justo que todos sean tratados de manera que puedan satisfacer sus propias necesidades y corregir sus propios fines, entre los que está, como primero, la felicidad que es un fin individual por excelencia. (p. 108).

En esta segunda acepción de lo justo (como lo que es propio de cada uno) se puede apreciar nuevamente una aproximación al estatuto epistemológico del derecho, pero como se ha dicho Bobbio lo deja insinuado, incipiente y sin desarrollo, aun cuando se puede interpretar que tal concepción es compatible con su teoría funcionalista del derecho.

Por otra parte, al estudiar los problemas éticos y jurídicos de la pena de muerte, Bobbio considera que los términos justo y lícito son análogos en el contexto de la imposición de castigo penal. Esto es, que se consideró que la posibilidad de imponer una pena prevista no era un problema de justicia. Una interpretación más acabada del uso nos lleva a concluir que en este contexto se esté refiriendo a la facultad del hombre de restaurar el orden de los estados de cosas causados por un delito. Para ello pueden verse los siguientes párrafos:

“Durante siglos el problema sobre si fuese o no lícito (o justo) con- denar a muerte a un culpable no ha sido siquiera planteado. (...) Que entre las penas a imponer a quien había incumplido las leyes de la tribu, o de la ciudad, o del pueblo, o del Estado, estuviese también la pena de muerte, y que anteriormente ésta fuese la reina de las penas, la que satisfacía al mismo tiempo la necesidad de venganza, de justicia y de seguridad de la colectividad hacia uno de sus miembros infectados, no ha sido nunca puesto en duda. (p. 203).

(..)

“Kant, partiendo de la concepción retributiva de la pena, según la cual la función de ésta no es la de prevenir los delitos, sino simplemente la de hacer justicia, es decir, actuar de modo que se establezca una correspondencia perfecta entre el delito y el castigo (se trata de la justicia como igualdad,

de la igualdad que los antiguos llamaban «correctiva»), sostiene que el deber de la pena de muerte corresponde al Estado y es, no un imperativo hipotético, sino un imperativo categórico, fundado en la relación medio-fin. Cito directamente el texto, escogiendo la frase más significativa: «Si ha matado, *debe morir*. No hay ningún equivalente, ninguna conmutación de pena, que pueda satisfacer la justicia”. (p. 207).

(...)

De lo que he dicho hasta aquí se desprende, con bastante claridad, que los argumentos en pro y en contra dependen, casi siempre, de la concepción que los dos contendientes tienen de la función de la pena. Las tradicionales son principalmente dos: la retributiva, que reposa sobre la regla de la justicia como igualdad (la hemos visto en Kant y en Hegel), o correspondencia entre iguales, según la máxima que es justo que quien ha cometido una acción malvada sea castigado con el mismo mal que ha causado a otro (la ley del talión, del trueque, del contrapeso de la que es ejemplo conocidísimo el infierno de Dante), y, por consiguiente, es justo (justicia quiere) que quien mate sea muerto (no tiene derecho a la vida quien no la respeta, pierde el derecho a la vida quien la ha quitado a otro, etc.); y la preventiva, según la cual la función de la pena es la de desalentar con la amenaza de un mal las acciones que un determinado ordenamiento considera dañosas. (p. 211)

No de manera distinta a la secular discusión sobre la justificación del recurso al uso de la fuerza, que se resuelve en la búsqueda de una *causa justa* de un comportamiento normalmente considerado como injusto, y cuyo ejemplo histórico más interesante, y rico aún hoy en enseñanzas, ha sido el de la guerra justa, los dos argumentos más comunes (y también más fáciles) empleados para justificar la pena de muerte son el *estado de necesidad* y la *legítima defensa*. (p. 229).

De acuerdo con lo anterior, nuevamente Bobbio se aproxima por la vía del orden al concepto clásico de lo justo, esto es el acto humano de restaurar el estado de cosas que había sido lesionado por un delito. La aproximación consiste en que el concepto de lo justo es un factor que integra el significado filosófico clásico del acto de ordenar en lo que consiste la justicia.

En todo caso es de resaltar que Bobbio entiende que las leyes que imponen castigo deben conciliar tanto los deseos de venganza y seguridad de los ciudadanos como las pretensiones de justicia. Es así como Bobbio reconoce que la justicia es de forma necesaria un fin del derecho penal, en cuanto

instrumento de orden social, además que en su nombre deben adelantarse acciones que contribuyan a la seguridad y a la paz social, sin que estas últimas, de acuerdo con el pensamiento clásico, sean pretensiones primeras a conseguir sino consecuencias de la realización efectiva y eficaz del derecho..

3. CONCLUSIONES

Cuando Bobbio se refiere al principio de igualdad, que a su juicio, es el que sintetiza a la justicia en su significación de la tradición occidental (*suum cuique tribuere*), parece reducir dicho principio al concepto de justicia pero desprovisto de la alteridad el cual presupone “lo suyo” en contraposición a un “lo del otro” como un *alter*, en cuyo caso la fórmula queda reducida a un principio puramente formal (meramente conceptual o mental), o más precisamente a un principio de igualdad de forma pero no a uno de igualdad real, puesto que le falta el referente “el otro” que es lo que constituye la alteridad como nota esencial de la justicia en el pensamiento clásico, en cuanto entidad que implica una relación real y no meramente formal.

Lo anterior, se aproxima más a ver a la justicia en el derecho como una especie de virtud moral que a un acto humano real de orden de carácter adjudicativo, en el que el criterio de repartición o de orden es precisamente el *suum* es decir lo del otro; tal y como lo ha definido la epistemología clásica al referirse al objeto formal del derecho-lo suyo. Por ello, los principios o criterios superiores de la justicia, no se fundan en la igualdad como un ideal sino precisamente en lo suyo como una realidad, y es desde lo suyo como se da a cada uno lo estrictamente suyo y no desde un predicamento meramente formal del concepto de igualdad.

En Bobbio no es lo suyo el referente del acto de justicia sino lo que él denomina principios o criterios superiores de justicia, en cuyo cumplimiento se realiza la igualdad que es para Bobbio el fin de la justicia.

No obstante lo anterior, se observa en el trabajo estudiado que en algunas ocasiones el referente radical o central del principio de justicia no es un principio de justicia sino lo suyo cuando afirma que los criterios o principios de justicia cuando afirma que hay que dar a cada quien según *su* rango”, “*su* mérito”, “*su* necesidad”, pero ello no es en razón del principio de alteridad (el otro que está en el mundo, como algo real) del principio de justicia, sino en razón de lo que él denomina un principio de justicia para restablecer la

igualdad como principio de conveniencia social e igualdad y no de carácter estrictamente jurídico.

Por otra parte, y ya no refiriéndonos al fin de la justicia sino al criterio medular de los actos de justicia, de los usos analizados se observa que éste es el concepto de equilibrio y el acto que se realiza es el de equilibrar, cuyo alcance y significado es restringido al que aporta la epistemología clásica por cuanto en esta es un acto de orden, distinto al acto de equilibrar.

En definitiva en TDD se identificamos las siguientes tesis del concepto de justicia:

- (i) la que entiende a la justicia como un acto de igualdad puramente formal o abstracta, la cual es una concepción reducida al significado real epistemológico desde la metafísica clásica, que supone al otro.
- (ii) La que reduce la justicia a un acto de equilibrio, es decir a una operación o ecuación matemática de igualación de los extremos en la que el resultado final es cero, diferente a la concepción clásica en la que la justicia es un acto de orden dentro de la prudencia.
- (iii) Una amplificación extrajurídica, al emplear analógicamente el término justicia de acuerdo a la satisfacción de pretensiones individuales.
- (iv) En el sentido de un valor moral al cual aspiran (o debe aspirar) como ideal tanto los juicios, las prácticas y normas sociales. Como se ve, éste último sentido es un corolario del identificado en el punto (iii), es decir una amplificación extrajurídica de la justicia, significándola como un puro ideal. En efecto, si la política presupone lo suyo, la justicia no es un ideal formal.
- (v) No se aprecia de manera explícita ni de manera deducible de sus tesis, que Bobbio relacione el concepto de justo y de la justicia con un objeto y un acto humano de contenido real, objetivo y práctico, sino como una forma de tensión moralizante sin garantía autónoma de efectividad.
- (vi) Al discutir en torno a la fundamentación de la Pena, siguiendo a Kant Bobbio da un lugar tan alto a la justicia que no resulta posible su realización efectiva en el campo jurídico.

Del análisis y síntesis de los sentidos de justicia empleados en TDD, se puede concluir que, primero, no obstante los diferentes usos, Bobbio admite que el significado de lo justo ha de ser tenido en cuenta como elemento esencial de la realidad jurídica. En efecto, en TDD se observa

un uso heterogéneo de los términos justicia, justo y conducta humana como consecuencia de las múltiples teorías. Por último propone lo que él denomina los criterios o principios de justicia y que enuncia como mérito, rango y necesidad, sin enfrentar filosóficamente el problema de lo suyo, i.e lo recurrente en cualquier enunciado del principio de justicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bobbio, N (1996). *Liberalismo y Democracia*, México, FCE.
- Bobbio, N. (1999). *Ni con Marx ni contra Marx*, México, FCE.
- Bobbio, N. (1982). *El problema de la guerra y las vías de la Paz*. Barcelona: Gedisa.
- Bobbio, Norberto (1951). *El existencialismo*. México: FCE.
- Bobbio, N. y Bovero, M. (1986). *Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna*. México: FCE.
- Bobbio, N. (1997). *Teoría General del Derecho*. Temis: Bogotá.
- De Asis, R. (2009). *Informe de investigación "Papeles el tiempo de los derechos. Informe de investigaciones del proyecto El Tiempo de los Derechos"*. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible http://www.tiempodelosderechos.es/docs/informe_huri-age1.pdf [consultada el 21 de julio de 2013]
- García Villegas, M. (1991). *La Constitución y su eficacia simbólica*. Revista Universidad de Antioquia, No. 225.
- Hervada, J. (1988). *Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico*. Dikaion: Revista de Fundamentación Jurídica, No. 1. P. 7-19
- Hervada, J (1992). *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*. Navarra: Eunsa.
- Nino, C. (1977). *Algunos modelos metodológicos de la ciencia jurídica*. Valencia: Oficina Latinoamericana de Investigaciones Jurídicas y Sociales.
- Ortega, F. (2002). *Epistemología y ciencia en la actualidad*. Themata. Revista de Filosofía 29, pp. 161-174.
- Serna, P. (2006). *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos*. México: Porrúa.
- Sousa Santos B. (2001). "Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas". En B. Sousa Santos y M García (Comps). *Caleidoscopios de la justicia en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes.

“EL AMPARO” SUCINTA COMPARACIÓN ENTRE LA TUTELA COLOMBIANA Y EL AMPARO PERUANO¹

NÉSTOR H. GUTIÉRREZ MIRANDA²

1. INTRODUCCIÓN

Tal vez sea el *Amparo*, el mayor orgullo de nuestra Latinoamérica³ y como no, sí en la actualidad más del 80% de la carga del Tribunal Constitucional peruano⁴ se refiere a procesos de amparo, probablemente sea así también en todos los lugares donde exista este fenómeno que tiene varios sobrenombres y nomenclaturas, en el Perú lo conocemos como “El Proceso de Amparo”, en Chile como “Recurso de protección”, en Colombia como “Acción de Tutela” y en Brasil como “Mandato de Segurança”. Sobre esta idea base se construye el sentido jurídico constitucional de este proceso *iusfundamental*, cuya legitimidad reside en su estrecha vinculación al concepto de Estado Democrático y Social de Derecho y a su expresión más uniforme de defensa de los derechos fundamentales: el Estado constitucional. Aunque se le sigue

¹ El capítulo de libro es producto de la investigación: “EL AMPARO” SUCINTA COMPARACIÓN ENTRE LA TUTELA COLOMBIANA Y EL AMPARO PERUANO en el marco de la Universidad Nacional de Rosario, República de Argentina.

² Abogado Peruano, con estudios de Doctorado en Derecho y Maestría en Derecho Procesal, ambos en la Universidad Nacional de Rosario, República de Argentina. Profesor Universitario de los Cursos de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal. Gerente General del Centro de Estudios Jurídicos en Derecho Penal y Derecho Procesal (CEPDRE). Correo electrónico: gutierrezmirandaabogados@gmail.com

³ Fue el Genio del Yucateco, Manuel Crescencio Rejón quien crea el denominado juicio de amparo en lo instala en la Constitución de Yucatán de 1841 para que desde este antiguo territorio Maya se irradie por todo el Mundo.

⁴ Este porcentaje, puede darnos una idea de la importancia de este proceso constitucional, cuyo punto de partida precisamente consiste en la premisa de restituir un estado de cosas, generado por una afectación, a la situación anterior a la vulneración de un derecho fundamental.

denominando con términos anquilosados como acción o recurso, el respaldo de su sobrenombre lo convierte en una de las instituciones más conocidas por personas legales de Derecho (así como los pesos Colombianos o el Nuevo sol Peruano). De ahí que en el Perú es el proceso Constitucional más recurrido por los abogados. No obstante, no podemos obviar el hecho de que hay casos en que se abusa de la institución, lo que ha llevado a la necesidad de imponer límites a su ejercicio. En el mismo sentido, no podemos referirnos al proceso de amparo sin dejar de hacer referencia al contexto interpretativo que el mismo ofrece en nuestro ordenamiento constitucional, el cual ha superado *in extenso* una concepción procedimental de este tipo de proceso para que asumamos una concepción material extensiva del mismo; en cuanto la autonomía procesal que identifica esta herramienta, –desde su origen– en la visión alemana de la *Verfahrensautonomie* de *Lechner*, pueda explicarnos cuál es la percepción de sentido amplio que identifica este tipo de procesos constitucionales, que en muchos casos de la jurisprudencia constitucional parece invadir los ámbitos del principio de legalidad y congruencia procesal y sin embargo, utiliza una herramienta de suyo implícita respecto a los derechos fundamentales, cual es la exigencia de tutela urgente.

Por ello, el proceso de amparo se ha constituido en un instrumento indispensable para la defensa de los derechos de los ciudadanos. Se trata –sin lugar a duda– del proceso constitucional más relevante por la amplitud de su ámbito de acción y porque en algún punto nuestro sistema de justicia fue objeto de una cantidad exorbitante de demandas de amparo, lo que justificó una nueva regulación de la figura en el Código Procesal Constitucional, además del tratamiento minucioso que ha recibido en las sentencias del Tribunal Constitucional. Finalmente, allí donde la justicia ordinaria no ha cumplido un rol efectivo o cuando la urgencia por la amenaza o violación actual de un derecho lo demanda, los justiciables han encontrado en el proceso de amparo un camino seguro y expeditivo para la satisfacción de sus pretensiones particulares pero dignas de tutela.

Debo de advertir que la intención del presente breve artículo, no ha sido analizar y comparar todo el texto de ambas naciones, lo cual sería objeto de un trabajo especial. En esta oportunidad nos hemos abocado sólo a comparar ambas instituciones en sus rasgos esenciales, según lo que emerge de las disposiciones constitucionales y legales que fijan el alcance general de la institución.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El Derecho desempeña funciones sociales fundamentales, hasta el punto de poder afirmar que éste no es una función más de la sociedad en su conjunto, sino que es la función sin la cual no hay sociedad. Por eso resulta tan importante reconstruir el espacio que ha ocupado en las diferentes estructuras sociales que se han sucedido en la historia, pues de este conocimiento depende en gran parte el funcionamiento actual y próximo de esta herramienta fundamental de convivencia (Meneses, 2012).

En un escrito tan breve como éste, no puedo profundizar sobre su génesis, por lo que exclusivamente enunciaré algunos, omitiré otros y trataré aquellos más relevantes.

Como el cielo y la tierra, en un mundo objetivo y través de *Kronos* (Dios del tiempo) uno puede retroceder al pasado para verificar circunstancias que ha acaecido en el Mundo. Por ello, el *Amparo* se ve estigmatizado en el siglo XIX y podríamos agregar la primera mitad del siglo XX, la idea más difundida era que el juicio de amparo había tenido su origen en el derecho de los Estados Unidos, con influencia del habeas corpus inglés, de los procesos forales de Aragón y de la revolución francesa; más tarde, con Toribio Esquivel Obregón, Luis Weckman y otros se valora la influencia del derecho hispánico en el nacimiento del juicio de garantías; Así, Diversos autores como José Luis Soberanes Fernández y Faustino José Martínez (Soberanes Fernandez y Martinez, 2002, pp. 159 al 202) mencionan como antecedentes del juicio de amparo a una apelación, a una suplicación, a una restitución y a un recurso extraordinario de revisión, a un interdicto posesorio, a los que no me voy a referir, porque considero que no es fácil demostrar que son antecedentes del juicio. Citan también a un interdicto de amparo o amparo colonial, refiriéndose a la obra de Andrés Lira González de ese mismo nombre, como un medio de protección de los derechos de las personas, cuando son alterados o violados por agraviantes que realicen actos injustos y mencionan al virrey como autoridad protectora, sea que conociera directamente o indirectamente, como Presidente de la Real Audiencia. Hablan también estos autores del llamado juicio sumario de *Amparo* fundados en un auto acordado por la Real Audiencia y Cancillería, fechado el 7 de enero de 1744, que aparece publicado en la Recopilación Sumaria de todos los Autos Acordados de la Real Audiencia y Sala del crimen de la Nueva España de Beleña (Ventura Beleña, 1981, Tercer foliaje, núm. 85). Así, se habla también

del llamado *Amparo* colonial, que es un auténtico precedente del juicio de *Amparo*, aun cuando no exista una relación de causa efecto entre una institución y la otra (Lira Gonzales, 1972). Influye también en el *Amparo*, cuando en forma indirecta el Contrato Social de Jean Jacques Rousseau, se refería que mediante un pacto de convivencia entre los hombres se crea la sociedad civil, restringiendo los derechos naturales y que –el titular del poder– la autoridad suprema en la sociedad, es la comunidad que expresa la voluntad general; por otra parte, según Rousseau, existen los derechos fundamentales del hombre, respetables necesariamente.

De la conjunción de los diversas pequeñas notas de historia, de los que he hablado, considero que resulta claro que existen precedentes históricos que permitieron la creación del juicio de *Amparo*, aun cuando no fueron los únicos, porque también hubo influencia de la declaración de los derechos del hombre y del derecho norteamericano. Pero creo, que el punto medular del *Amparo*, es sin duda alguna la constitución de Yucatán. Así, el proceso de *Amparo*, aflora, con mayor entusiasmo, en México⁵, sobre las bases de la Constitución de Yucatán del 31 de marzo de 1841⁶, Carta que sucede a su vez a la Constitución de 1836 y sus 7 leyes. Era necesario, para el constituyente mexicano, atisbar a efectuar un adecuado control constitucional y ello resultaba mejor afianzado desde la inclusión de la herramienta del amparo en la propia Carta Fundamental. Sin embargo, es la Constitución de 1857⁷ el cuerpo de leyes que otorga al amparo la calidad de garantías individuales y un procedimiento para su protección.

En el Derecho Comparado, –ya se ha dicho– que el proceso de amparo es conocido en Brasil como mandato de seguridad (Mandado de Segurança)⁸;

⁵ Sin embargo, dentro de sus orígenes en el Mundo, la acción de amparo se remonta hasta la Carta Magna de 1215, mediante la cual Juan sin tierra se comprometía a no privar a sus súbditos de su libertad ni de sus bienes, sino en virtud de una orden del juez competente. Según Jesús Ángel Arroyo Moreno en “*El origen del Juicio de Amparo*” Tiene por antecedentes una ley visigoda en Castilla: el fuero Juzgo y las leyes Castellanas empezando por las Siete Partidas. También los recursos contra los actos del poder utilizados en la baja edad media, de ahí pasan al Virreinato de Nueva España (México) en donde hay un amparo Colonial. Véase, El origen del Juicio de Amparo por Jesús Ángel Arroyo Moreno.

⁶ Constitución de Yucatán de 1841. Artículo 53.

⁷ Constitución de 1857. Artículo 101.

⁸ Existente en la legislación Brasileña desde 1934, perdiendo su importancia sólo en la Carta Constitucional de 1937 y reapareció en 1946, se amplió en mayor grado en

en Chile, como recurso de protección⁹; en Colombia, como acción de tutela¹⁰; y en Argentina¹¹, Ecuador¹² y Venezuela¹³, como acción de amparo.

la Constitución vigente (1988), que ya no se limita a la protección de los derechos individuales, sino que también apuesta por el derecho colectivo.

- ⁹ El recurso de protección es una acción jurisdiccional que consagra el artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile y que busca obtener que la Corte de Apelaciones respectiva tome las providencias necesarias para restablecer el imperio del Derecho y garantizar la debida protección del afectado frente a hechos u omisiones ilegales o arbitrarias que vulneren algunos derechos constitucionales.
- ¹⁰ La acción de tutela es como se denomina al mecanismo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia vigente, que se busca proteger los Derechos constitucionales y fundamentales de los individuos “cuando cualquiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” La acción procede en algunos casos cuando se viola de manera directa ciertos derechos de carácter fundamental, como mecanismo transitorio cuando se busca evitar un perjuicio irremediable o en aquellos casos en los cuales no haya ningún mecanismo idóneo para proteger un derecho fundamental.
- ¹¹ El amparo en Argentina si bien tuvo su origen en la jurisprudencia y legislación, con la reforma constitucional de 1994 se ha incorporado a la Constitución Nacional en el artículo 43, desarrollando sus clases más típicas, es decir, la individual y la colectiva. Actualmente existe una proliferación de amparos tales como el sindical, impositivo, por mora, aduanero y previsional, haciendo de este modo un amparo que abarca demasiado y cuya efectividad se pone en duda. Sin embargo, uno de los tabúes más importante es el amparo sobre las decisiones judiciales y el amparo contra el amparo, que siguen teniendo serias dificultades en su implementación, aunque el verdadero problema es la “*ordinarización del amparo*” por la gran cantidad de amparos que se tramitan en la justicia, que requiere una nueva revisión de amparo.
- ¹² La legislación Ecuatoriana regula a la Acción de Amparo Constitucional en su artículo 95 de la Constitución Política del Ecuador, que señala: *‘Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave.’* dando de esta manera la posibilidad de proponer “acción” de amparo ante cualquier órgano de la función judicial y tras un proceso este pueda ser apelado ante el Tribunal Constitucional Ecuatoriano, entendiendo el legislador que se trata de un proceso diferente o más propiamente dicho según la misma norma de una nueva acción.
- ¹³ En la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 27 de la Constitución establece que: *“toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos*

El actual Código Procesal Constitucional de Perú de 2004 identifica como “el proceso de amparo”. Así, los procesos constitucionales en general, y el *Amparo* en particular, juegan un papel muy importante en la concretización de la Constitución¹⁴.

Así, con una breve nota histórica, pasaremos a desarrollar sobre la noción del *Amparo*.

3. NOCIÓN DEL AMPARO

El *Amparo* –puntualmente– es una acción o un recurso, dependiendo de la legislación del país de que se trate, que tutela los *derechos constitucionales* del ciudadano, y del que conoce y falla –o bien un tribunal específico como un *Tribunal Constitucional y/o Corte Suprema*¹⁵– o bien un juez tribunal ordinario,¹⁶ según lo dispuesto en la legislación procesal de cada país. El *Amparo* cumple una doble función: de protección al ciudadano en sus garantías fundamentales y a la propia constitución al garantizar la inviolabilidad de sus preceptos ya sea por normas generales contrarias a dichos preceptos o por actos de autoridad que vulneren el contenido o los *derechos fundamentales* reconocidos en la *Constitución*. Según el *Derecho procesal* de cada país, el amparo puede garantizarse a través de una *acción jurisdiccional* o a través de un *recurso procesal*¹⁷.

Como *acción*, el amparo consiste en proteger todos los derechos diferentes a los que se encuentren regulados especialmente por la misma constitución o por una ley especial con rango constitucional, como por ejemplo el derecho a la *libertad* física o ambulatoria (este derecho se encuentra protegido específicamente por el *hábeas corpus*). Así como el *hábeas corpus* garantiza el ejercicio de la libertad física o ambulatoria, o como

inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. (...)”. Véase, Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999.

¹⁴ STC Exp. N° 0023-2005-PI/TC, f. j. 7.

¹⁵ Caso de países como España.

¹⁶ Caso de países como Argentina.

¹⁷ La legislación Argentina sobre el amparo reconoce en él una acción, sin embargo, en España, el amparo está reconocido en su Constitución como un recurso en su artículo 53 inc. 2 de la Constitución Española de 1978.

el hábeas data garantiza la libertad de disponer de la información propia, el *Amparo* tiende a garantizar cualquiera de los demás derechos fundamentales que no se encuentren regulados especialmente. De modo que puede recurrir a esta acción quien se vea privado de ejercer cualquiera de los derechos reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución, una ley o, en su caso, en *tratados internacionales*.

Como recurso, el *Amparo* es una garantía procesal añadida para el ciudadano. Si bien cualquier órgano judicial tiene la obligación de hacer cumplir la legislación, cuando se hubiese finalizado la vía judicial ordinaria y el ciudadano estimase que se han vulnerado sus derechos fundamentales podrá interponer un recurso de amparo ante el órgano judicial competente. Así por ejemplo se tiene en la legislación peruana, los llamados procesos constitucionales, que sirven para hacer valer y cumplir las disposiciones constitucionales cuando haya la vulneración de un Derecho constitucional (valga la redundancia) conculcado.

Por ello, el *Amparo* resulta pues, una herramienta de legitimación democrática, a través del Estado Constitucional, así como un instrumento de acción a materializar ante los jueces constitucionales. Sobre ambos caracteres se consolida e identifica una herramienta que se hace sólida sobre la base de la concesión de tutela de urgencia para las demandas constitucionales que persiguen la defensa de un derecho fundamental y que en específico, en el amparo persigue una restitución efectiva del derecho conculcado.

4. LA TUTELA COLOMBIANA Y EL AMPARO PERUANO (SUCINTA COMPARACIÓN)

4.1. BASES CONSTITUCIONALES, LEGALES Y PROCEDIMENTALES

A) *En el Amparo Peruano*

En sede nacional, con antecedentes desde el amanecer del siglo XX, adquiere la ciudadanía en la Constitución de 1979 y se consolida como ciudadano –con una cédula de identificación– en la Constitución de 1993. A nivel legal se desarrolló a través de la ley 23506 de 1982¹⁸ y en el Código

¹⁸ Ley de habeas *Corpus* y *Amparo*.

Procesal Constitucional de 2004, bajo la ley N° 28237¹⁹ Así –en el Perú– se han configurado dos tipos de *Amparo*: a) El *Amparo* ordinario; cuando responde a sus orígenes, esto es, protege los Derechos fundamentales ante una amenaza o vulneración por parte de un particular o el Estado; b) El *Amparo* Extraordinario; cuando procede contra los actos de los Poderes del Estado, normas legales y resoluciones judiciales. Es ésta tipología, en donde se observa lo complejo e inentendible del proceso de *amparo* en el país; el *amparo* ordinario al que se procede todos los días, se ha restringido sólo para cuando no exista una vía igualmente satisfactoria (¿la hay?) y, en su versión extraordinaria, la que debe ser restringida, se ha extendido casi sin límites a tal punto de pervertirse en algunos casos. Una paradoja más de la justicia nacional.

Como se sabe, los derechos protegidos por el proceso de *amparo*, son aquellos que no encuentran protección por el proceso de hábeas corpus ni el habeas data (Gaceta Jurídica, 2008, p. 21). Así, el tribunal Constitucional ha reconocido en los derechos fundamentales un doble carácter. “*Conforme al carácter **subjetivo**, no sólo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. En su dimensión **objetiva**, se trata de elementos constitutivos y legitimadores de todo ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre las cuales se estructura la sociedad democrática y el estado constitucional*”²⁰. Por ello, los derechos tutelados por el *Amparo*, son los siguientes:

¹⁹ Publicada en el diario oficial el Peruano el 31/05/2004, y entró en vigencia el 01/12/2004. Posteriormente se estableció la ley N° 28642 (Publicada en el diario oficial el peruano el 08/12/2005) que las resoluciones del Jurado Nacional de elecciones no podían revisarse por ningún órgano jurisdiccional a través de procesos constitucionales. Posteriormente, el tribunal Constitucional declara inconstitucional esta disposición y establece la procedencia del amparo electoral. Así mismo, bajo ley N° 28946 (Publicada en el diario oficial el Peruano el 24/12/2006) se modifican los artículos 3 (amparo contra normas legales), 7 (representación procesal del Estado), 10 (excepciones y defensas previas), 15 (medidas cautelares), 51 (competencia del Juez constitucional en el proceso de amparo) y 53 (trámite del proceso de amparo) del Código Procesal Constitucional.

²⁰ STC Exp. N° 3330-2004-AA/TC, f. j. 9.

- De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole²¹.
- Del ejercicio público de cualquier confesión religiosa²².
- De información, opinión y expresión²³.
- A la libre contratación²⁴.
- A la creación artística, intelectual y científica²⁵.
- De la inviolabilidad y secreto de los documentos privados y de las comunicaciones²⁶.
- De reunión²⁷.

²¹ Base normativa en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Así también, se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 0606-2004-AA/TC, f. j. 10 y 11), (STC Exp. N° 004-2006-PI/TC, f. j. 124), (STC Exp. N°s 0045-2004-AI/TC y 0046-2004-AI/TC), (STC Exp. N° 0023-2005-PI/TC, f. j. 62-75).

²² Base normativa en el numeral 18 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Así también, se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 0895-2001-AA/TC), (STC Exp. N° 0256-2003-HC/TC, f. j. 14-18), (STC Exp. N° 3284-2003-AA/TC).

²³ Base normativa en el numeral 4 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Así también, se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 0905-2001-AA/TC), (STC Exp. N° 10034-2005-PA/TC), (STC Exp. N° 2262- 2004-HC/TC).

²⁴ Base normativa en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Así también, se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 7339-2006-PA/TC, f. j. 46-51), (STC Exp. N° 2736-2004-AA/TC, f. j. 11), (STC Exp. N° 0004-2004-AI/TC y acumulados, f. j. 8), (STC Exp. N° 0003-2004-AI/TC, f. j. 13).

²⁵ Base normativa en el numeral 8 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Así también, se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 0042-2004-AI/TC, f. j. 4).

²⁶ Base normativa en el numeral 10 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Así también, se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 009-2007-PI/TC y 010-2007-PI/TC, f. j 43-46), (STC Exp. N° 6712-2005-PHC/TC, f. j. 37).

²⁷ Base normativa en el numeral 12 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Así también, se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 4677-2004-AA/TC, f. j. 13-21).

- Del honor, intimidad, voz, imagen y rectificación de informaciones inexactas o agraviantes²⁸.
- De asociación²⁹.
- Al trabajo³⁰.
- De sindicación, negociación colectiva y huelga³¹.
- De propiedad y herencia.³²
- De petición ante la autoridad competente³³.
- De participación individual o colectiva en la vida política del país³⁴.

²⁸ Base normativa en el numeral 7 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Así también, se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 4099-2005-PA/TC), (STC Exp. N° 6712-2005-PHC/TC, f. j. 38), (STC Exp. N° 2790-2002-AA/TC, f. j. 3), (STC Exp. N° 54637-2006-PA/TC, f. j. 4), (STC Exp. N° 0446-2002-AA/TC, f. j. 3), (STC Exp. N° 1797-2002-HD/TC, f. j. 3), (STC Exp. N° 3362-2004-AA/TC).

²⁹ Base normativa en el numeral 13 Y 17 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Así también, se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 9149-2006-PA/TC, f. j. 4-16).

³⁰ Base normativa en el numeral 15 del artículo 2 y artículo 22 de la Constitución Política del Perú. Así también, se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. 10287-2005-PA/TC, f. j. 7), (STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC, f. j. 12), (STC Exp. N° 1535-2006-PA/TC, f. j. 65-71), (STC Exp. N° 3330-2004-AA/TC), (STC Exp. N° 2802-2005-PA/TC, f. j. 2), (STC Exp. N° 00661-2004-AA/TC), (STC Exp. N° 4058-2004-AA/TC, f. j. 2-5).

³¹ Base normativa en el numeral 2 y 3 del artículo 28 de la Constitución Política del Perú. Así también, se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 0261-2003-AA/TC, f. j. 3), (STC Exp. N° 7857-2005-PA/TC, f. j. 3-7), (STC Exp. N° 4635-2004-AA/TC, f. j. 24-25).

³² Base normativa en el numeral 16 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Así también, se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC), (STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC), (STC Exp. N° 043-2007-PA/TC, f. j. 6-9), (STC Exp. N° 7364-2006-PA/TC).

³³ Base normativa en el numeral 20 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Así también, se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 1042-2002-AA/TC), (STC Exp. N° 3741-2004-AA/TC, f. j. 29-32).

³⁴ Base normativa en el numeral 17 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Así también, se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 5741-2006-PA/TC, f. j. 3 y 4), (STC Exp. N° 0030-2005-PÍ/TC, f. j. 22 y 23), (STC Exp. N° 0003-2006-PI/TC, f. j. 28 y 29).

- A la nacionalidad³⁵.
- De tutela procesal efectiva.³⁶
- A la educación, así como el derecho de los padres de escoger el centro de educación y participar en el proceso educativo de sus hijos³⁷.
- De impartir educación dentro de los principios constitucionales³⁸.
- A la seguridad social³⁹.
- De la libertad de cátedra⁴⁰.
- De acceso a los medios de comunicación social⁴¹.

³⁵ Base normativa en el numeral 21 del artículo 2 y el artículo 53 de la Constitución Política del Perú. Así también, se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 0010-2002-AI/TC, f. j. 213-216).

³⁶ Base normativa en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú y el artículo 4 del Código Procesal Constitucional. Así también, se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 0005-2006-PI/TC, f. j. 23-26), (STC Exp. N° 7289-2005-PA/TC, f. j. 4-6), (STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, f. j. 31), (STC Exp. N° 0090-2004-AA/TC, f. j. 27), (STC Exp. N° 1330-2002-HC/TC, f. j. 2), (STC Exp. N° 3312-2004-AA/TC, f. j. 4), (STC Exp. N° 6260-2005-HC/TC, f. j. 3), (STC Exp. N° 1323-2002-HC/TC, f. j. 2), (STC Exp. N° 0774-2005-HC/TC, f. j. 21), (STC Exp. N° 2915-2004-HC/TC, f. j. 12), (STC Exp. N° 1230-2002-HC/TC, f. j. 11).

³⁷ Base normativa en el artículo 13 de la Constitución Política del Perú. Así también, se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 0091-2005-PA/TC, f. j. 6), (STC Exp. N° 2537-2002-AA/TC).

³⁸ Base normativa en el artículo 14 de la Constitución Política del Perú. Así también, se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 4232-2004-AA/TC, f. j. 12).

³⁹ Base normativa en los artículos 10 y 11 de la Constitución Política del Perú. Así también, se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 1396-2004-AA/TC, f. j. 3 y 6), (STC Exp. N° 1417-2005-PA/TC), (STC Exp. N° 00050-2004-AI/TC “acumulados”).

⁴⁰ Base normativa en el artículo 18 de la Constitución Política del Perú. Así también, se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 4232-2004-AA/TC, f. j. 8).

⁴¹ Base normativa en el artículo 35 de la Constitución Política del Perú. Así también, se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 0013-2007-PI/TC), (STC Exp. N° 0027-2005-PI/TC), (STC Exp. N° 0003-2006-PI/TC).

- De gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida⁴².
- A la salud⁴³.

Como se ha podido observar, se enumerado los derechos tutelados por el *amparo*, sin embargo, existe también los derechos no enumerados, o no reconocidos jurisprudencialmente y que, a pesar de tener carácter de fundamentales o constitucionales no han sido reconocidos así expresamente en la Constitución. Esto lo hace el tribunal Constitucional en aplicación del artículo 3 de la Constitución, que establece “*La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado Democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno*” (Gaceta Jurídica, 2008, p. 44) Además de ello ha reconocido derechos constitucionales implícitos que pueden desprenderse tanto de otros derechos constitucionales como disposiciones constitucionales que regulan instituciones jurídicas, así tenemos:

- Derecho a la objeción de conciencia⁴⁴.
- Derecho a la verdad⁴⁵.
- Derechos contenidos en el debido proceso⁴⁶.

⁴² Base normativa en el numeral 22 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Así también, se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 4223-2006-PA/TC), (STC Exp. N° 0048-2004-PI/TC), (STC Exp. N° 01206-2005-AA/TC, f. j. 4), (STC Exp. N° 02002-2006-CC/TC, f. j. 31), (STC Exp. N° 0048-2004-PI/TC, f. j. 19), (STC Exp. 3510-2003-AA/TC, f. j. 2.d), (STC Exp. N° 2016-2004-AA/TC, f. j. 10), (STC Exp. N° 01206-2005-PA/TC, f. j. 6-10), (STC Exp. N° 00003-2006-AI/TC, f. j. 4-7).

⁴³ Base normativa en los artículos 7 y 9 de la Constitución Política del Perú. Así también, se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. 3488-2004-AA/TC, f. j. 3), (STC Exp. N° 3081-2007-PA/TC, f. j. 23), (STC Exp. N° 2064-2004-AA/TC, f. j. 2), (STC Exp. N° 2002-2006-PC/TC, f. j. 17-18), (STC Exp. N° 2016-2004-AA/TC, f. j. 25-27), (STC Exp. N° 2945-2003-AA/TC), (STC Exp. N° 2016-2003-AA/TC), (STC Exp. N° 1956-2004-AA/TC).

⁴⁴ Se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 0895-2001-AA/TC, f. j. 4-7).

⁴⁵ Se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 2488-2002-HC/TC, f. j. 8-20).

⁴⁶ Se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 1918-2002-HC/TC, f. j. 4), (STC Exp. N° 895-2001-AA/TC, f. j. 4-7), (STC Exp. N° 2488-2002-HC/TC, f. j. 8-20).

En este extremo, el tribunal Constitucional, ha venido reconociendo derechos que se encuentran implícitos en el debido proceso⁴⁷, así tenemos:

- a) El derecho a un Juez independiente e imparcial⁴⁸.
 - b) El Derecho al libre acceso a la jurisdicción.
 - c) El derecho a la prueba.
 - d) El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas.
 - e) El principio non bis in ídem.
 - f) El principio de igualdad procesal de las partes.
 - g) El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.
 - h) La prohibición de la *reformatio in peius*⁴⁹.
- Derecho al libre desarrollo de la personalidad⁵⁰.
 - Derecho fundamental al agua⁵¹.
 - Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica⁵².

En cuanto a su procedencia⁵³, una vez presentada la demanda (cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene

⁴⁷ También se han reconocido derechos implícitos a la libertad personal como el derecho a un plazo razonable de detención. Sin embargo, por tratarse de un derecho vinculado a la libertad personal no puede ser tratado en este breve artículo, pues su protección le compete al proceso constitucional de habeas corpus.

⁴⁸ El Maestro Argentino, Adolfo Alvarado Velloso señala que en la imparcialidad se esconde tres elementos: a) la imparcialidad propiamente dicha, b) la imparcialidad y c) la independencia; Véase “Proceso y República” (ALVARADO VELLOSO, 2014, p. 94).

⁴⁹ La prohibición de la *reformatio in peius*, establece que el juzgador no puede modificar la sentencia condenatoria impugnada en perjuicio del sentenciado.

⁵⁰ Se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 0007-2007-PI/TC).

⁵¹ Se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 6546-2006-PA/TC, f. j. 3-8).

⁵² Se puede encontrar jurisprudencia sobre la presente en la: (STC Exp. N° 4321-2006-PA/TC).

⁵³ El artículo 200 de la Constitución, en su numeral 2, sostiene que procede el Amparo, contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos constitucionales, con excepción de aquellos derechos que son protegidos por el habeas corpus y el habeas data.

en irreparable), el Juez, atendiendo al agravio producido, puede admitir (a trámite), declarar inadmisibles⁵⁴ o puede declarar improcedente⁵⁵ liminarmente. Sí, el Juez, admite a trámite la demanda (en mérito del artículo 53 del Código Procesal Constitucional, que establece que la resolución que admite la demanda), concederá al demandado el plazo de cinco días para que conteste. Dentro de cinco días de contestada la demanda, o de vencido el plazo para hacerlo, el juez expedirá sentencia, salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización. Si se presentan excepciones, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, el Juez dará traslado al demandante por el plazo de dos días. Con la absolución o vencido el plazo para hacerlo, quedan los autos expeditos para ser sentenciados. Si el Juez lo considera necesario, realizará las actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes. Inclusive, puede citar a audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estime necesarios. Así, el Juez expedirá sentencia en la misma audiencia o, excepcionalmente, en un plazo que no excederá los cinco días de concluida esta. Si considera que la relación procesal tiene un defecto subsanable, concederá un plazo de tres días al demandante para que lo remedie, vencido el cual expedirá sentencia. Si estima que la relación procesal tiene un defecto insubsanable, declarará improcedente la demanda en la sentencia. En los demás casos, expedirá sentencia pronunciándose sobre el mérito. Finalmente, el artículo 57 del Código Procesal Constitucional, precisa que la sentencia puede ser apelada⁵⁶ dentro del tercer día siguiente a su notificación. El

⁵⁴ Artículo 48.- Inadmisibilidad: Si el Juez declara inadmisibles la demanda, concederá al demandante tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución es apelable.

⁵⁵ Artículo 47.- Improcedencia liminar: Si el Juez al calificar la demanda de amparo considera que ella resulta manifiestamente improcedente, lo declarará así expresando los fundamentos de su decisión. Se podrá rechazar liminarmente una demanda manifiestamente improcedente en los casos previstos por el artículo 5 del presente Código. También podrá hacerlo si la demanda se ha interpuesto en defensa del derecho de rectificación y no se acredita la remisión de una solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de comunicación o, a falta de éste, a quien haga sus veces, para que rectifique las afirmaciones consideradas inexactas o agraviantes.

⁵⁶ Artículo 58.- Trámite de la apelación: El artículo 58 del CPC establece, el superior concederá tres días al apelante para que exprese agravios. Recibida la expresión

expediente será elevado dentro de los tres días siguientes a la notificación de la concesión del recurso.

Así, se ha podido observar los derechos tutelados procedimiento y la regulación del Amparo, en sede Peruana.

B) *En la acción de tutela Colombiana*

En la otra cara de la moneda, encontramos al *Amparo* con un apellido y una regulación distinta a la Peruana. Así, se tiene que en 1991 entró en vigencia la nueva “Constitución Política de Colombia”, en cuyo artículo 86 encontramos la llamada “*Acción de Tutela*”⁵⁷ que es una institución similar a nuestro “*Proceso Constitucional de Amparo*”. El artículo 86 de la *Constitución Política de Colombia* establece: “*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí mismo o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos Constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública*” (Constitución de Colombia, 2010, p. 42). Del mismo modo, el Art. 1 Decreto Presidencial 2.591 del año 1991, señala: “*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí mismo o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela. La acción de Tutela procederá aún bajo los estados de excepción. Cuando la medida excepcional se refiere a*

de agravios o en su rebeldía, concederá traslado por tres días, fijando día y hora para la vista de la causa, en la misma resolución. Dentro de los tres días siguientes de recibida la notificación, las partes podrán solicitar que sus abogados informen oralmente a la vista de la causa. El superior expedirá sentencia dentro del plazo de cinco días posteriores a la vista de la causa, bajo responsabilidad.

⁵⁷ La acción de tutela fue desarrollada por el Decreto Extraordinario 2591 de 1991, el cual a su vez fue reglamentado por el Decreto 306 de 1992. En lo que sigue se aprecian los principales aspectos de la acción de tutela. Lo demás puede ser ampliado con el estudio de los decretos mencionados y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

derechos, la tutela se podrá ejercer por lo menos para defender su contenido esencial, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente Ley Estatutaria de los Estados de Excepción”⁵⁸. Por ello, la protección consiste en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El autor Colombiano Juan Manuel Charry U., concibe la acción de tutela colombiana como un sistema más de control de la Constitucionalidad, que tiene carácter difuso. Así, lo decanta “(...) por haber sido atribuida a los jueces en general y no a uno especializado en particular, de fuente constitucional que tiene por objeto juzgar acciones u omisiones y no a los sujetos que los ejecutan; que se inicia por el afectado, cuya decisión se aplica en forma inmediata, no retroactiva, al caso particular y no de manera general; especializada en la defensa de derechos constitucionales fundamentales, principal pero residual y excepcionalmente preventiva” (Charry, 1992, pp. 77 y 78).

Sobre la procedencia de la Acción en la Tutela Colombiana, el Artículo 5 del Decreto 2591, es claro y conciso *“La Acción de Tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya sido violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos que trate el artículo 2 de esta Ley (sic). También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito”*.⁵⁹

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela proceda contra particulares encargados de la prestación de un

⁵⁸ Decreto 2591, Presidencia República Colombia, 1991, art. 1°.

⁵⁹ Decreto No. 2.591 del Presidente de la República de Colombia, Art. 5; año 1991.

servicio público o cuya conducta afecte gravemente y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Así, La acción de tutela debe ser ejercida por la persona (natural o jurídica) directamente afectada en sus derechos fundamentales (salvo los casos de representación o de agencia oficiosa). Los personeros pueden interponer acciones de tutela cuando lo hagan a nombre de una persona que así solicite, o cuando la persona esté en condición de amparo o indefensión⁶⁰ Para que la tutela sea procedente deben cumplirse las siguientes condiciones: a). Que se trate de la violación de un derecho fundamental, b). Que se trate de una violación no consumada definitivamente o de una amenaza de violación. El mismo, se puede presentar ante cualquier juez de la República. En primera instancia a los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar de los hechos. Sin embargo, existe una excepción, las tutelas contra los medios de comunicación deben ser presentadas ante los jueces de circuito. Finalmente, para poder garantizar al afectado el pleno ejercicio del derecho vulnerado o protegerlo respecto de la amenaza del derecho fundamental el juez de tutela tiene las siguientes posibilidades.

- Ordenar el restablecimiento del derecho volviendo al estado anterior a la violación, si ello fuere posible.
- Si la vulneración al derecho fundamental proviene de una omisión, se ordenará realizar el acto correspondiente o la acción adecuada. Para lo cual el juez podrá señalar un plazo perentorio no mayor de 48 horas.
- Si la vulneración del derecho fundamental proviene de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza el juez ordenará su cesación inmediata y también ordenará evitar toda nueva violación, amenaza, perturbación o restricción.

Todo lo dispuesto anteriormente y en el marco del ordenamiento jurídico colombiano supone comprender la Constitucionalización del derecho y el impacto de éste fenómeno en los procesos de interpretación del derecho, la seguridad jurídica y el poder discrecional de los jueces a la luz de las principales ideas de la doctrina constitucional europea y colombiana (Cortes, 2011).

⁶⁰ (T-420/97).

5. CONCLUSIONES

Hemos realizado una somera comparación en las principales características de la acción de tutela y el proceso de amparo, realizando un lineamiento de sus requisitos de procedencia, su evolución histórico-jurisprudencial, su recepción legislativa y/o constitucional y sus consecuentes problemáticas. Es así, que a modo de recapitulación señalamos los siguientes puntos de importancia:

- Lo primero que llama la atención al observar ambas disposiciones Constitucionales es su diferente denominación, en Colombia *TUTELA* y en Perú *AMPARO*.
- Por otra parte, encontramos que en ambas disposiciones constitucionales resalta el carácter breve y sumario del procedimiento en cualquiera de los casos (Colombia-Perú) con la diferencia que el constituyente colombiano fija un plazo de diez días entre la solicitud y la resolución.
- En la Constitución Colombiana se habla de derechos constitucionales fundamentales, lo cual nos pudiera llevar a pensar que pudieran existir derechos constitucionales carentes de protección. En el caso de Perú por el contrario –y es una opinión personal– se tiene toda una miscelánea de derechos tutelados; sin embargo, se cuenta con derechos no enumerados, no reconocidos jurisprudencialmente, o no reconocidos por la constitución, pero que luego, son reconocidos como derechos constitucionales implícitos.
- Observamos que en ambas disposiciones se desarrollan los preceptos constitucionales respectivos. Sin embargo, llama mucho la atención una de las disposiciones colombianas en el que se prevé la procedencia de la tutela en caso de los estados de excepción.
- Tanto la acción de tutela y el Amparo, está instituidos para garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales.
- Comparando, observamos que salvo las diferencias de redacción en su normatividad, ambas tienen el mismo sentido, pues se trata de determinar el origen del acto o hecho que provoca la violación.
- Finalmente, debemos de advertir que nuestra intención no ha sido analizar y comparar todo el texto de ambas naciones, lo cual sería objeto de un trabajo especial. En esta oportunidad nos hemos abocado

sólo a comparar ambas instituciones en sus rasgos esenciales, según lo que emerge de las disposiciones constitucionales y legales que fijan el alcance general de la institución.

6. REFERENCIAS

- Alvarado Velloso, Adolfo (2014). *Proceso y República*. Lima: Editora y librería jurídica Grijley.
- Bustamente Alarcon, Reynaldo (2015). *Derechos fundamentales y Proceso Justo*. 2da Edición. Lima: Ara Editores.
- Cortes, Sonia (2011). “La Constitucionalización del Derecho y la Interpretación Jurídico Constitucional”. En: *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*. Documento Extraído el 2 de octubre de 2016 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2912/2785>
- CHARRY U., Juan M. (1992). *La Acción de Tutela*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- De Tocqueville, Alexis (1989). *La democracia en América*. Madrid: Ed. crítica de Eduardo Nolla.
- Derecho Público Mexicano (1882). *Compilación que contiene importantes documentos*. México: Imprenta del Gobierno Federal en Palacio.
- Guía Rápida 2. (2008). *Proceso de Amparo*. Lima: Gaceta Jurídica S. A.
- Lira González, Andrés. (1972). *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Meneses Orlando (2010). “El Derecho en el proceso de la civilización: aproximación y desarrollos”. En: *Revista Verba Iuris*. Documento extraído el 5 de septiembre de 2016 de <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/24/el-derecho-en-el-proceso-de-la-civilizacion-aproximacion-y-desarrollos.pdf>
- Sagües, Néstor P. (2007). *La Acción de Amparo*. 5ª Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Soberanes Fernández, José Luis y Martínez, Faustino José (2002). *“Apuntes para la historia del juicio de Amparo”*. México: Porrúa.
- Sosa Sacio, Juan Manuel (2008). *Proceso de amparo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ventura Beleña, Eusebio (1981). *“Relación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España”*. México, UNAM: Ed. facs. “El amparo”：“El amparo”

HACIA UNA NUEVA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA¹

*“La misericordia y la verdad se encontraron.
La justicia y la paz se besaron”*

Salmo 85

JUAN CARLOS ARIAS DUQUE²
JORGE RICARDO PALOMARES GARCÍA³

INTRODUCCIÓN

Los acercamientos del Gobierno Nacional de Colombia con grupos subversivos traen nuevamente al panorama jurídico local la discusión en torno de la naturaleza, necesidad y pertinencia de la Justicia Transicional.

¹ Este capítulo de libro es producción en colaboración académica de los Proyectos de Investigación “hacia una nueva justicia transicional en Colombia”, en el marco del grupo socio-humanística del Derecho de la línea de justicia transicional adscrito al Centro de Investigaciones –Francisco de Vitoria– de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás y del Grupo de investigación en derecho Constitucional Nacional y Comparado de la Universidad Libre de Bogotá.

² Abogado magíster en derecho procesal; especialista en derecho penal, docencia universitaria, en derechos humanos; ex magistrado auxiliar de la Sala de Casación Penal-Justicia y Paz-de la Corte Suprema de Justicia; Coordinador de la Barra de Defensores de Infancia y Adolescencia de la Defensoría del Pueblo; Consultor en temas de Justicia Transicional; Columnista; docente investigador y Coordinador del Módulo Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: juancarlosarias5@yahoo.com - juanariasd@usantotomas.edu.co

³ Abogado, magíster en derecho de la Universidad de Konstanz, candidato a Doctor por la Universidad de Konstanz, profesor asociado del área de derecho público de la Universidad Libre e investigador asociado del grupo en Derecho Constitucional Nacional y Comparado de la Universidad Libre. Correo electrónico: jorger.palomaresg@unilibrebog.edu.co

Por ello, resulta oportuno analizar sus alcances y posibilidades a partir de desentrañar la naturaleza de la Justicia Transicional en un momento en que el mundo la mira como una opción para superar múltiples conflictos.

Así pues, este capítulo se dedica a identificar los precisos contornos de su expresión, por una senda completamente diferente a la que caminan la mayoría de los teóricos ya que confunden su figura con la del derecho penal internacional, tal vez próxima, pero completamente distinta a la de la Justicia Transicional, para finalmente reflexionar sobre la conveniencia de esta forma diferenciadora de percibirla de acuerdo con la realidad colombiana, específicamente en el componente de la pena de prisión como expresión única de justicia.

Para el efecto, se debe tener en cuenta que el Derecho Penal Internacional tiene por objeto los Crímenes Internacionales, tradicionalmente individualizados en el genocidio, en los crímenes contra la humanidad, en los crímenes de guerra y en los crímenes contra la paz.

1. NATURALEZA DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Mucho se ha escrito sobre el alcance de este término pasando por señalamientos que van desde descripciones jurídicas hasta consignas planfletarias, por lo cual se puede afirmar que no existe una definición que la dibuje con toda su capacidad de rendimiento, básicamente porque cada uno de los teóricos que de ella se ocupan la moldean a su gusto dada su plasticidad, producto a la vez de ser un concepto en formación (De Gamboa Tapias, 2006).

El modo en que se presenta tradicionalmente la Justicia Transicional, está relacionado con una particular forma de percibirla, producto de una confusión con el derecho penal internacional. Se dice de ella que su aparición se registra con la Primera Guerra Mundial cuando en el Tratado de Versalles del 18 de junio de 1919 se impuso el juzgamiento del Emperador Guillermo II de Alemania (Teitel G, 2003), que su utilidad se evidencia en que permite el paso de situaciones de la guerra a la paz, y que su dinámica histórica responde a distintos momentos, uno en que se utilizaba como expresión de vencedores sobre vencidos, otro en que se sirvió de ciertos niveles de perdón e indiferencia punitiva y uno más reciente, en que imbuida de la lucha contra la impunidad a través de la instauración de tribunales internacionales, está limitada para conceder amnistías o indultos a criminales internacionales

(Saffon, 2008), y que por tanto los procesos de paz no pueden acudir en la actualidad a dichos mecanismos por las limitaciones actuales de la legislación internacional (De Greiff, 2006), ya que la reconciliación entre los enfrentados en la guerra no puede desconocer los estándares de justicia previstos en dicho orden supranacional (Pensky, 2006).

Pues bien, la Justicia Transicional no nació con las guerras del Siglo XX, ni es expresión de vencedores sobre vencidos, ni manifestación de la fuerza moral de la comunidad internacional contra la impunidad. A demostrar estas afirmaciones dedicamos buena parte de las siguientes líneas.

En pos de perfilar sus contornos podría decirse inicialmente que la expresión Justicia Transicional está compuesta por dos palabras que por sí solas tienen unos significados precisos: tanto “justicia” como “transicional”, son términos con un profundo sentido descriptivo, pero juntas dan la idea de que se trata de una justicia gracias a la cual se logra un avance hacia algo, se marcha de una situación particular a otra.

Así las cosas, esto nos sirve para ir advirtiendo que la Justicia Transicional se identifica como un conjunto de mecanismos utilizados por los países para salir de una situación de guerra a una de ausencia de confrontación armada. Pero además, se puede advertir que uno de estos dos vocablos involucra un concepto filosófico mayor y el otro es meramente operativo y temporal, pero están relacionados de manera que el segundo es adjetivo del primero de suerte que se puede entender que de las varias posibilidades que tiene la justicia, la transicional es una de ellas⁴.

También hay que notar que cuando decimos que el concepto de justicia corresponde a una categoría filosófica mayor, intentamos desligarla del derecho, el principal de sus instrumentos; esto es, que cuando invocamos a la justicia nos situamos en un plano superior siendo el derecho propio de uno inferior, ejecutivo u operativo de los dictados de aquella. Para decirlo claramente: el derecho es un instrumento de la justicia y por tanto está subordinado a ella. Dicha precisión nos sirve para deslindar a la Justicia Transicional de otros institutos que aunque le son próximos, son

⁴ En conexión con lo manifestado es importante anotar que uno de los desafíos a los que se enfrenta el Estado es el que deriva de la pérdida de soberanía de los mismos, por el desplazamiento de las fuentes del derecho fuera de sus confines y el debilitamiento del papel garantista de las constituciones nacionales (Blanco, 2011).

sustancialmente diferentes y, en tanto manifestaciones del derecho, son instrumentales y operativos, como son el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, como veremos más adelante.

De otra parte, también es oportuno destacar que “justicia” es un término inescindiblemente relacionado con el de “política” de manera que, los dos identifican el bien común en perspectiva de convivencia pacífica, de acuerdo con lo que se plantearon los filósofos griegos que comenzaron a estudiar las interacciones sociales, y, en general, los diferentes saberes sirven a las decisiones políticas del pueblo, orientadas a obtener la convivencia justa y feliz: la economía, las ciencias de la salud, el derecho, y en general todo el intelecto está involucrado directamente con la búsqueda de la felicidad colectiva (Aristóteles, 2000).

Pues bien, la política se inventó al Estado como el escenario en que mejor se desenvolvería la expectativa de la convivencia feliz y por él, con él, y en él, se ha desarrollado la historia del poder de los últimos dos mil años (Carreño Dueñas, 2015). Y esa relación entre política y Estado –al que como a Dios colocamos en mayúsculas, porque, como Él, es garantizador de nuestra felicidad– tiene a la justicia como aseguradora de la convivencia pacífica. Pero no la justicia instrumental que concibe el derecho, sino la justicia colectiva, la justicia mayor, la justicia social, si se permite el término *“La justicia y la paz se besaron”* (Sánchez Cardona, 2015).

Es en el calor de esta sopa primitiva de identificación de los alcances de la Justicia Transicional, que creemos acertado relacionarla con la conformación de los elementos del Estado, específicamente con la integridad territorial, la unidad nacional y el monopolio de la fuerza.

La Justicia Transicional es tan antigua como la guerra. Ya en la mitología romana se cuenta con el mito del Rapto de las Sabinas, cercano a la fundación de Roma, ciudad que carecía de vientres para su población, motivo por el cual Rómulo organizó unas carreras de caballos a que invitó a los pueblos vecinos, entre ellos a los Sabinos, cuyas mujeres fueron secuestradas con el fin de la procreación. Cuando estos fueron a rescatarlas y en medio de la guerra, ellas levantando a sus hijos recién paridos en su cautiverio, advirtieron a todos sobre la inviabilidad de la victoria militar, porque de resultar los Sabinos vencedores, sus hijos quedarían sin padres, y de ser los Romanos, los recién nacidos no tendrían ni abuelo, ni primos, ni tíos, e invitando a todos a que hicieran la paz, ya que ellas como víctimas principales, serían

las más perjudicadas con la continuación de la guerra, y así fue como los dos pueblos se integraron y desde entonces fueron prósperos y fecundos.

En la historia colonial colombiana hay también varios episodios de Justicia Transicional, entre ellos el de Benkos Biojó, príncipe Bantú capturado en su África natal para ser vendido como esclavo en Cartagena de Indias, donde logró escapar y fundó los movimientos cimarrones, protector de otros esclavos que también huían, con lo cual éste se fue convirtiendo en una amenaza para la Corona Española. Fue por ello, que el rey le propuso un trato consistente en que dejaría en libertad a su pueblo de negros a cambio de que no siguiera promoviendo la fuga de esclavos, y así que se logró la libertad de lo que hoy se conoce como San Basilio de Palenque como el primer pueblo libre de América, a principios del siglo XVIII.

Estos son episodios que nos vinculan con el nacimiento del Estado. Y si bien, podemos imaginar que en la formación de los Estados sus elementos empíricos fundamentales (tales como la integridad territorial, el monopolio de las armas y la unidad nacional) en muchos casos pudieron ser logrados por la fuerza, principalmente entre los siglos XIII y XVIII, no siempre ha sucedido así, sobre todo para los países que como el nuestro han sufrido extensas dominaciones coloniales y que todavía buscamos nuestros cauces de identidad nacional, tal vez de manera tardía si apreciamos el calendario universal de manera estática.

El momento actual que vive nuestro país equivale al de las monarquías absolutas de los siglos XIII y XIV en los que comenzaban a consolidarse los elementos fundantes de la organización política, como eran la nacionalidad, el monopolio de la fuerza y la unidad territorial.

Contrario a lo que se piensa, nuestro nacimiento no comenzó en 1810, toda vez que, la libertad que abrazamos no fue, como en Europa, producto de un desarrollo de instituciones que la hicieran posible, que a su vez propiciara y exigiera la igualdad comercial que pariera desarrollos tecnológicos que generaran dinámicas mercantilistas, todo lo cual fue necesario allá para el surgimiento del Estado liberal y del capitalismo, fortalecidos con el colonialismo del siglo XIX en Asia y África por las potencias europeas. En cambio nosotros, aunque veníamos soñando con la libertad durante todo el tiempo de la invasión española, llegamos a ella por razones del azar, producto de la invasión napoleónica a nuestros colonizadores.

El camino de formación de nuestro Estado dista mucho del recorrido por los países europeos. O mejor, el sendero que transitaron los pueblos que han soportado la fuerza colonial ha sido disímil y en todo caso tortuoso. Lo que aquellos lograron por la vía de la unificación, obtenida en la monarquía y luego en el Estado absoluto, nosotros lo buscamos por la vía de lo que se conoce como la Justicia Transicional.

Basta mirar todos los países que cansados de las luchas internas que les dejó el tardío abandono colonial, recurren a la Justicia Transicional en pos de acuerdos que les permita superar las causas de sus conflictos para buscar por esa vía la consolidación de los mencionados elementos imprescindibles para poder considerar que existe Estado: la unidad nacional, territorial y la exclusividad de la coerción.

No es coincidencia que los países que hoy recurren a la Justicia Transicional vengan de ser colonias. Para sustentar esta idea resulta oportuno recordar la vulgar repartición que las potencias europeas hicieron de los países africanos en la llamada “Conferencia de Berlín”, celebrada entre noviembre de 1984 y febrero de 1985 en dicha ciudad, con lo que dieron origen a la invasión africana que se extendió hasta las décadas de los 60’s y 70’s en las que los soldados africanos formados para pelear en los frentes de los europeos en la Segunda Guerra Mundial, fueron logrando la independencia de sus países, a partir de lo cual buscan hoy su senda para nacer como Estados, con múltiples tropiezos concretados en guerras raciales, religiosas y económicas que no les permite su objetivo de consolidar la identidad nacional, la unidad territorial y el monopolio de la fuerza. En el pasado reciente de todos los países que buscan su rumbo en la Justicia Transicional, está su pasado de víctima de explotación colonial.

Colombia no es la excepción, ya que busca su futuro realizando acuerdos con los actores armados con el propósito de nacer como Estado, o mejor, terminar la tarea que no ha culminado para pasar de manera armónica al siguiente estadio de su evolución política. Por tanto, desde estos rincones del mundo, en los que la convivencia civilizada y pacífica espera su turno en un escenario de justicia social, debe tenerse claro que la Justicia Transicional es un recurso al que pueden acudir aquellos países que por haber tenido la condición de colonias o de haber sido anexadas por la fuerza a una nacionalidad que no era la suya, para buscar, a su manera, concretar la tarea pendiente de unificación de los elementos que los caracteriza como Estado.

Así pues, la Justicia Transicional debe entenderse como un elemento de la política, al servicio de la convivencia armónica, con el cual se garantiza la evolución hacia el concepto pleno de Estado, y por eso mismo está situada en una dimensión mucho más alta que el derecho, en tanto éste es un instrumento de la política, y por ende su plasticidad depende de los objetivos de aquélla.

El concepto de Justicia Transicional, a su paso por nuestro país, debe ofrecerle al mundo esa evolución hacia su mejor comprensión, en el entendido de que es un recurso al que acuden los países en formación para consolidar los elementos pre-constitucionales del Estado, a partir de acuerdos logrados entre las partes en conflicto, mediante los cuales se proponen la forma en que van a superar las causas de la guerra con su plena participación; una categoría política que modifica a su necesidad el derecho existente⁵.

El país debe entender que está en una fase de preñez previa al parto, y que lo que está viviendo equivale a su ubicación en el canal vaginal de los Estados por el que deberá pasar estrujado y oprimido con todas las angustias, incertidumbres y preocupaciones que deben causarse en este momento, por el que es necesario transitar en esas condiciones de estrechez, precisamente para que se compriman los pulmones y salga el sedimento del egoísmo, individualismo e indiferencia que tiene nuestra élite política en sus alvéolos, mientras todo el cuerpo social prepara su estructura ósea, muscular y fisiológica para las contracciones del parto, esperando en todo caso que el desorden endocrino y hormonal que se produce después del alumbramiento no nos vuelva a sumir en la oscuridad uterina.

Así pues, la Justicia Transicional es la sala de partos en la que nacen los Estados cuya gestación no había terminado aún, en buena parte por causa de las dominaciones coloniales. Por eso, cuando nos aproximamos a esta categoría política percibimos al país como un Estado naciente.

Otro aspecto fundamental de la Justicia Transicional está relacionado con su origen y su objetivo mediato, esto es, de dónde surge. Como es un elemento nacido de la política, habrá que entender que brota de acuerdos

⁵ Al respecto es importante no olvidar que en el marco del posconflicto, el derecho a la verdad es obligación del Estado, a partir de los principios y elementos que rigen al estado social y democrático de derecho como garante de derechos fundamentales (Zazueta, 2015).

entre los contendientes y no de imposiciones envueltas en la fuerza de las armas, orientados a superar aquello que fue materia del conflicto, y cuya eliminación permite asegurar el elemento del Estado en cuya búsqueda se lucha. Y por eso mismo, podremos afirmar que ésta es tan antigua como la guerra.

Una definición de Justicia Transicional puede empezar a entenderse completa cuando decimos que está compuesta por el conjunto de instrumentos creados por la política para lograr la madurez del Estado en formación, orientada, o bien a la consolidación de la integridad territorial, o ya a la unidad política o hacia el monopolio de las armas, concebidos mediante acuerdos entre los contendientes.

Así pues, entendemos la Justicia Transicional como una manifestación de la política, orientada a la concreción de los elementos fundamentales del Estado, a través del fin de una guerra a partir de que las partes en conflicto pongan fin a la confrontación, inicialmente identificando sus causas y luego, mediante acuerdos de paz, ejecutando acciones para superarlas y lograr así el traslado de la sociedad de una situación de guerra a una de paz.

Así parece haberlo entendido la Corte Penal Internacional cuando en cabeza de su fiscal Fatou Bensouda emitió un comunicado en el que apoya el proceso de paz adelantado en Colombia, el que califica de equilibrado en la medida que excluye la posibilidad de amnistías e indultos generalizados, coloca a las víctimas en el centro de la Jurisdicción Especial para la Paz, y además porque se construye a partir de la rendición efectiva de cuentas de todos los responsables de graves delitos cometidos en el contexto del conflicto armado (Las 2 Orillas, 2016).

En concordancia con lo dispuesto anteriormente es importante anotar que el tema de justicia de transición es muy amplio porque pretende reparar a las víctimas y dar respuesta a muchas interrogantes sobre la verdad y la justicia, con el objetivo añadido de luchar contra la impunidad y devolver las bases para la pacífica convivencia en sociedad (Galain, 2014).

1.1. EJERCICIOS RECIENTES DE JUSTICIA TRANSICIONAL

En el continente africano tenemos recientemente las experiencias de Etiopía, Libia, Malí, Mozambique, República Centroafricana, República

Democrática del Congo, Sahara Occidental, Senegal, Somalia, Sudáfrica y Sudán; en Asia: Afganistán, Birmania, Filipinas, India, Pakistán y Tailandia; en Europa Chipre, Kosovo, Moldova, Turkía y Ucrania. En el continente americano ya pasaron por allí Guatemala y El Salvador (Fisas, 2015); ejercicios de los cuales nos acercamos a algunos con la sola intención de confirmar los elementos comunes de la Justicia Transicional.

En los últimos 30 años han existido en el mundo 112 conflictos armados, de los cuales han finalizado en este período 59.44% de ellos mediante un acuerdo de paz (74.6%) y 11 mediante la victoria militar de uno de los bandos, así como 4 sin acuerdo formal, según el ya citado Anuario de Procesos de Paz.

1.1.1. El Salvador

La guerra civil en este país centroamericano se desató en 1980, en cuyo mes de marzo se produjo el asesinato de Monseñor Óscar Arnulfo Romero, denunciante de los atropellos que sufría el pueblo, protagonizado por una sociedad que enfrentaba el gobierno militarista y represivo en pos de la justa redistribución de la tierra, contexto en el cual se enfrentaron el Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) con la Fuerza Armada del Salvador (FAES), apoyada por escuadrones de paramilitares. Éste fue un conflicto que duró hasta 1992, y que constituyó un capítulo de la llamada Guerra Fría, ya que también intervinieron Cuba y Nicaragua, luego de que el 19 de julio de 1979 el Frente Sandinista de Liberación Nacional obtuviera la victoria militar en ese país, y su “Ejército Popular Sandinista” les prestara asistencia, apoyo en armas y combatientes (Fisas, 2015, pág. 226).

Y así la guerra fue encontrando su camino hacia el fin a partir del trabajo del llamado Grupo de Contadora, integrado por Colombia, México, Panamá y Venezuela, que desde 1983 inició con su trabajo de acercamiento de las partes, el que luego se fortaleció con el Grupo de Esquipulas, todo lo cual involucró acuerdos sobre tenencia de tierras, y reformas constitucionales en el campo electoral, judicial, militar y de protección de los derechos humanos.

Finalmente el 16 de enero de 1992 se proclamó una amnistía general con la mediación de la ONU y se firmó el Acuerdo de Paz en el Castillo de Chapultepec en México, que incluía la depuración y reducción de las Fuerzas Armadas, la creación de la Policía Nacional Civil, la transformación del FMLN

en partido político y una serie de medidas que concretaban un conjunto de reivindicaciones económicas y sociales; dando formalmente finalización al conflicto, luego de dejar abatidos y desaparecidos a casi 75 mil personas, con una población aproximada para 1992 de 5.5 millones de habitantes.

1.1.2. Guatemala

Este país que luego de la independencia de España vivió en una constante inestabilidad que llevó a que a partir de 1960, se moviera entre gobiernos militares y golpes de Estado dados por ellos mismos, lo que generó una guerra civil que se prolongó de 1960 al 29 de diciembre de 1996.

El 13 de noviembre de 1962 se creó el primer grupo guerrillero Movimiento Revolucionario 13 de noviembre (MR13), el cual duró hasta 1971, y en 1972 se fundó el Ejército Guerrillero de los Pobres, que abandonó un poco el castrismo para ser apoyado por católicos afines a la teología de la liberación. En 1979 surgió la Organización del Pueblo en Armas (ORPA) pero luego se conformó la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca. Y así se sufrió esta guerra cuyo saldo varía según la fuente, que va, desde doscientos mil muertos, cuarenta y cinco mil desaparecidos, y cerca de cien mil desplazados, para un país que en 1996 tenía una población de 10 millones y medio de habitantes (Fisas, 2015).

El origen del conflicto fue nuevamente la tenencia de la tierra, arrebatada a los indios para entregarla a los liberales copartidarios del presidente Rufino Barrios en 1873, y luego, bajo el gobierno de Manuel Estrada Cabrera, de 1898 a 1920 la principal fuerza económica la representó la United Fruit Company, (de la que era socio) y que controló el 40% de la tierra del país, más el único puerto en el Atlántico y el transporte ferroviario; lo que muestra el nivel de exclusión de la mayoría de los guatemaltecos (Vicente García, 2009).

La unión de las fuerzas sociales, el apoyo de Nicaragua y México al proceso revolucionario, la instalación del Grupo Contadora (Colombia, México, Panamá y Venezuela) orientado a propiciar cambios democráticos en Centro América y así presionar la paz regional; así como la pérdida del poder de los militares, ya que en 1985 por primera vez en mucho tiempo ganó la presidencia un civil, Vinicio Cerezo, quien iniciaría la transición

democrática, en un proceso de paz que duró más de una década, esto es, desde 1983 a 1996.

En 1991 se inició la negociación directa entre la URNG con el gobierno, negociación que duró cinco años e involucró aspectos como el fortalecimiento de la sociedad civil, la función del ejército, los pueblos indígenas, la reforma constitucional y del régimen electoral, el reasentamiento de la población desplazada, y finalmente las reformas económicas y agrarias.

1.1.3. Irlanda del Norte

El origen del conflicto entre Irlanda del Norte con Reino Unido surgió como consecuencia del deseo de dicho país católico por lograr su independencia, en desarrollo de lo cual se registró un conflicto desde el Siglo XI pero que se acentuó en la segunda mitad del Siglo XX, época en la que se enfrentaron quienes eran minoría, los separatistas católicos apoyados por un movimiento armado conocido como el Ejército Republicano Irlandés (IRA), contra los unionistas o lealistas protestantes, desde el 8 de octubre de 1968 hasta el 10 de abril de 1998, cuando suscribieron el Acuerdo del Viernes Santo (González Rubio, 2015), mediante el cual los bandos en disputa compartirían el poder.

Las negociaciones duraron más de una década, ya que iniciaron en 1987 entre John Hume, en nombre del partido laborista y socialdemócrata norirlandés y el gobierno Británico; lo que condujo a que se reconociera la interlocución de Sinn Fein (partido político cercano al IRA) y a que en 1990 su oponente constitucional proclamara la Declaración Downing Street, mediante la cual aceptaba la autodeterminación de Irlanda del Norte; todo lo cual llevó a que en 1994 IRA decretara un alto al fuego, al que siguió igual gesto de los grupos lealistas paramilitares; y en junio de 1996 se iniciaron formalmente las negociaciones multipartidistas, bajo el supuesto de que nada estaría acordado hasta que todo lo estuviera; pero ya el 10 de abril de 1997 se suscribió el Acuerdo de Belfast, o el Acuerdo del Viernes Santo que incluía una reforma a la policía, a las instituciones políticas de Irlanda del Norte, a la integración de un Consejo Ministerial Británico e Irlandés, así como una Comisión de Derechos Humanos, liberación condicional de los presos paramilitares pertenecientes a las organizaciones que respetasen el alto el fuego, así como la definición de un plazo de dos años para la entrega

de las armas de los grupos paramilitares; y fue así cuando el 28 de julio de 2005 el IRA, anunció el fin de su lucha armada y los acuerdos se cumplieron a partir de 2007, pero reconociéndose que la reconciliación tardaría por lo menos toda una generación para consolidarse.

1.1.4. Angola

Tras la Conferencia de Berlín, Angola terminó siendo colonizada por los portugueses desatándose el movimiento de su independencia, solo después de la Segunda Guerra Mundial, y en 1961 a partir de la creación de varios movimientos libertarios la mayoría de tendencias izquierdistas; y que al finalizar la Revolución de los Claveles, con la que el 25 de abril de 1974, se terminó en Portugal con la dictadura militar de Salazar, los Lusitanos renunciaron a la lucha por mantener como colonias a Angola, Mozambique y Guinea, determinándose un período de transición para reconocer su independencia.

Sin embargo, luego del proceso por sacudirse del Imperio Lusitano continuó una guerra civil en la que se vivió un episodio de la Guerra Fría, en que se enfrentaron el Movimiento Popular de Liberación de Angola (MPLA), fuerzas gubernamentales apoyadas por la URSS, Cuba y los países del Este, y financiadas con el contrabando de petróleo, contra las fuerzas rebeldes de la Unión Nacional para la Independencia Total de Angola (UNITA) financiada con el contrabando de diamantes, y apoyadas por Estados Unidos, Sudáfrica y Zaire, la cual se extendió por 26 años y costó medio millón de muertos hasta que finalmente se le puso fin por medio del Memorando de Luena de 2002, en el que se determinaron las causas del conflicto y la terminación, tanto de la guerra como de su motivación, tras un acuerdo para el cual se negociaron por cerca de catorce años, lo que supuso la desmovilización de por lo menos cien mil combatientes (Marques) con amnistía total.

1.1.5. Sudáfrica

Este país logró la independencia del Reino Unido solo hasta 1960, pero desde entonces ya venía sufriendo una segregación racial contra la población negra –que representaba el 68% del total de los habitantes de dicho país, siendo los blancos solo el 21% y el 11% restante por mestizos, consistente en que tenían vetado el acceso a los cargos públicos y su presencia solo era

permitida en determinados sitios, era una segregación de tipo formal, ya que se expidieron leyes mediante las cuales se reservaban sitios solo para blancos y de menor calidad, solo para negros, que representaba una odiosa e inhumana política, que se fue extendiendo a la exclusión de la educación y de algunos derechos.

El apartheid del que fueron víctima los negros durante muchos años, se intensificó a partir de 1970 por lo que se inició una resistencia encausada por medio del Congreso Nacional Africano, del que luego se formó el Partido del Congreso Africano, movimientos éstos que organizaron múltiples protestas en las que terminaron acribillados cientos de sus manifestantes y encarcelados cerca de 18 mil, entre los cuales muchos fueron condenados a cadena perpetua por su participación en los mítines, en una violencia que se recrudeció con el paso del tiempo, sumiendo al país en una verdadera guerra civil, en una matanza permanente contra los negros.

Este proceso de paz buscó un punto de equilibrio entre las exigencias de la justicia y el perdón reclamadas en ese momento por la población sudafricana, en donde se hiciera posible la transición y la reconciliación intentando en todo caso la individualización de todos los victimarios. Este modelo de Justicia Transicional se alejó de todo tipo de formulaciones extremas, ya que gracias a los acuerdos de paz realizados se tomaron en consideración los derechos de las víctimas y a su vez autorizaron algunas formas de amnistías, para lo cual se conformó una Comisión de Verdad y Reconciliación, dividida en tres secciones: la primera, encargada de escuchar a todas las víctimas del crimen de apartheid; la segunda, encargada de otorgar las amnistías; y la tercera, aquella que dio todas las recomendaciones necesarias para dar paso a las reparaciones. Frente a las amnistías, estas no fueron otorgadas de manera general, sino que se otorgaron individualmente a todos aquellos victimarios que hicieron una confesión pública y total de todos los crímenes que cometieron ante el comité de amnistías de la Comisión de Verdad y Reconciliación. Fueron muchas las solicitudes que se recibieron para otorgarlas, sin embargo solo 1.200 casos se tomaron en cuenta.

2. EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

El Derecho Penal Internacional tiene sí una vida un poco más corta ya que nació con el Tratado de Versalles de 1919, en cuyo artículo 227 se impuso a

Alemania el juzgamiento del Emperador Guillermo II, por considerársele el generador de todos los desastres y miserias producidas en la Gran Guerra, quien finalmente no pudo ser ajusticiado ya que Holanda, el país que hoy paradójicamente alberga la sede de la Corte Penal Internacional, decidió no entregarlo para ser procesado judicialmente.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial se instalaron los juicios de Núremberg y Tokyo orientados a condenar a los criminales nazis y japoneses causantes de las atrocidades cometidas contra la humanidad, en un ejercicio que consolidaba la idea de que los responsables de las guerras que traicionando los mandatos del pueblo al que representaban, le produjeron un sufrimiento innecesario y extremo. Y claro está, con ese mismo argumento se instalaron posteriormente los demás Tribunales Penales Internacionales auspiciados por la ONU para juzgar a los líderes de los gobiernos de Yugoslavia⁶, Ruanda⁷, Timor Leste⁸, Sierra Leona⁹, Camboya¹⁰, así como de Iraq¹¹. Luego, el esfuerzo sistemático para juzgar a los criminales que han ostentado las calidades de Jefes de Estado o Representantes de estos en los conflictos, se puede ver en la creación de la Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998 en la Conferencia de Plenipotenciarios celebrada en Roma, que dio como resultado la expedición del Estatuto de Roma.

Como se puede observar, el derecho penal internacional surge para castigar a quienes traicionando el mandato de los pueblos, dedicaron sus gobiernos a cometer crímenes internacionales contra ellos. Así las cosas, se pueden establecer las diferencias entre el derecho penal internacional y la Justicia Transicional, a saber que:

El derecho penal internacional así visto se formula como una categoría jurídica cuya función es el cumplimiento de la pena en perspectiva de

⁶ Tribunal creado mediante las Resoluciones 808 del 22 de febrero y 827 del 25 de mayo de 1993, proferidas por el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas.

⁷ Tribunal creado mediante la Resolución 955 del 8 de noviembre de 1994 emitida por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

⁸ Creado el 6 de marzo de 2000.

⁹ Creado mediante acuerdo entre la ONU y el gobierno de Sierra Leona el 16 de enero de 2002.

¹⁰ Creado el 10 de agosto de 2002.

¹¹ El Tribunal Especial Iraquí fue creado el 10 de diciembre de 2003.

prevención y retribución, más o menos indiferente con las víctimas y con la situación del país en que interviene en relación con los acuerdos de paz, que surge del legalismo y el moralismo, aplicado por sociedades que ya han derrotado al tirano y buscan la reivindicación del Estado de derecho, ya que supone una cantidad de conductas imperdonables y se expresa como un mandato de fuerza de la comunidad internacional.

Precisamente por eso es que la situación vivida a partir de la invalidación de las leyes de punto final auto proclamadas por las dictaduras militares de países del Cono Sur como Argentina, Chile, Paraguay, Perú o Uruguay, no las consideramos como de Justicia Transicional sino como expresión de derecho penal internacional puesto que su objetivo no es devolver la paz a los países, sino juzgar a sus dirigentes.

Y la Justicia Transicional es un elemento que no debe confundirse con el derecho penal internacional, que es la respuesta jurídica de los vencedores a los que abusando del poder político conferido por sus países, cometieron delitos de los que la comunidad internacional se avergüenza, y se asegura de erradicar frente a ellos la impunidad. La Justicia Transicional responde a objetivos más altos de naturaleza política vinculados con estadios pre-constitucionales, como se viene afirmando.

De ahí que a esta modalidad política de la justicia se le adjudique la misión de pasar de una situación de guerra a una de paz, a partir de acuerdos celebrados entre las partes enfrentadas que consulten las causas de la confrontación, que se interesan menos por el pasado y miran al futuro con la esperanza de la reintegración de las víctimas, la consolidación de un escenario de justicia social, en ese ambiente fundacional del Estado en el que la no repetición de las atrocidades surge de la reconciliación y no del castigo, acogida por sociedades fragmentadas en busca de la identidad nacional, la unificación territorial o la concreción de la exclusividad de la fuerza en el Estado.

3. EXPERIENCIA COLOMBIANA FRENTE A LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Fiel a su historia de guerra nuestro país tiene una vasta experiencia en procesos de desmovilización, de amnistías e indultos, de reincorporación

de violentos a la sociedad civil, pero ninguna en materia de una Justicia Transicional que implique acuerdos entre las partes para poner fin a la guerra a partir de la identificación de las causas de la confrontación para incorporar en los acuerdos mecanismos para su superación.

Basta con mirar nuestro pasado reciente para comprobar que hubo amnistías en el gobierno del General Gustavo Rojas Pinilla en 1953; lo mismo que en 1982 bajo el gobierno del presidente Belisario Betancur; al igual que en los años 1990 y 1991 bajo los gobiernos de Virgilio Barco y César Gaviria, en medio de los cuales se dio precisamente la instauración de una nueva Constitución Política, progresista y de claro corte social; y que en el gobierno del Presidente Andrés Pastrana se adelantaron conversaciones con las FARC que no condujeron a nada.

Se puede afirmar que ninguna de las negociaciones que se han realizado o intentado, han consultado las verdaderas causas del conflicto para así poder superarlas por medio de acuerdos. En el año 2002 el país se ilusionó con una propuesta de proceso de paz con los grupos paramilitares que condujo a su simple desmovilización mediante la Ley 975 de 2005. Sin embargo, en sus antecedentes se alcanzó a proponer una ley, radicada en el gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez por su ministro del interior, Fernando Londoño Hoyos, en cuya motivación se indicaba lo siguiente (Congreso de la República, 2003):

La dilatada confrontación que desangra al país y cercena la vida de miles de compatriotas cada año, demanda en la hora presente el empeño genuino por diseñar los mecanismos jurídicos que permitan contribuir a cerrar las puertas del horror inherente a la guerra, apuntalando un horizonte que posibilite la dejación de las armas para quienes las han empuñado. Mientras por un acuerdo de paz no se ofrezca a los acusados de cometer delitos graves la posibilidad de contribuir con sus esfuerzos a la consecución de la paz nacional, quienes los cometieron no se van a entregar y persistirán en sus campañas bélicas, seguramente con nuevas y brutales violaciones al Derecho Internacional Humanitario, quedando los colombianos atrapados en una contradicción al parecer insoluble: para que haya plena justicia tendríamos que profundizar la guerra hasta límites inconcebibles para derrotar a todos los enemigos de la democracia y llevamos a las cárceles, o explorar fórmulas audaces que no contrapongan la paz a la justicia, fórmulas que permitan superar un concepto estrecho de justicia que se

centra en el castigo al culpable para acceder a un nuevo concepto de justicia que nos permita superar de manera efectiva el desangre y la barbarie a fin de reinstaurar plenas condiciones de convivencia. Fórmulas que permitan alcanzar la paz reorientando el sentido de la justicia y la función de sus aplicaciones en el horizonte del fortalecimiento de la democracia”.

La enorme dificultad está dada en ponerse de acuerdo sobre las causas de la guerra, de su mantenimiento y fortalecimiento, incluso en las condiciones para las negociaciones ya que una importante fracción del pueblo colombiano considera ilegítimo el proceso en el que se sientan las partes en igualdad de condiciones; por lo que el actual proceso de paz con las FARC en La Habana es el ejercicio en el que más se ha avanzado en este tipo de negociaciones hasta el momento.

4. LOS VALORES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL: LA JUSTICIA Y LA ELEGIBILIDAD

El logro de un acuerdo sobre justicia en el marco de los diálogos de paz entre el gobierno colombiano y la guerrilla de las FARC celebrados en La Habana, invita a reflexionar sobre el asunto de la pena para la rebelión así como de todos los delitos cometidos en su ejercicio, con el objetivo de entender las razones por las cuales se puede o se debe tratar de manera más o menos privilegiada a los rebeldes en el contexto de un pacto de paz.

Para ello, encontramos necesario revisar el alcance de la insurrección y su papel, por lo menos en las Revoluciones Burguesas, para después preguntar por la relación entre justicia de transición y el delito de rebelión, y finalmente abordar las funciones de la pena con su proyección en el marco de la sanción de los delitos cometidos por los rebeldes en el contexto de un acuerdo de paz.

4.1. DE LA INSURRECCIÓN

El derecho a disentir de las decisiones del poderoso está inscrito en la historia de las instituciones políticas, y se nota particularmente esplendoroso en el discurso de Antígona, aquella tragedia escrita por Sófocles mucho antes del nacimiento de la sociedad occidental, que se utiliza habitualmente para entender el enfrentamiento entre el positivismo y el iusnaturalismo, pero que cuestiona de manera exquisita las razones por las cuales se debe

obedecer y se invita a desobedecer las leyes que se consideren injustas, para la época, contrarias al orden natural.

El medioevo estuvo orientado por la sumisión y la obediencia ciega a la autoridad, a partir del discurso católico, en particular sustentado en la Carta del Apóstol San Pablo a los Romanos, cuyo Capítulo 13 vincula toda potestad con la presencia de Dios, de manera que resultaba pecaminosa la desobediencia¹², ya que el que desobedece atenta contra el poder divino, en lo cual se sustentó el modelo económico de aquellos tiempos, situación que se modificó con Santo Tomás de Aquino (Kaufmann, 1997, pág. 272), quien aceptaba la desobediencia a leyes injustas y a tiranos.

Sin embargo, dicha tendencia fue cambiando con el proceso conocido como la secularización, en el que se cuestionó el poder del monarca soportado en el discurso religioso, con pensadores como Locke, Hume, Meslier, Helvetius, Le Metrie, Bayle, Leclerc de Buffon, Diderot, D' Holbach, (Blom, 2010) entre otros.

Precisamente para dirimir la discusión entre los señores feudales, sostenidos por el poder católico, con los comerciantes, prestamistas e industriales –pecadores todos ellos–, quienes aprovechando el descontento popular armaron las revoluciones burguesas, fue necesario el transcurso del mercantilismo, a la fase industrial para posteriormente llegar al capitalismo y luego al liberalismo económico.

Las revoluciones burguesas vienen justificadas precisamente por el derecho a rebelarse contra el absolutismo, contra la tiranía y la opresión. John Locke denunció en el Segundo Tratado Sobre el Gobierno Civil, Capítulo XIX, lo injusto que supone la obediencia a mandatos inmorales o a monarcas arbitrarios; y con ese criterio se gestó la “Revolución Gloriosa” de 1688 en que los ingleses iniciaron un mundo de reconocimientos y reivindicaciones al pueblo.

Tiempo después la Revolución Americana también fue otra expresión del derecho a disentir, a desobedecer y a oponerse a la autoridad colonial, y en su Declaración de Independencia de 1776, se encuentra inmerso tal derecho.

¹² *“Sométase toda persona a las autoridades superiores; porque no hay autoridad sino de parte de Dios, y las que hay, por Dios han sido establecidas. De modo que quien se opone a la autoridad, a lo establecido por Dios resiste; y los que resisten, acarrearán condenación para sí mismos”.*

Con estos antecedentes la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano propia de los revolucionarios franceses, promulgada el 26 de agosto de 1789, reconocía en su artículo 2º que:

*“La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y **la resistencia a la opresión.**”*

Ya en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, bajo la redacción de la delegada de Estados Unidos, Eleanor Roosevelt (viuda del presidente Franklin D. Roosevelt), se expidió lo que se conoció como la Carta Magna internacional para la humanidad, adoptada por la ONU el 10 de diciembre de 1948 en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuyo preámbulo, párrafo 3º se eleva la rebelión a la categoría de supremo recurso, al señalarse:

“Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.

Este camino de reconocimiento de la rebelión como mecanismo para enfrentar gobiernos absolutistas y crueles, permitió que se concibiera al rebelde como un luchador por la causa social y a su gesta se le considerara delito con un tratamiento punitivo privilegiado, en el entendido de que su accionar buscaba una sociedad mejor, al punto que de resultar victorioso impondría un nuevo orden social, más justo y equitativo que el que combatía. Así, la soberanía popular, aquel concepto según el cual no existe nada por encima del pueblo y por ello, cuando el pueblo es traicionado por sus gobiernos, tiene todo el derecho de alzarse en armas contra él, es el que soporta el derecho a la rebelión del que todos somos titulares, o mejor, el supremo recurso de la rebelión.

4.2. LA REBELIÓN EN COLOMBIA

Fieles a la tradición conflictual en la que los colombianos hemos construido la historia, se viene reconociendo el delito político y su bondad punitiva a partir de la Constitución de la Nueva Granada de 1853, llegando a nuestros días en que la Carta Política vigente desde 1991, si bien no tiene reconocido explícitamente el derecho a rebelarse, inicia su preámbulo invocando el

poder soberano del pueblo, y propone un tratamiento indulgente para los que escojan dicha opción:

La Constitución Política en su artículo 35 prohíbe la extradición por delitos políticos; el 150.17 confiere al Congreso de la República la posibilidad de conceder amnistías o indultos generales; el 179 excusa para ser congresistas a quienes hayan sido condenados por delitos políticos; y, el 232 hace lo propio con los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

En cumplimiento de los mandatos constitucionales a nivel legislativo se mantiene el mismo criterio: la amnistía es una forma de extinción de la acción penal según lo dispuesto por el artículo 82 del Código Penal y el indulto una forma de extinción de la pena de acuerdo con el artículo 88 del mismo texto legal, mecanismos reservados a los delitos políticos.

Conviene señalar que hasta antes de que la Corte Constitucional profiriera la Sentencia C-456 de 1997, estaba vigente el artículo 27 del Código Penal¹³ contenido en el Decreto-Ley 100 de 1980 que otorgaba impunidad a todos los delitos cometidos por delincuentes políticos en combate, siempre que no constituyeran actos de ferocidad barbarie o terrorismo, lo cual suponía un marco de impunidad relativamente amplio para el ejercicio de la rebelión.

Con la emisión de dicho fallo el tratamiento privilegiado de los delitos políticos quedó limitado a ellos, vale decir, a la rebelión, sedición y asonada, y los demás, como homicidios, lesiones personales, daños, etcétera, los cuales serían sancionados con el rigor que la legislación ordinaria dispensa para los delitos comunes; y desde ese momento se abrió un debate nacional en relación con la necesidad de mantener dicha indulgencia punitiva para subversivos cuando el escenario político creado con la Carta Política de 1991 que otorga innumerables mecanismos de participación y de intervención y que reconoce derechos con tanta generosidad, hace que la lucha armada pierda toda justificación.

En todo caso, nuestro legislador ha planteado la amnistía para los delitos de rebelión y de sus conexos, vinculados con porte de armas y utilización exclusiva de uniformes de las Fuerzas Militares, siempre que los subversivos se desmovilicen individualmente y se comprometan a cesar con su actividad

¹³ Código Penal Colombiano [CPC]. Artículo 127: *Exclusión de pena. Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo*".

rebelde. Así lo ha planteado a partir de la expedición de la Ley 418 de 1997, cuya vigencia ha sido prorrogada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006, 1421 de 2010 y 1738 de 2014.

4.3. EL DELITO DE REBELIÓN EN EL CONTEXTO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Así vista la rebelión, es la autorización que el contexto internacional de los derechos humanos concede a los ciudadanos para retirarse del pacto tiránico y opresor con el propósito de enfrentarlo por la vía de las armas y fundar uno nuevo, inicialmente entre los que se rebelan, los que de triunfar en su propósito, extenderían a todos los demás. De manera que cuando las rebeliones son exitosas, se instalan como el nuevo Estado y legislan sancionando al tirano derrotado con toda su corte; y viceversa, cuando el Estado derrota a los rebeldes deja caer sobre ellos todo el peso de la ley.

Son múltiples las razones por las cuales las rebeliones no han triunfado en todos los países en los que se han iniciado, siendo tal vez Nicaragua el último que vio en 1979 la entrada triunfal del Movimiento Sandinista de Liberación Nacional. Entre dichas explicaciones tal vez la más influyente es la relacionada con el escenario internacional de la Guerra Fría en la que se propusieron los movimientos subversivos, esto es, de la confrontación de los comunistas con los libertaristas, en suelos diferentes de los de Rusia y Estados Unidos, considerándose la lucha armada como una forma de expansión de la Cortina de Hierro, lo cual fue lográndose con la Revolución China y luego con la Cubana de 1959 que intentó extender su influencia a todos los países americanos.

Frente a dicha pretensión expansionista del comunismo surgieron del otro polo múltiples medidas de defensa de la libertad, entre otras la Doctrina de la Seguridad Nacional, que terminó imponiendo o facilitando la llegada de dictaduras militares en la mayoría de los países de nuestro hemisferio, con fatídicos resultados en materia de violación de derechos humanos. Eso impidió que los ejércitos, o una parte de ellos, pudieran estar del lado del pueblo al que sentían representar los movimientos subversivos, y por ello las rebeliones en países como el nuestro, se fueron quedando en el tiempo limitadas a grupos que paulatinamente terminaron en una estrategia de guerra de guerrillas, sin mayor respaldo popular, sin ningún apoyo en las

Fuerzas Militares, y relegados a producir daños muy graves pero menores en su pretensión de apoderarse del poder del Estado.

Esa doctrina de Seguridad Nacional fue propiciando en varios países la aparición de grupos de milicias que podrían hacer lo que la normatividad no le permitía a los agentes del Estado y así surgieron los grupos conocidos como “para-militares” que so pretexto de la lucha armada fueron atacando a la población civil en la que podría haber alguna simpatía por los subversivos, estrategia que llamaron “quitarle el agua al pez”, y de paso apropiándose de todo lo que de valor encontrarán a su paso, como tierras, edificios, mujeres, vidas, dignidades. Otro aliciente que propició la aparición –la evolución, si se quiere– de los grupos paramilitares estuvo en el control del narcotráfico –por lo menos en nuestra particular situación–, con lo cual se fueron armando economías ilegales de distinta naturaleza cuyo abandono dificultaría después el desmonte de tales grupos armados ilegales.

La situación originada con el derrumbe del comunismo, con la icónica caída del Muro de Berlín en noviembre de 1989, fue dejando a los movimientos subversivos sin el piso sobre el cual construirían sus proyectos ideológicos, pero en medio de una guerra cuya victoria se alejaba cada día más, pero que se fue volviendo más inhumana ya que sus métodos se fueron degradando a niveles incomparables.

Las guerras se terminan con la victoria militar de uno de los grupos combatientes o con un acuerdo. La guerra colombiana se fue prolongando en un tiempo en el que la guerrilla con la financiación que le permitía su participación en el narcotráfico, podría mantenerse atacando a las fuerzas del Estado en el modelo de guerra de guerrillas, pero sin la mayor posibilidad de vencerlas, dado el incremento en hombres, equipos y tecnología que venían adquiriendo las fuerzas del orden.

Descartada la victoria militar de cualquiera de los combatientes, y en el afán de culminar la guerra, solo queda entonces mirar hacia la Justicia Transicional.

Reconociendo que lo que se intenta hacer con los acuerdos logrados en el contexto de los diálogos de paz con las fuerzas rebeldes que ejercen la insurrección en Colombia, responde por primera vez a un esquema de Justicia Transicional, es que se justifica preguntarse por la legitimidad del acuerdo sobre justicia, alcanzado en el marco de las conversaciones de La Habana.

Luego, ¿es legítimo abstenerse de ejecutar penas de prisión por todo tipo de delitos a subversivos que en el contexto de los acuerdos de paz se

desmovilicen, relaten la verdad de todo lo sucedido en su accionar militar, participen activamente en los programas diseñados para la reparación de las víctimas, cesen su rebeldía, busquen su reinserción a la sociedad y persigan por las vías democráticas las reivindicaciones sociales que pretendían obtener por el camino de las armas?

Somos convencidos de que es totalmente legítimo abstenerse de ejecutar penas de prisión a ciudadanos en tales condiciones. Es de advertir además que el Acuerdo sobre Justicia es uno dentro de los seis puntos que ocupan la discusión, estando orientados los otros a facilitar las condiciones para la inserción a la contienda democrática por parte de los alzados en armas.

En el camino de poder comprender el problema formulado, *en primer término* es determinante preguntarse por los objetivos de la pena. Nuestra legislación advierte que son la prevención general y especial, la protección al condenado, la retribución y fundamentalmente la resocialización o la reinserción social¹⁴.

La prevención hace relación, en primer lugar a la evitación coercitiva de más delitos, para impedir la continuación de la actividad delictiva (Lesch, 2000, pág. 24), y además a la intimidación y escarmiento (Hegel, 1968, pág. 107) que se espera cause la pena, tanto en el individuo que comete el delito (prevención especial) como así también en la sociedad, esto es, para que sirva de efecto inhibitorio o disuasorio para otros que pretendan el mismo actuar se abstengan de desplegarlo (prevención general). Frente a la prevención general surge el cuestionamiento relacionado con la instrumentalización del condenado, a quien se le encierra y se le produce sufrimiento para que los demás observen lo que no se debe hacer y se abstengan de ello, lo cual riñe con el concepto de dignidad humana, construido a partir del concepto kantiano según el cual el hombre es un fin en sí mismo y no puede ser catalogado como un mero instrumento.

La retribución se entendía en una primera fase de la evolución de las penas como el castigo mediante el cual se recuperaba la igualdad, ya que vulnerando al que vulnera, esto es, produciéndole dolor al que lo causó, se reconviene el pacto (Hegel, 1968, pág. 109), y luego fue perdiendo fuerza

¹⁴ Código Penal Colombiano [CPC]. Artículo 4 “*La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado*”.

frente al nacimiento de la reinserción social, a partir del advenimiento de un nuevo compromiso del Estado con sus ciudadanos relacionado con el marco de su actividad, esto es, el paso del liberalismo al Estado de bienestar.

La protección del condenado como función de la pena está representada en el aislamiento y por esa vía evitar el ajusticiamiento social o linchamiento; y, la resocialización (Lesch, 2000, pág. 21), como objetivo fundamental de la sanción, su fin es la reinserción social del convicto.

Se puede observar que todas las funciones de la pena tienen una vinculación relacional con el futuro, y existen sí y solo si hay posibilidades de nuevos delitos. Las sanciones, por elaboradas, sofisticadas o drásticas que sean, no tienen la virtualidad o capacidad de volver atrás la historia y desaparecer la acción criminal. Solo existe si hay un futuro de posibles nuevos delitos.

Así, en medio de los acuerdos de paz, cuando se considera eliminada la tiranía y la opresión se acaba la rebeldía, vale decir, también por acuerdo cesa el alzamiento en armas y por tanto el conflicto armado. Esa confrontación era el escenario en el cual existía rebeldía, rebeldes y acciones rebeldes. Si se acaba el conflicto, se acaba el escenario en el cual se desarrolla la guerra y por tanto la opción de cometer todos los delitos relacionados con ella. Sancionar al rebelde tiene sentido en función del pronóstico de comisión de más delitos, pero si el rebelde desaparece, lo mismo que el escenario de guerra y la tiranía y la opresión, se acaba la oportunidad de delinquir en el contexto de los delitos políticos y por tanto carece de objetivos la pena.

Además, cuando se pone fin a las rebeliones por la vía de los acuerdos amistosos, cada una de las partes carece de legitimidad para imponer a la otra las consecuencias de la victoria militar que ninguna obtuvo. En presencia de un convenio que ponga fin a la rebeldía, los fines ordinarios de la pena, como son la protección, la prevención y la resocialización, se desvanecen: como se acaba la rebelión ya no hay que imponer penas a los rebeldes que dejan de serlo, para evitar delitos futuros (porque han desaparecido tanto la rebeldía como la tiranía), ni tampoco para proteger a la sociedad y al acusado, porque existe la confianza de que se va a cumplir el pacto de paz y entonces no hay de quien protegerse en ese escenario de ausencia de guerra. El futuro cambia, se pronostica en paz, no por efecto de la pena sino del acuerdo. Es una situación semejante a la muerte del procesado, a quien

tampoco se le impone pena porque existe el pronóstico seguro de que no delinquirá nuevamente.

En segundo término, la pena es concebida en el contexto del pacto del cual los rebeldes fueron autorizados a retirarse para fundar el suyo propio, con unos principios y esquemas de valor, en todo caso diferentes al que abandonaron, por efecto de la autorización internacional del ejercicio de la rebelión. Uno podría entender que valores que son caros a quienes no somos rebeldes, tales como la propiedad privada, la vida y la libertad, para ellos son insignificantes en el pacto que ellos fundaron transitoriamente y en cuya extensión al resto de los colombianos no triunfaron. Pero en ese pacto que se les permitió crear, el que desarrollaron en lo que para nosotros son antivalores, cometieron acciones que en nuestro consenso consideramos reprochables y punibles, pero para ellos resultan indiferentes pues responden a los “valores fundantes” de su pacto.

Y claro, si se les reduce, se les captura y se les somete, el Estado impondría las penas correspondientes. Pero no ha sido así, y por eso la Justicia Transicional permite acuerdos entre partes en conflicto, esto es, cuando ninguna de ellas ha vencido a la otra.

Así, en el contexto de un acuerdo –a diferencia de cuando se les vence– no se les podría imponer, por la vía de la pena, los intereses de un pacto del que se les permitió renunciar. Por eso es que tienen todo el sentido unas penas simbólicas y alternativas, con las cuales se busque el restablecimiento del orden perturbado por los hechos punibles cometidos por los rebeldes (Lesch, 2000). No resulta coherente imponerles, o por lo menos ejecutarles penas por haber cometido delitos contra un pacto del cual se les autorizó retirarse para que fundaran el suyo propio, a su vez contrario al nuestro.

Por tanto, entendemos que la imposición de penas que no se ejecutan tiene un efecto simbólico completamente coherente con la Justicia Transicional; privilegios o ventajas punitivas que habrán de extenderse, por efecto del tipo excepcional de esta categoría política, a los demás actores del conflicto.

Esto por cuanto el final de la guerra implica definir también la suerte de los militares que en el contexto del conflicto armado pudieron cometer crímenes, a quienes sin lugar a dudas debe tratárseles, por lo menos, con el mismo rasero con el que se juzgarán los delitos perpetrados por los subversivos, lo cual surge del más elemental sentido de equidad y de una

realidad política que bordea los límites de lo que en este tópico la sociedad colombiana está dispuesta a tolerar, básicamente porque no se percibe justo que a los que atentaron contra el Estado de derecho se les privilegie con laxitud y benevolencia mientras que a los que pudieron equivocarse al defenderlo, se les responda con severidad. Con el mismo rasero pero con tratamiento diferenciado.

Esa justicia especial que se concibió para nuestros militares les otorga un tratamiento radicalmente diferente al de los subversivos, que se concreta en que:

1) los parámetros de este capítulo de la Justicia Transicional no fueron diseñados con participación de las FARC;

2) las penas aplicables serán previstas luego de que finalicen las conversaciones de paz, no por los insurgentes sino por el Gobierno Nacional;

3) se presume que todas las actividades desplegadas por ellos se caracterizaron por el respeto a la legalidad;

4) los sitios de reclusión serán los dispuestos para ellos por el régimen penitenciario;

5) frente a la integralidad y prevalencia del sistema allí se definirá la totalidad de los casos penales que tengan los militares, con independencia de que ya estén juzgados;

6) dadas las características de órgano de cierre de la Jurisdicción Especial para la Paz, las decisiones que adopte serán inamovibles, esto es, indiscutiblemente respetadas por todas las autoridades y por tanto no podrán ser removidas o dejadas sin efecto por órgano alguno;

7) para evitar desbordamientos en relación con los altos oficiales no se presumirá su responsabilidad como consecuencia automática y exclusiva del mando que ostentaron, sino que se tendrán en consideración otros factores como el control efectivo de la conducta y los medios a su alcance para prevenirla; y,

8) por el tipo de delitos atribuidos a los ex miembros de las Fuerzas Militares su verdad y responsabilidad será individual y no colectiva porque, a diferencia de los subversivos, ellos no pertenecían a una organización que tuviera por doctrina atentar contra el orden jurídico, sino que pertenecían a las fuerzas constitucionales del Estado.

En todo caso deben declararse las responsabilidades penales, las penas deben imponerse, con independencia de su ejecución, básicamente porque, es necesario que se ratifique mediante los fallos, que sigue estando prohibido asesinar, hurtar, lesionar, secuestrar, extorsionar, y todos los delitos que se hayan cometido, como forma de reivindicar, reconocer, reafirmar y ratificar que el pacto que se impone es el nuestro y no el de los subversivos.

Así pues, la rebelión es un derecho relacionado con la soberanía popular, mediante el cual se autoriza a luchar contra la tiranía y la opresión, ejercicio en el cual los rebeldes fundan un pacto por fuera de aquel que repudian; y cuando mediante un acuerdo de paz se les invita a que se reincorporen al pacto que abandonaron, no tiene sentido ejecutarles unas penas impuestas por el incumplimiento de un pacto del cual fueron autorizados a retirarse. Por su parte la JustTransicional es el escenario en cual se producen esos pactos y por tanto el Acuerdo sobre Justicia está políticamente legitimado.

CONCLUSIONES

Existen dos categorías que tienden a confundirse como son la justicia transicional y el derecho penal internacional. Mientras que la justicia transicional tiene su propio recorrido el cual inicia a la par con la guerra y tiene innumerables manifestaciones en la historia, el derecho penal internacional apenas hizo su aparición en la segunda posguerra del siglo XX.

La forma en que se han ido consolidando los elementos empíricos de los distintos Estados y en particular el camino tan accidentado que los países que han sido presa de la dominación colonial han debido recorrer, los ha forzado a buscar dichas realizaciones, vale decir, el monopolio de la fuerza, la unidad territorial y la identidad nacional, por el camino de la justicia transicional.

Por eso, por justicia transicional debemos entender aquel acuerdo celebrado entre las partes contendientes, orientado a identificar las causas de la guerra para que por medio del esfuerzo común y la especial atención a las víctimas, busquen los caminos para transitar de una situación de guerra a una de ausencia de la confrontación, en perspectiva de consolidar una convivencia pacífica, armónica y justa para todos.

El derecho penal internacional, en tanto una categoría jurídica, debe reconocer y permitir el espacio para que la justicia transicional, en tanto categoría política,

construya los espacios de convivencia originados de los acuerdos de los bandos en guerra como una apuesta a un futuro en paz y justicia social.

La justicia transicional referida a contextos de consolidación del monopolio de la fuerza tiene en el concepto de soberanía popular y la rebelión como una de sus manifestaciones, una limitante a la finalidad retributiva de la pena.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aristóteles. (2000). *La política –Politeia–*. Santafé de Bogotá: Panamericana Editorial.
- Blanco, C. (2011). “La integración andina en el marco constitucional de los países miembros de la Comunidad Andina (CAN)” en *Revista IUSTA*. Documento extraído el 20 de octubre de 2016 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/3109/2976>
- Blom, P. (2010). *Gente Peligrosa. El radicalismo olvidado de la ilustración europea*. Barcelona: Anagrama.
- Carreño Dueñas, D. et al. (2015). *La razonabilidad jurídica, la razonabilidad política de la historicidad y la razonabilidad de la virtud de la prudencia, en la perspectiva de la hermenéutica y la argumentación*. Bucaramanga: Universidad Santo Tomás.
- Congreso de la República. (27 de agosto de 2003). Proyecto de Ley Estatutaria 85 2003 Senado. *Proyecto de Ley Estatutaria 85 2003 Senado, Gaceta Legislativa N° 436 de 2003*. Bogotá, Colombia.
- De Gamboa Tapias, C. (2006).” La transición democrática y la responsabilidad de la comunidad con su pasado”. En C. De Gamboa Tapias, *Justicia transicional: teoría y praxis* (pág. 154). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- De Greiff, P. (2006). “Enfrentar el pasado: reparaciones por abusos graves a los derechos humanos”. En P. De Greiff, *Justicia transicional: teoría y praxis*. (pág. 205 ss). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Fisas, V. (2015). *Anuario de procesos de paz 2015*. Icaria Editorial. Obtenido de Escola de Cultura de Pau de la UAB.
- Galain, P. (2014) El proceso de Justicia Transicional en Uruguay en *Revista Verba Iuris*. Documento extraído el 4 de septiembre de 2016 de <http://www.unilivre.edu.co/verbaiuris/6-publicaciones/publicaciones/531-el-proceso-de-justicia-transicional-en-uruguay>
- González Rubio, R. E. (2015). *Repositorio Universidad Católica de Colombia*. Recuperado el 28 de julio de 2016, de Repository ucatolica: <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2693/1/AN%C3%81LISIS%20DEL%20PROCESO%20DE%20PAZ%20EN%20IRLANDA%20DEL%20NORTE.pdf>
- Hegel, G. (1968). *Filosofía del Derecho* (Quinta ed., Vol. 5). Buenos Aires: Editorial Claridad.
- Kaufmann, A. (1997). *Filosofía del Derecho*. (Segunda. ed.). Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- Las 2 Orillas. (01 de septiembre de 2016). Bendición de la Corte Penal Internacional al Acuerdo con las Farc. *Las 2 Orillas*.

- Lesch, H. (2000). *La función de la pena*. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- Marques, R. (s.f.). *Novafrica*. Obtenido de Las raíces de la violencia en.
- Pensky, M. (2006). El pasado es otro pueblo. Un argumento a favor de los derechos póstumos como limitaciones normativas a las amnistías. En M. Pensky, *Justicia transicional: teoría y praxis*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Saffon, M. P. (2008). *Enfrentando los horrores del pasado. Estudios conceptuales y comparados sobre justicia transicional*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Sánchez Cardona, M. I. (2015). *Educación para la cultura de Paz: Una aproximación psicopedagógica*. Bogotá: Usta.
- Teitel G, R. (2003). “Generalogía de la Justicia Transicional”. Título original “Transitional Justice Genealogy”. *Harvard Human Rights Journal*, 16, 69-94.
- Tirado, M. (2013). “Niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado en Colombia” en *Revista Verba Iuris*. Documento extraído el 5 de agosto de 2016 de <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/21-noticias/articulos-de-revista-verba-iuris/502-ninos-ninas-y-adolescentes-en-el-conflicto-armado-en-colombia>
- Vicente García, J. A. (10 de noviembre de 2009). *Historia de Guatemala*. Obtenido de La firma de la paz en Guatemala: <http://historiadeguate.blogspot.com.co/2009/11/la-firma-de-la-paz-en-guatemala.html>
- Zazueta Carrillo L. (2014). “El derecho a la verdad en el marco de la justicia transicional como obligación del Estado mexicano ante la impunidad” en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*. Documento extraído el 20 de octubre de 2016 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/viei/article/view/2433/2374>

HACIA UNA PROPUESTA DE ESCUELA SOCIOCULTURAL DE LA PAZ PEDAGÓGICA EN EL POSTCONFLICTO EN COLOMBIA¹

MARIELA INÉS SÁNCHEZ CARDONA²

INTRODUCCIÓN

Los avances actuales en el tema de los acuerdos de paz en Colombia ameritan el compromiso de las instituciones educativas en la transformación de cultura de la violencia por culturas de paz en la sociedad. De ellas dependerá en gran medida el empoderamiento que puedan tener las juventudes desde una visión crítica de los índices y niveles de violencia que son percibidos y legitimados en las interacciones que se dan en su diario vivir. En este sentido, se plantea la importancia de desarrollar en el país una *Escuela sociocultural de la paz pedagógica en el postconflicto*, donde se investiguen nuevas pedagogías para hacer las paces que permitan dar cuenta del papel trascendental del profesorado en la construcción de pensamientos y reflexiones que se dediquen a la formulación de nuevos paradigmas educativas tanto en contenidos como en didácticas de enseñanza de la paz al interior y exterior de las aulas.

¹ El capítulo de libro esta adscrito al grupo de Investigación Socio-Humanística del Derecho de la Universidad Santo Tomás y hace parte del proyecto: “*La educación para la paz en la formación jurídica: concepto, estado actual y posible impacto*”.

² Mariela Sánchez Cardona, Doctora en Estudios de Paz Conflicto y Desarrollo de la Universidad Jaume I- España. Profesora investigadora de la facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás-Sede Bogotá. Hace parte del grupo de investigación de Socio-Humanística del Derecho, donde lidera la línea Derecho y paz. En este grupo desarrolla desde hace tres años el proyecto de investigación: La educación para la paz en la formación jurídica: concepto, estado actual y posible impacto. Así mismo hace parte del grupo Constitucionalismo Comparado de la Universidad Nacional de Colombia donde lidera la línea de Constitucionalismo y Paz. Correo electrónico: marielasanchez@usantotomas.edu.co

En el presente capítulo se desarrolla tres grandes subtemas, a saber: *a)* la realización de la paz en Colombia es también un compromiso de la comunidad académica, *b)* fundamentación teórica de una *Escuela sociocultural de la paz pedagógica en el postconflicto* y *c)* el profesorado y la formación para la Paz. Dichos subtemas han sido el resultado de los procesos de reflexión surgidos de la investigación desarrollada en diferentes escenarios académicos, en colegios distritales como en las facultades de Derecho de las universidades Santo Tomás, Nacional de Colombia y Católica.

Las investigaciones planteadas en el anterior párrafo han mantenido una metodología mixta con énfasis cualitativa, obedeciendo las teorías de análisis de caso. En esta misma perspectiva, se han utilizado cuestionarios tanto para profesores como estudiantes, y se han desarrollado procesos de observación participativa, siendo útiles para analizar las interacciones de los docentes en las aulas de clase.

1. LA REALIZACIÓN DE LA PAZ EN COLOMBIA ES TAMBIÉN UN COMPROMISO DE LA COMUNIDAD ACADÉMICA

Con frecuencia encontramos en algunas personas el pensamiento de que si los grupos violentos no se comprometen con la paz será imposible una convivencia pacífica en el país. Esta tesis debe ser analizada cuidadosamente porque podría estar otorgando cierto poder a los grupos al margen de la ley de desestabilizar los progresos de Colombia entorno a la paz, debido a los niveles de violencia que ellos han generado en el pasado. Sin embargo, tampoco se puede desconocer que existe otro porcentaje de violencia de índole psicológico, interpersonal y/o familiar que también está deteriorando la armonía en la convivencia en las personas. En este sentido, por ejemplo, el periódico el Tiempo el 10 de mayo, ha reportado:

[...] las personas que viven en Bogotá siguen resolviendo los problemas de manera violenta: en riñas y con armas [...] durante las 60 horas que transcurrieron entre el viernes a las 6 de la tarde y el día lunes a las 6 de la mañana, la Policía tuvo que atender 3,937 riñas en la ciudad (Periódico el Tiempo, 2016: 5).

Teniendo en cuenta la anterior tesis, la autora del artículo pretende hacer un llamado de atención a no sobredimensionar como único responsable

de la paz en Colombia a los actores violentos, ya que este falso paradigma podría ser peligroso pues estaría ignorando la existencia de las otras clases de violencia que están presentes en la cotidianidad de las relaciones sociales y ellas se están tejiendo constantemente, construyendo culturas de violencia (Arias Duque, 2004). En suma, las diferentes causas de la violencia en el país fuera del conflicto armado, no se pueden desconocer y es importante hacer una ponderación de las mismas a la hora de pensar en una paz sostenible y duradera. En esta perspectiva podría pensarse que la edificación de la cultura de paz debe incluir también a otras personas e instituciones académicas a parte de los grupos violentos, desde una visión realista y progresiva de la cultura de la paz en el país.

Desde esta visión es importante reflexionar que el acuerdo de paz que actualmente se ha pactado en Colombia con la guerrilla (Farc-ep), tendrá el verdadero efecto de paz esperado en la sociedad, solo cuando se logró involucrar a un mayor número de personas en el compromiso y edificación de mejores relaciones de convivencia, tanto con las víctimas del conflicto, como con la población en general. La anterior proposición depone claro que la paz no debe dejarse solo en manos de actores violentos o políticos de turno, sino que es un trabajo a diferentes niveles, donde los procesos de comunicación y contacto directo con la gente serán trascendentales en la transición de la cultura de violencia por la cultura de paz en la nación.

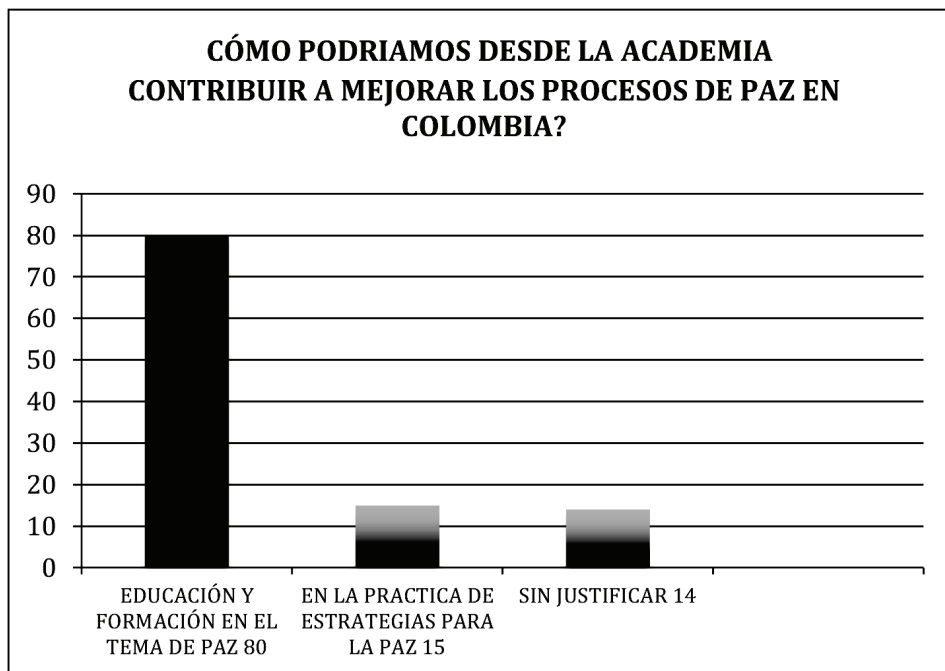
El primer paso hacia la autenticidad es comprender y reconocer públicamente que el involucramiento de cuestiones profundas y de la gente, en un diálogo sostenido, es un duro trabajo que no acaba con un alto el fuego o la firma de un documento. El compromiso auténtico reconoce que el conflicto permanece. El diálogo es permanente y exige plataformas que hagan posible y continuado tal compromiso en múltiples niveles de la sociedad afectada. [...] El cambio constructivo genuino requiere la participación de la otra parte. Y esto no es un reto sólo para dirigentes –tenemos que abarcar y alentar una gran esfera pública de auténtico compromiso humano– (Lederach, 2008: 85)

Investigadores como Jares, hacen sus aportes al respecto, enfatizando en el deber que cada ciudadano tiene en la búsqueda de soluciones a los conflictos existentes en su nación. Estos planteamientos empoderan a los individuos en la consecución de la paz y no dejan el compromiso sólo a los

actores políticos, al tiempo que expresan cómo la cultura de paz se asienta en el debate, en la crítica, en el diálogo y en la libertad de expresión. En esta dirección, se debe recuperar para muchos ciudadanos el valor del compromiso y la solidaridad frente a la cultura de la indiferencia y el menosprecio. Estos cimientos tienen el valor de posibilitar en cada uno, la capacidad de aprender a compartir, a cooperar, a ser solidario y feliz (Jares, 2003, 100).

La paz se podrá alcanzar en el esfuerzo mancomunado de la sociedad, empezando con un esfuerzo inmediato por transformar los conflictos sin la violencia, evitando la guerra a como dé lugar, seguido de un esfuerzo de largo plazo por instaurar una paz duradera. Es aquí donde la política tendría que actuar en la prevención de la violencia durante el manejo de los conflictos. Asimismo, el Estado por medio de las constituciones políticas debería concebir la paz como un valor universal que sirva para construir la armonía social donde prevalezca el respeto por cada individuo en particular. Bajo esta perspectiva es indudable el compromiso que se tiene desde la academia tanto a nivel de colegios como universidades en aras de desarrollar una formación cada vez más sólida en el tema de paz y para la paz, en pro del desarrollo integral de las juventudes en Colombia. La academia debe posibilitar a las nuevas generaciones el aprendizaje de mejores metodologías de hacer las paces en todos los contextos sociales.

Teniendo en cuenta esta perspectiva de formación en paz, en algunas investigaciones recientes con la población juvenil, se ha encontrado que ellos(as) poseen un gran interés de conocer más sobre la paz, que sobre la guerra— tienen claridad que a través de la educación para y desde la paz se puede contribuir a la edificación de una sociedad pacífica— en la que se necesita de manera urgente desarrollar este tema en períodos antes, durante y después de los acuerdos de paz en Colombia (Sánchez Cardona, 2015 a,b,c). En la siguiente gráfica se puede observar las respuestas que han dado un grupo de estudiantes de facultades de Derecho de las universidades Santo Tomás sede Bogotá, Nacional de Colombia y Universidad Católica. Estos resultados hacen parte de un proyecto de investigación sobre la formación de paz en las ciencias jurídicas que la autora está desarrollando en la Universidad Santo Tomás desde el año 2014.



Como se puede observar claramente los 80 estudiantes de las tres facultades de Derecho de las universidades anteriormente mencionadas, consideran que la academia a través de la formación en paz puede lograr contribuir con los procesos de paz en Colombia. Este resultado podría estar demostrando que los estudiantes ven la trascendencia de educar en la paz desde las instituciones educativas. Es por ello que el siguiente apartado se intentará desarrollar la tesis que fundamenta la creación de una *escuela sociocultural de la paz pedagógica* en el país como un medio que contribuya a empoderar la cultura de paz en Colombia.

2. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA DE UNA ESCUELA SOCIOCULTURAL DE LA PAZ PEDAGÓGICA EN EL POSTCONFLICTO

Los paradigmas erróneos de paz que se plantan en la etapa de postconflicto en Colombia: a) el soñado acuerdo de La Habana (Cuba) garantiza una paz duradera, b) la paz en Colombia está en manos de los actores violentos,

c) la meta-preferencia de la paz es suficiente para hacerla realidad y d) la construcción de paz cotidiana no tiene impacto a nivel social, plantean claramente para su rompimiento grandes retos socio-pedagógicos a diferentes niveles. La autora considera, que la disolución de estos paradigmas y la reconstrucción de nuevos imaginarios en las personas, juegan un papel crucial en el compromiso que puedan tener todos y cada uno de los colombianos, a favor de la cultura de la paz, que ha sido siempre necesaria fortificar en el país y ahora más que nunca retoma su importancia en la futura agenda de paz en la etapa de posconflicto.

Desde esta mirada, indudablemente las instituciones educativas del país tienen ahora la exigencia de desarrollar metodologías propias de pedagogía de paz, en aras de desmontar estos falsos paradigmas, que pudieran estar obstaculizando la posibilidad de reinventarse otras formas de hacer las paces en una sociedad que ha sido atravesada por la violencia en diversos contextos sociopolíticos. Atendiendo a la anterior premisa, se quiere proponer el desarrollo de algunos lineamientos de investigación para la paz, que apunten a la conformación de una *escuela sociocultural de la paz pedagógica* en Colombia. La perspectiva de dicha escuela, siendo uno de sus objetivos principales explorar pedagogías de investigación tendientes a confrontar constantemente la coherencia de paz que se tiene tanto en nivel individual como social en el país. Sus pretensiones entre otras serán: vigilar, reflexionar activamente e investigar la paz en concordancia con los pensamientos, sentimientos y el actuar de todos los ciudadanos en país. Desarrollar metodologías propias de investigación de la escuela *sociocultural de la paz pedagógica* en Colombia, debe intentar tener la capacidad de fortalecer a la sociedad civil en proyectos de paz y de una manera muy especial. Apuntar a la formación de la paz en las instituciones educativas donde los lentes de dicha formación sena los pilares de la paz y no de la violencia.

En este orden de ideas, también es necesario examinar e investigar entre otros, desde esta escuela, todos los actos y pensamientos de la ciudadanía que están fortaleciendo y perpetuando en la cotidianidad la violencia cultural en el país. Muchos de estos actos se han legitimado y automatizado en la cultura en muchas ocasiones por la falta de una verdadera consciencia crítica (Valencia Villamizar, 2015) y un reconocimiento social de estas actuaciones. Por ejemplo: la corrupción, los caminos cortos para conseguir los objetivos personales sin pensar en el otro, la desconfianza, la desconexión de mis actos con la paz social.

De igual forma es crucial visibilizar y fortalecer desde esta nueva escuela *sociocultural de la paz pedagógica*, el verdadero rol de las juventudes, que permita rescatar y enaltecer todas estas potencialidades que poseen para practicar la paz, ellas han sido pioneras de grandes cambios sociales (Sánchez Cardona, 20015a: 445-465) y las instituciones educativas tiene la función de empoderarlas en el futuro de la paz en Colombia. Ahora bien, fortalecer las virtudes de paz en las juventudes a través de adecuadas pedagogías humanistas se hace cada vez más importante en la fase de postconflicto, ya que en estudios recientes se ha hallado cómo en situaciones de violencia extrema las comunidades han logrado manejar los conflictos desde la paz en sus territorios, porque han logrado encontrar y florecer enormes potenciales para las paz al interior de su gente donde el Estado no ha tenido presencia.

De una manera muy especial se quiere en este capítulo, llamar la atención en la importancia de formar e investigar a partir esta *escuela sociocultural de la paz pedagógica* desde las presencias de paz y no desde las ausencias paz, en esta perspectiva se pueden ver grandes destellos de luz en entorno a la convivencia pacífica. Es trascendental recalcar que estas pedagogías tienen un centro importante, los y las profesores quienes siendo modelo de vida y coherencia de paz logran estimular grandes cambios sociales (Sánchez Cardona, 2015b), ejemplos de esta pedagogía se pueden ver en la filosofía de los líderes no violentos como Jesucristo, Gandhi, Mater Luther King (López Martínez 2004: 308; Kraf,1992: 114).

Las personas o grupos que están desarrollando proyectos de investigación en Colombia en esta dirección, tienen muy claro que empoderar a las instituciones educativas en transformaciones culturales en pro de la paz no es un camino fácil e implica a la vez fortalecer currículos transversales en temas de reconciliación, perdón, tolerancia, inclusión solidaridad entre otros.

De igual manera, es pertinente desarrollar contenidos de una formación integral, donde la educación sea vista como un proceso humanizador y democrático “como crecimiento interior del individuo”, fundado en la constitución de ciudadanos para la paz, la convivencia y los derechos humanos (González Lucini, 2003, 16). Como lo diría Gimeno Sacristán, “una educación para la vida que consiste en educar para un mundo en el que nada nos es ajeno” (Gimeno Sacristán, 2005: 15).

“Posiblemente la educación por sí sola, no acabará con las guerras ni con las profundas causas de otro tipo de conflictos violentos en el mundo; sin

embargo, se trata de un camino al alcance de todos, que, con una adecuada orientación, nos permitiría conseguir la Paz” (Burguet Arfelis, 1999: 14-15). Los niños y las niñas son una esperanza clara en la reorientación de la especie humana, hacia principios de convivencia y respeto por la vida (Montessori, 2003, 33). Desiderio de Paz Abril, pedagogo e investigador del tema de la Paz en la escuela, plantea reconstruir la cultura organizativa de la educación, con el fin de que “permita a los jóvenes ciudadanos comprender e interpretar la realidad, y realizar una lectura crítica del mundo, que haga posible una educación hacia el compromiso y la acción y a favor de la justicia social y la equidad” (Paz Abril, 2007, 16-17).

En suma, existe un consenso general que da la responsabilidad a la educación de dirigir el tránsito hacia la cultura de paz; esto implica una ruptura con metodologías en la pedagogía de la enseñanza, basadas en principios eminentemente teóricos e instrumentales del proceso de aprendizaje, ya que aquellos afectan la posibilidad de una educación orientada hacia la convivencia pacífica.

La construcción de la Paz es una obra permanente, multidimensional y dinámica, que requiere el enraizamiento de valores pacíficos en la población. Debido a que la Paz se construye, se aprende, nadie nace con los valores y actitudes que la avivan. Aquí radica la importancia de una educación para una auténtica cultura de Paz, ella es a la vez una estrategia y un componente privilegiado para lograrlo (Manjarrés y Molano, 2001: 34, 35).

Teniendo en cuenta dichos planteamientos, se ha propuesto avanzar en una práctica educativa que tenga en cuenta los talentos del desarrollo humano, por ejemplo; enseñar a pensar, construir una educación socio-emocional y una basada en valores que promuevan una ética fundamentada en la justicia, la creatividad y la imaginación (Paz Abril, 2007, 30). En este sentido los(as) jóvenes deben ser formados, como actores participantes de la transformación de la cultura a través de las relaciones cotidianas.

En esta dirección, las instituciones educativas, colegios, universidades y familia tienen un rol fundamental en la etapa de posconflicto, cuya tarea es la reconstrucción de nuevas sociedades basadas en la paz, tolerancia y respeto por quienes de otra forma fueron víctimas o victimarios. En el caso particular de los colegios y universidades en esta fase se sugiere formar tanto a los docentes como al estudiantado en los principios de la educación para la paz. Esta tesis también es desarrollada en el periódico *palabra maestra*

donde invitan a todos los docentes y formadores de futuros formadores a apropiarse de la coyuntura nacional y proyectarla en sus clases, alumnos y actividades, convirtiendo su actuar, y su espacio de trabajo en un espacio de creación y promoción de Cultura de Paz (Palabra Maestra, 2013: 2).

Bajo esta línea de investigación se ha desarrollado eventos académicos de la cultura de paz en Colombia, donde el centro de atención ha sido los espacios educativos y algunas de las preocupaciones del profesorado por incentivar actitudes críticas en la aulas de clase tendientes a formar nuevos ciudadanos con visiones reflexivas frente a las realidades actuales que se vive en el país. En estos escenarios académicos, un grupo de maestros y maestras han expresado en un simposio internación de educación realizado en Cartagena en el 2015 que lo está buscando en los colegios es:

[...] apoyar a los estudiantes en el desarrollo de una postura crítica que les permita asumirse como protagonistas del futuro del país y como colombianos con posibilidades de transformar la realidad. Partiendo de la formación de lectores críticos por medio de un modelo pedagógico de integración curricular por redes textuales que permitan reconocer o ampliar el universo de representaciones en cuanto a la realidad social del país desde todas las áreas del conocimiento (Arango, Fernández, Palacios, Rivera & Quintero, 2015: 306).

Las instituciones educativas ameritan realizar muchos cambios en torno a la formación en paz, siendo las más preponderantes, la formación integra del profesorado en temas de paz y la reorientación de la forma y el contenido de las investigaciones en las diferentes facultades de las universidades del país. Con esta misma visión, Infante Márquez, propone hacer una revisión de las mallas curriculares con el fin de fortalecer los valores de paz a nivel cultural en la etapa de postconflicto, expresa en sus propias palabras: “En los países que hayan sufrido de conflictos étnicos, es muy importante revisar el currículo de las escuelas. Muchas veces, estos currículos están diseñados para discriminar grupos minoritarios; con el fin de lograr una paz duradera, es necesario eliminar estas fuentes de conflictos” (Infante Márquez, 2013: 243-244).

Con este mismo horizonte, Colombia ha estado buscando caminos plausibles para consolidar temas de paz en escenarios educativos a través de la reglamentación en el año 2015 de la cátedra de la paz³ basado en el

³ Puede consultarse el Decreto 1038 de 2015 expedido por el presidente de la república, donde se da a conocer los objetivos y diferentes temas como se debe abordar la cátedra de la paz en las instituciones educativas en Colombia.

principio de ver la paz como un derecho y un deber. En el artículo 1, plantea que la “Cátedra de la Paz será obligatoria en todos los establecimientos educativos de preescolar, básica y media de carácter oficial y privado” (Decreto 1038, 2015) y en el artículo 2° expresa que los objetivos de la cátedra son:

(...) fomentar el proceso de apropiación de conocimientos y competencias relacionados con el territorio, la cultura, el contexto económico y social y la memoria histórica, con el propósito de reconstruir el tejido social, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Serán objetivos fundamentales de la Cátedra de la Paz, contribuir al aprendizaje, la reflexión y al diálogo sobre los temas de (...). Cultura de la paz, Educación para la paz y Desarrollo sostenible. (Decreto 1038, 2015).

No obstante, la realización de la misma debe tener una integralidad tanto en la paz como para la paz, para dar claridad a una visión holística de la paz, donde se comprometa a un gran número de personas e instituciones en el desarrollo de la misma con procesos de aprendizaje que realmente tengan un impacto social en las relaciones de convivencia de las personas. La obligatoriedad de la cátedra podría ayudar a que “[...] el sistema educativo oriente [...] la adquisición de unos valores humanos que permitan la consecución de la paz, la cohesión social y el respeto de la dignidad humana” (Tuvilla, 2013: 81). La orientación de la misma ya la han venido reflexionando algunos estudiantes de pedagogía. A continuación se transcribe el pensamiento de uno de ellos:

<< (...) pensar la Cátedra para la paz implica ver el programa como un camino donde la paz es al mismo tiempo fin y camino, donde la paz es un constructo heteróclito y multiforme al que todos tenemos la capacidad y las ganas de aportarle a dicha construcción, es la posibilidad de divisarla como un camino-meta donde los aportes individuales, grupales, las conexiones filiales y sociales permitan superar nuestras etapas de violencia y dar paso y luz a una Cultura de Paz, Cultura de paz que se expresa en todos los espacios de la sociedad civil⁴.

⁴ Pensamiento de Juan Daniel Forero Mora, estudiante de décimo semestre de la Licenciatura en Humanidades y Lengua Castellana, quien ha estado colaborando en proyectos de paz en escenarios sociales en Colombia.

Se podría pensar que los lineamientos de esta cátedra de la paz en Colombia, tendrían una gran viabilidad en el marco de los postulados anteriormente descritos por la *Escuela sociocultural de la paz pedagógica en el postconflicto*. Como puede percibirse durante el desarrollo del capítulo, esta apuesta académica para consolidar la filosofía y empoderar a nivel social los fundamentos de dicha escuela, tiene ahora más que nunca gran importancia para el país, ya que investigar y desarrollar adecuadas pedagogías para mejorar la convivencia ciudadana después del acuerdo paz, podría favorecer una paz sostenible en la sociedad.

Por último se quiere recalcar que la población joven en Colombia, tendrán un papel transcendental en la etapa de postconflicto, son ello(as) indudablemente los que serán agentes de cambio y podrán impulsar los nuevos paradigmas de paz y esperanzas de vida para la futuras generaciones en pro de una cultura donde la construcción de la justicia y las relaciones pacíficas sean el centro de atención de la humanidad. Ahora bien, es importante advertir que dicha propuesta de *la escuela sociocultural de la paz pedagógica* debe ser en gran medida impulsada por educandos preparados tanto en el tema de la paz como en procesos humanos que faciliten la pedagogía de la paz en los educandos, en este sentido el próximo apartado de este capítulo quiere profundizar dicho tópico.

3. EL PROFESORADO Y LA FORMACIÓN PARA LA PAZ

3.1. INSTITUCIONES EDUCATIVAS: ESCENARIOS PARA LA CONVIVENCIA PACÍFICA

Indudablemente, uno de los grandes cambios que se debe hacer en Colombia con miras a conseguir una paz sostenible, es el mejoramiento en la calidad humana de la educación y convivencia escolar en todos los niveles: primaria, secundaria y universitaria. Podría decirse que esta inquietud en el tema de relaciones escolares armónicas, no sólo aparece en países como Colombia, sino más bien se trata de un asunto global, ya que un creciente número de maestros y maestras se encuentran preocupados por la falta de convivencia pacífica de muchas escuelas y aulas de clases; así mismo, ha surgido un gran interés por investigar por qué tantos estudiantes se sienten

despreciados, aburridos en los colegios. En esta misma dirección, se observa un aumento de casos de niños agresivos y desadaptados en la primaria y secundaria; dicho fenómeno plantea una urgente reevaluación no sólo de lo que se enseña sino también de cómo se enseña (Hicks, 1988, 5).

Lo expuesto en el párrafo anterior, implica cambios no sólo en los temas referentes a la paz que se abordan en las instituciones educativas, sino de una manera muy especial en el cómo se desarrollan los mismos, de forma tal que las metodologías utilizadas contribuyan a crear espacios escolares que privilegien la convivencia armónica entre todas las personas que interactúan en los colegios. Esta tesis quiere mostrar que los niños y jóvenes que aprenden desde temprana edad a interactuar de forma pacífica, irradiarán estas habilidades en los diferentes escenarios de la vida.

El investigador José Tuvilla plantea que los centros educativos, al ser lugares de encuentro y convivencia, son espacios de formación y práctica de la ciudadanía democrática (Tuvilla Rayo, 2004a: 236). En las aulas pacíficas interactúan cinco principios fundamentales para la Paz: la cooperación, la comunicación, el aprecio por la diversidad, la expresión positiva de las emociones y la resolución de conflictos (Tuvilla Rayo, 2004a: 236); (Suárez Rodríguez, 2004: 136). En esta misma línea teórica, el investigador Humberto Maturana afirma que la educación está en estrecha relación con el alma, la mente y el espíritu de los niños y las niñas. Es decir, se encuentra íntimamente relacionada con la formación del ser humano y a través de la enseñanza, se busca construir personas que sean responsables tanto a nivel individual como social (Maturana Romesin, 2002: 42).

La sociedad en general reclama una concepción educativa vista como un proceso que ha de ser fundamentalmente humanizador, cuyos objetivos centrales y urgentes son la recuperación, el desarrollo y engrandecimiento de las potencialidades humanas de los alumnos (González Lucini, 2003, 18). Estos planteamientos tienen su nivel de importancia debido a que muchos maestros (as) y niños perciben la escuela como un espacio hostil por la forma como las personas se relacionan consigo mismas y con otros, al interior de las aulas.

En muchas ocasiones, se observan en los profesores y profesoras al igual que en los niños, sentimientos de malestar en términos de cómo se interactúa en los centros educativos. Parece que al profesorado lo que le «desagrada» de

los alumnos es el hecho de que sean niños: «les molesta que griten, jueguen, corran, se ríen, etc.» Además, los tachan en muchas ocasiones de « {...} desagradecidos y desobedientes». Así mismo, a los niños no les gusta cuando los maestros (as) dejan ver « {...} amargura en su forma de relacionarse con ellos, su poca capacidad de escuchar, y la manera como en ocasiones son maltratados» (Manjarrés y Molano, 2001: 58). De este modo, se puede ver el gran desafío que tiene la educación en cuanto al diseño de estrategias que se construyan solidariamente con nuevas concepciones, valorizaciones, comportamientos y estilos de convivencia pacífica entre las personas y el medio ambiente, tendientes a convertir la paz en una práctica vivencial en todos los escenarios de las relaciones entre las personas (Tunnermann Bernheim, 1996: 30).

De acuerdo con lo anterior, se puede deducir que gran parte del trabajo educativo amerita entender al ser humano en una imperiosa necesidad de sentirse acompañado y, ese vivir con los otros, se puede construir en un contexto de concordia o de constantes enfrentamientos (Abril, 2003, 123). Esta investigación opta por la primera opción, es decir, impulsar desde la educación, estrategias que brinden al individuo herramientas para vivir en paz a pesar de las diferencias particulares y la existencia de conflictos inherentes en toda convivencia.

Desarrollar esta clase de estrategias anteriormente mencionadas, implica realizar cambios, no sólo a nivel de contenidos sino de una manera muy especial, a nivel de actitudes al interior de los colegios y universidades, con el ánimo de generar espacios para que los vínculos de afecto y cooperación se afiancen en la comunidad educativa, pues estos fenómenos de la emocionalidad humana inciden directamente en la labor del docente (Zaratzky, 1999: 171). En esta misma línea, Maturana plantea la importancia de profundizar en la comprensión de la emocionalidad en los procesos educativos, puesto que la vida humana se rige totalmente a través de la emoción y no en la razón, como muchos piensan (Maturana Romesin, 2002: 64).

Pareciera que existe una coincidencia entre varios investigadores en otorgar una mayor importancia a los sentimientos y procesos afectivos que se dan en el aprendizaje tanto en las instituciones educativas. La importancia de este tema ha sido promovida con el ánimo de propiciar ambientes más dignos y armónicos tanto para los educandos como para los educadores, pues se observan unos índices elevados de frustración escolar, dificultades de aprendizaje, estrés ante los exámenes, deserción en los estudios, aburrimiento,

indisciplina escolar y otros fenómenos relacionados con el fracaso escolar. Se ha comprobado que estos hechos provocan estados negativos tales como apatía, depresión y algunas veces intentos de suicidio (Trianes y García, 2002: 178-179). En estos escenarios de vida se quiere re-direccionar primordialmente la educación hacia fundamentos más socio-afectivos.

Por su parte, la educación emocional puede ser definida como un proceso educativo, continuo y permanente que pretende potenciar el desarrollo emocional como complemento indispensable del desarrollo de la personalidad integral. Para ello se propone el desarrollo de conocimientos y habilidades sobre las emociones, sentimientos y efectos con el objeto de capacitar al individuo para afrontar mejor los retos que se plantean en la vida cotidiana. Todo ellos tiene como finalidad aumentar el bienestar personal y social (Trianes y García, 2002: 180)

Del mismo modo, se ha planteado la teoría de la educación emocional como muy adecuada para ayudar a los alumnos a mejorar los procesos de comunicación, considerando que con ella se pretende estimular la verbalización y comunicación de aquello que se está sintiendo. Ello enriquece el vocabulario con el cual se pueden expresar las emociones, lo cual contribuye a la convivencia armónica (Zaratzky, 1999: 164).

Los temas del afecto y las emociones en las aulas de clase son trascendentales para cultivar y construir la verdadera cultura de Paz. Como bien la plantea Xesus Jares, no se pretende aprender únicamente unas determinadas estrategias; lo que se intenta es cimentar una nueva cultura y unas relaciones sociales donde la violencia no tenga cabida alguna (Jares, 2003, 98). De manera precisa, se quiere expresar que en esta perspectiva el papel del educador es vital, pues actúa como un gran motor para liderar dichos procesos en las instituciones académicas. Desafortunadamente no todos los educadores han sido preparados bajo esta perspectiva, situación que amerita un trabajo arduo. En los siguientes apartados se abordará este tema de forma más detallada.

3.2. TRASCENDENCIA DE CONTENIDOS ACADÉMICOS A PROCESOS HUMANOS

El rol de los profesionales de la educación es clave para gestionar metodologías de Paz dentro de las aulas, no por el hecho de que ellos son

quienes tienen el conocimiento teórico en estos temas –el cual finalmente se puede aprender en la actualidad con la ayuda de las tecnologías– sino porque ellos son primordialmente imagen y modelo de vida para muchos estudiantes. En suma, de ellos se aprende en gran parte, *la verdadera trascendencia humana* que lleva consigo el fenómeno de la enseñanza-aprendizaje. Se quiere resaltar que los estudiantes aprenden con sus profesores y profesoras virtudes como el amor, el perdón, la solidaridad, la amistad, siendo estas en última instancia las que posibilitan el verdadero aprendizaje y en últimas son dichos fenómenos una precondition de la convivencia armónica en las instituciones escolares.

Esas virtudes tienen una gran importancia en la formación de los futuros ciudadanos, pues gran parte de estas experiencias vividas al interior de los colegios y universidades, influyen la manera en la que tienen lugar las futuras actuaciones en una sociedad específica “permanecer en la escuela primaria, en cualquier escuela, durante cinco horas al día, 200 días al año, seis o más años de la vida infantil, necesariamente deja huella en la vida” (Rockwell, 2005: 13). Indudablemente, para desarrollar los cambios a nivel educativo en pro de potencializar la convivencia pacífica, se requiere una formación más humana de los profesores y profesoras, como un medio que ayude a fortalecer sus grandes potenciales como docentes y para que de esta manera puedan irradiarlos en su entorno inmediato.

Para construir una escuela distinta, más ligada a la paz y la democracia, es imprescindible tener maestros y maestras capacitados y comprometidos en respetar y defender los derechos de los estudiantes, con el convencimiento de la necesidad de crear una cultura de la tolerancia y la no violencia. Estos lineamientos deben ser primero interiorizados por parte del profesorado y luego proyectados a toda la institución educativa.

La importancia de este tema se ha venido proponiendo en varios encuentros educativos. Así, por ejemplo, en la 44a Conferencia Internacional de Educación realizada en 1994, se recalcó la importancia de formar a los educadores en torno a los valores para la Paz, (Asociación de Colegios Jesuitas de Colombia, 2003, 29). De igual forma en la 45a conferencia Internacional realizada en el año 1996, donde se debatió el tema de los docentes en busca de nuevas perspectivas, Jacques Delors, presidente de la Comisión Internacional de la Educación para el Siglo XXI, planteó –en cuanto a la función de los docentes en la construcción de una cultura de

Paz–, que son ellos quienes deben consolidar la identidad de las nuevas generaciones e impulsar la solidaridad mundial. Los docentes también deben mantener una preocupación constante por su formación, por el trabajo en equipo y por las relaciones que establecen al interior de las instituciones. Esta formación debe ser integral e incluir aspectos tales como aprender a conocer, aprender a hacer, aprender a vivir juntos y aprender a ser (Asociación de Colegios Jesuitas de Colombia, 2003, 33-34).

Del mismo modo, Federico Mayor, exdirector general de la UNESCO y presidente de la Fundación Cultura de paz, hace énfasis en la función de los docentes en la prevención de los conflictos, siendo esta función un eje central de la educación que debe fundamentarse en valores como la tolerancia, la solidaridad y la democracia⁵. De esta manera, se puede apreciar la existencia de un gran reto para las instituciones educativas, encaminado hacia la creación de un mejor clima laboral, basado en el diálogo como un medio que facilite la convivencia armónica entre las personas. Ese reto exige una tarea ardua orientada a preparar a los profesores y profesoras no sólo para una práctica pedagógica inicial, como requisito de titulación, sino para que se conviertan en estudiosos de su propia práctica pedagógica a lo largo de toda la vida. Esto implica preparar al educador para reflexionar sobre lo que hace y explicar a sí mismo las razones por las que lo hace (Alarcón y Díaz, 2000-2001: 50).

Bajo esa perspectiva, se mencionan la tesis de otros autores que destacan la importancia de la formación de docentes en disciplinas psicológicas (Jares, 1991, 30; Equipo del programa por la Paz de la Asociación de Colegios Jesuitas de Colombia, 2003, 23), orientada a desarrollar en los maestros y maestras la habilidad para generar grupos de apoyo basados en el respeto mutuo y la confianza. Esta tesis es importante ya que ser pedagogo no sólo implica la posesión de conocimiento y la capacidad de controlar el aula de clase. El ejercicio de las funciones de docencia exige, además, la tenencia de habilidades para establecer relaciones humanas con los alumnos, en donde el tema de los afectos y desafectos juega un papel primordial y, a la vez, tiene una relación directa con los resultados académicos (Jares, 2003, 93). «En

⁵ Este pensamiento hizo parte de la ponencia titulada: hacia una cultura global de Paz, presentada en el segundo foro internacional sobre la cultura de paz, en la ciudad de Manila, en 1995.

resumen, los estudiantes no sólo necesitan que sus profesores sean expertos en sus áreas de especialidad y que transmitan de manera técnicamente correcta sus conocimientos» (Rego y otros, 2007, 259).

Lo que en últimas se quiere enfatizar, es que los profesores y profesoras no deberían centrarse sólo en el rendimiento académico de sus estudiantes, donde se suele rotular a los mismos como buenos o malos de acuerdo a unos contenidos teóricos que se han impartido. Este enfoque de la educación motiva a expresiones tales como: «¡pobrecito no puede dar más!», «¿Qué más se podría esperar de él o ella?», «tiene dificultades de aprendizaje» entre otras, cuando los estudiantes tiene un resultado no esperado por el maestro. Indudablemente, esta forma de comunicación estaría deteriorando la autoestima del alumno y en ocasiones, perjudica la convivencia escolar y familiar, lo cual disminuye en términos generales cualquier posibilidad de mejorar. En lugar de este enfoque basado en contenidos académicos se desea proponer una trascendencia de la labor del profesorado basado en la gestión de procesos humanos, donde se tenga la capacidad de analizar en forma holística al estudiante, en miras de entender cuáles fueron las variables de tipo socio-afectivo que hay detrás de un bajo rendimiento académico. Este enfoque debe tener presente aspectos como: relación entre profesor-alumno, la motivación para aprender determinados temas, ambientes

En pocas palabras, se podría pensar que los escenarios académicos pueden convertirse en verdaderos procesos de formación en virtudes de paz o por el contrario, en un cultivo de relaciones violentas que darán su fruto en los diferentes espacios sociales donde el individuo necesitará interactuar en el futuro. El pedagogo Alfonso Fernández Herrería ha venido investigando en España estas dinámicas psico-afectivas de los ambientes escolares con miras a construir una educación para la paz donde se sitúe el tema de las actitudes y valores por encima de los contenidos. Si bien, el autor está haciendo precisiones desde un marco de referencia del estudiantado, estos aportes son muy valiosos, para reflexionar en torno a los procesos metodológicos que el profesorado puede desarrollar al interior de sus aulas. Este autor plantea que “el cómo se aprende, es un elemento vivencial, es más importante que el qué se aprende [...] por lo tanto, este elemento, que es el principal factor definidor de lo que sería una educación para la Paz, es común o debería de serlo a todo buen educador» (Fernández Herrería, 2000, 117). De una forma más detallada propone:

Cuando se enseña alguna materia en un ambiente de tensión, de angustia o de falta de respeto, por ejemplo, además de supuestamente aprender ese tema, se aprende también esa tensión, angustia, violencia; porque además del qué, se aprende el cómo se aprende ese qué, en qué ambiente de clase, en qué contexto de relaciones sociales, de evaluación, con qué metodologías. etc. La forma del cómo se dan los procesos de aprendizaje cuando se está formando en valores, actitudes y hábitos, es fundamental en una educación moral. En esta educación es mucho más importante lo que se vive que lo que se dice (Fernández Herrería, 2000, 115).

3.3. INVESTIGACIÓN, REFLEXIÓN Y ACCIÓN EN LA LABOR DOCENTE

La labor de los profesores y profesoras en torno a la paz y la violencia en las aulas, exige de su parte asumir nuevos roles, así como el desarrollo de metodologías que logren integrar los enfoques teóricos con la realidad social de cada cultura, (Carreño, 2015). En esta perspectiva se concibe la función del profesor como investigador, capaz de aplicar la teoría a realidades concretas y cercanas a sus experiencias de vida. De esta manera se podría gestar cambios a nivel sociopolíticos, donde se enfatice la interacción escuela-sociedad y donde el compromiso del valor de la Paz sea el centro de atención (Jares, 1991, 119).

Para los profesionales comprometidos en la educación, sus prácticas deben gestarse a través de una continua reflexión e investigación acerca de las problemáticas específicas que encuentra a diario en su comunidad o ciudad donde vive y no a través de normas técnicas (Paz Abril, 2007, 172) o procedimientos que están escritos en los textos escolares. Cuando la escuela hace análisis constantes de realidades sociales dentro de sus aulas, ello posibilita el compromiso de estudiantes, profesorado y comunidad en la solución de problemas comunes.

Cada maestro como individuo requiere repensar sus paradigmas para lograr entender las actuales interacciones del mundo y a su vez necesita desarrollar habilidades que le permitan reflexionar y actuar en su propia aula de clase. Tal aprendizaje personal requiere el conocimiento de la realidad local, nacional y global y exige, al mismo tiempo, un trabajo cooperativo con otros maestros(as) e instituciones que se encuentran desarrollando proyectos similares, con miras a intercambiar información y experiencias de trabajo.

Cuando los maestros y maestras replican a sus propias realidades los hallazgos de la investigación, y cuando se comprometen con la acción-investigación de una manera reflexiva, es posible garantizar cambios positivos al interior de las aulas, ya que este proceso contribuye a observar su propia práctica educativa y a resolver problemas en contextos cercanos (Hicks, 1988, 236). Esta forma de abordar los conflictos, contextualizándolos en ambientes cercanos donde el profesor actúa de forma coherente con sus lineamientos teóricos frente a los estudiantes, constituye una forma valiosa de formar a niños y jóvenes en la cultura de la paz.

3.4. EL PROFESORADO COMO MODELO DE PAZ EN EL AULA DE CLASE

Siguiendo las propuestas del investigador Paulo Freire (2005d), se considera que el proceso educativo nunca será aséptico ni podrá desligarse de la esencia del maestro. Por lo tanto, es importante que el educador sea totalmente ético, que cada una de sus acciones sean repensadas desde la integridad; si bien, no puede negar ni esconder lo que es, lo que piensa, lo que sueña y por lo que lucha, tampoco puede, ni debe, imponerse a sus estudiantes.

Del mismo modo, un verdadero educador consciente de su rol y comprometido con su labor, debe respetar a sus educandos permitiéndoles descubrir y construir el camino para que lleguen a ser sujetos cada vez más críticos, lo cual exige presentar ante ellos las diferentes lecturas del mundo, aunque difieran totalmente de la suya. Así mismo, vale la pena aclarar, que el verdadero educador deberá ser equilibrado en sus principios, cuidándose de no imponer su punto de vista, intentando escuchar abiertamente a los otros pero al mismo tiempo, teniendo puntos de vistas claros frente a los temas abordados. Evidentemente, el educador(a) como guía y modelo de procesos de paz en las aulas, debe hacer uso de una filosofía democrática, participando de manera flexible en la comunicación con los otros y aceptando que él mismo puede ser ignorante y no es poseedor de la verdad, haciendo uso de las habilidades de la escucha y el diálogo permanente ya que sólo a través de estos se puede respetar al otro y crecer mutuamente (Freire, 2005d: 59-109; 2005c).

Jares llama la atención sobre la importancia de que las maestras y maestros sean modelos y ejemplos de la teoría que desarrollan en su trabajo lo que,

en una verdadera cultura de paz, significa la búsqueda de un vínculo entre su vida y su labor educativa (Jares, 1991, 119). Esta coherencia interior en términos generales es clave en el aprendizaje de niños y jóvenes, e involucra metodologías del área socio-afectiva. Esta tesis también fue defendida por Fromm al plantear que las ideas no influyen profundamente en el hombre cuando sólo se enseñan como ideas y pensamientos; ellas producen en verdad un efecto sobre el hombre si son vividas por quienes las enseña y si son personificadas por los mismos (Fromm, 1984: 45).

Comins Mingol, en su teoría esboza la importancia que el profesorado tiene en la educación moral en sus aulas, ya que ellos son ejemplo y modelos de vida para los otros. La autora precisa no en exigir al profesor (a) en ser modelo de todas las virtudes sino que ello sea un anhelo para tener una vida moralmente plena (Comins Mingol, 2009, 244). En esta misma dirección apunta la tesis de David Carr quien plantea “un buen profesor de educación moral solo puede ser aquel que él mismo aspira a conseguir algún grado de excelencia moral” (Carr, 1991, 10). Al igual el mismo autor expresa, que en la conducta del buen profesor relucen las virtudes y ello es un ejemplo para aquellos que tiene a su cargo, a su vez está comprometido en estimular las cualidades en los otros (Carr, 1991, 259).

Ahora bien, cuando se utiliza la palabra «modelo» para designar lo que debe ser un profesor para sus estudiantes, aquella puede recibir algunas críticas de quienes ejercen esta profesión, ya que puede ser interpretada como sinónimo de perfección tanto por la cantidad de conocimiento que se espera de ellos, como por la exigencia humana que de ellos se demanda socialmente, al punto que muchas veces se les niega la posibilidad de cometer errores en su labor como docentes.

Es por ello que en la cultura de la paz se rescata la labor del docente vista como humana o imperfecta, lo cual no desvirtúa el concepto de modelo sino por el contrario lo coloca en un camino donde todo el que quiera puede transitar en él y será a la vez un faro que guíe las reflexiones en su quehacer diario. En esa misma dirección de ver las actuaciones de cada uno como imperfectas el pedagogo e investigador José Tuvillo Rayo de España plantea:

Nuestras acciones humanas no son siempre perfectas por consiguiente, no debemos caer en la tentación de considerar la Paz como una meta final, como un estado inamovible, perpetuo. Muy por el contrario, la Paz es el

resultado de nuestras relaciones humanas, pero no únicamente de estas relaciones, porque la Paz es un fenómeno a la vez interno y externo del ser humano (Tuvilla Rayo, 2004b, 390).

Sin embargo, lo que se propone con esta investigación es utilizar la palabra modelo para describir tanto al docente como a su quehacer pedagógico, como un proceso humano que sirva para orientar y mejorar las relaciones con el otro; el docente como modelo actúa como un norte que guía las interacciones y así mismo, este concepto contribuye a reflexionar constantemente en el quehacer docente. Este concepto no concibe la perfección ni busca encontrarla en las prácticas educativas, pero tampoco acepta que el ejercicio de docente se realice de cualquier forma, ya que esta profesión brinda cierto poder y por lo tanto responsabilidad a quienes la ejercen.

CONCLUSIONES

La responsabilidad de la cultura de la paz no debe dejarse en manos de los actores violentos o políticos de turno, en esta perspectiva las instituciones educativas tiene un gran compromiso de liderar un pensamiento crítico y motivar a investigar el tema de la paz al interior de las universidades.

La formación en y para la paz del profesorado en el país, será trascendental con miras a impulsar el desarrollo de una *escuela sociocultural de la pedagogía de la paz en el postconflicto*, cuyo objetivo final será analizar contenidos y practicas académicas entorno a la convivencia pacífica en la sociedad, antes durante y después de los acuerdo de paz.

En Colombia urge investigar nuevas metodologías de paz para empoderar a las juventudes, en el restablecimiento del tejido social que se ha deteriorado a causa del largo periodo de violencia que se ha vivido en diferentes escenarios de vida de las personas.

REFERENCIAS

- Abril, Paco (2003). «La convivencia a través de los cuentos infantiles» en *Aprender a convivir en la escuela*, Madrid, Universidad Internacional de Andalucía, Ediciones Akal SA, 27-39.
- Alarcón Quezada, Dina y Alondra Díaz (2000-2001). «Reflexiones sobre la formación de un educador de la infancia en Universidad de Chile» en *Revista Enfoques Educativos*, No. 3, 35-55.

- Arango, J. Fernández, E. Palacios, G. Rivera S. Quintero, C. (2015). « Para el telar de la paz, muchos son los hilos» [relato de una experiencia pedagógica en el Liceo Quial]» en *Memorias simposio internacional de educación y pedagogía: Innovaciones y educación para la paz*, Cartagena, Redipe. Versión Digital: http://www.uelbosque.edu.co/sites/default/files/autoevaluacion_docs/memorias_simposio_redipe_cartagena.pdf
- Arias Duque, Juan Carlos. (2014). *La agonía del Estado y el ocaso del ciudadano*. Amazon Digital: Amazon Digital Services LLC. Asociación de Colegios jesuitas De Colombia (ed) (2003). *Hacia una Educación para la Paz , estado del arte*, Bogotá, Editorial Kimbres.
- Burguet, Arfelis, Marta (1999). *El educador como gestor de conflictos*, Bilbao, Desclee De Brouwer.
- Carr, David (1991). *Educating the Virtues. An essay on the philosophical psychology of moral development and education*. Nueva York. Routledge.
- Carreño Dalia et al (2015). *La razonabilidad jurídica, la razonabilidad política de la historicidad y la razonabilidad de la virtud de la prudencia, en la perspectiva de la hermenéutica y la argumentación*. Bucaramanga, Universidad Santo Tomás
- Comins Mingol, Irene (2009). *Filosofía del Cuidar una propuesta coeducativa para la Paz*, Barcelona, Icaria Editorial, S.A
- Fernández Herrería, Alfonso (2000). «La educación para la Paz en la universidad», en Rodríguez Alcazar, Javier (ed.). *Cultivar la Paz: perspectivas desde la Universidad de Granada*. Granada, Editorial Universidad de Granada, 113-124.
- Freire, Paulo (2005c). *Pedagogía de la esperanza*, 6ª. Edición, México D.F, Siglo Veintiuno Editores.
- (2005 d). *La educación como práctica de la libertad*, 22ª Ed., México D.F, Siglo Veintiuno Editores.
- Fromm, Erich (1984). *Sobre la desobediencia y otros ensayos*. Barcelona, Paidós.
- Gimeno Sacristán, José (2005). *La Educación que aun es posible*. Madrid, Morato.
- González Lucini, Fernando (2003). «La educación como tarea humanizadora de la teoría a la práctica», en *Aprender a convivir en la escuela*, Madrid, Universidad Internacional de Andalucía, Ediciones Akal SA, 13–25.
- Hicks, David (1988). *Education for Peace Issues, Principles and Practice in Classroom*, London, Methuen.
- Infante Márquez, I (2013) «El papel de la educación en situaciones de posconflicto: estrategias y recomendaciones» *Revista Hallazgos*. Año 11, N° 21. pp 223-245.
- Jares, Xesus (1991). *Educación para la Paz—Su teoría—Su Práctica*, Madrid, Editorial Popular.
- (2003). «Educación para la Paz y el aprendizaje de la convivencia» en *Aprender a convivir en la escuela*, Madrid, Universidad Internacional de Andalucía, ediciones Akal SA, 87-105.
- Kraft, Kenneth (1992). *Inner Peace, World Peace Essays on Buddhism and Non-Violence*, New York, State University of New York Press.

- López Martínez, Mario (2004). «Principios y argumentos de la noviolencia» en Molina Rueda, Beatriz & Muñoz, Francisco A. (Eds), *Manual de Paz y Conflictos*, Granada, Consejería de Educación de la Junta d Andalucía, 304-329.
- Lederach, Paul (2008). *La imaginación moral. El arte y el alma de construir la paz*, Santiago de Chile, Dolmen Ediciones S.A.
- Manjarrés Peña Maria Helena y Milton Molano Camargo (2001). *La escuela que los niños perciben: aportes para construir una cultura desde una gestión institucional*. Bogotá, Ed. Universidad Pontificia Bolivariana.
- Maturana Romesín, Humberto (2002). *Transformación en la convivencia*, Santiago de Chile, Dolmen Ediciones S.A.
- Montessori, Maria (2003). *Educación para la Paz*, Buenos Aires, Ed. Longseller.
- Paz Abril, Desiderio (2007). *Escuelas y Educación para la Ciudadanía, Global*, Barcelona, Intermón Oxfam Ediciones.
- Palabra Maestra (2013). «Educar en el conflicto para el posconflicto: Una mirada desde la academia, la escuela y el Estado» en *Palabra Maestra (Periódico Digital)*, año 13, N° 34. P.2. Versión Online: <http://www.compartirpalabramaestra.org/palabramaestrapdf/edicion34.pdf>
- Rego Arménio y Otros (2007). «Comportamientos de ciudadanía docente, motivación y desempeño académico», en *Revista Latinoamericana de Psicología*, Vol. 39, No. 2, 253-268.
- Rockwell, Elsie (2005). «De huellas, bardas y veredas, Una historia cotidiana en la escuela», en Rockwell, Elsie (Coord.), *La escuela cotidiana*, México D.F, Fondo de Cultura Económica, 13–54.
- Sánchez Cardona, Mariela (2015a) «La Cultura de paz: una mirada desde las ciencias socio-jurídicas», *Revista Temachtiani*, N° 20, 37-48.
- (2015b) «Potencialidades de las generaciones jóvenes en el fortalecimiento del derecho humano a la paz» En Marquardt, Bernd (ed), *El estado constitucional de los valores*. Anuario V del grupo de Investigación CC Constitucionalismo comparado. Editorial Ibañez, 445-465.
- (2015C) «El papel de la Universidad en la Deconstrucción de la Violencia Cultural: aportes desde las Ciencias Jurídicas.» En En MARQUARDT, BERND (ed), *El estado constitucional en el tiempo y en el espacio*. Anuario IV del grupo de Investigación CC Constitucionalismo comparado. Universidad Nacional, 525-545.
- Suárez Rodríguez María Antonia (2004). «El poder de las emociones y el tratamiento del conflicto en el aula», en *Revista pedagógica Tabanque* No. 18, 135-150.
- Tuvilla Rayo, José (2004a). *Cultura de Paz, Fundamentos y claves educativas*, Bilbao, Ed. Desclee de Brouwer.
- (2004b) «Cultura de Paz y Educación», en Molina Rueda, Beatriz y Muñoz, Francisco A. (Eds.), *Manual de Paz y Conflictos*, Granada, Universidad de Granada y Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, 390-425.

- Tunnermann Bernheim, Carlos (1996). *Cultura de Paz un nuevo paradigma para Centro América*, Panamá, UNESCO. Concejo de Redactores.
- Trianes Torres, Maria Victoria Y Antonio Garcia (2002). «Violencia y Convivencia Escolar: Educación socio-afectiva y prevención de conflictos interpersonales en los centros escolares», *Revista interuniversitaria de formación del profesorado*, No. 44, 175–189.
- Valencia Villamizar, DAVID. (2015). *Tempus ex Machina. La idea de tiempo histórico en Así habló Zaratusta*, Bogotá: USTA.
- zaratzky, Graciela (1999). «la formación para la convivencia y los derechos del niño», en Cooperativa Editorial Magisterio (ed.). *Educación para la Paz*, Bogotá, Editorial Magisterio, 15-183.

LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN DE REPARACIÓN ECONÓMICA DERIVADOS DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES¹

MARÍA FERNANDA SAN LUCAS SOLÓRZANO²
EDGAR SANTIAGO MORALES MORALES³

*“Reparar injusticias sin crear justicia,
siempre termina empeorando la realidad”.*

DESMOND TUTU

INTRODUCCIÓN

En las aulas universitarias de Derecho se enseña inintencionalmente que el trabajo de abogado y el objetivo de la judicialización del derecho, está en alcanzar una sentencia en firme que reconozca el derecho, la prestación, la obligación o la reparación que buscamos con un acto propositivo; pero es prudente destacar que el trabajo no termina con la sentencia, y mucho menos cuando hablamos de garantías jurisdiccionales, las cuales llevan como fin implícito no solo garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, sino tienen además, el objetivo de cristalizar pragmáticamente el Estado Constitucional de

¹ El capítulo de libro es producto de la investigación titulada: Los procesos de ejecución de reparación económica derivados de garantías jurisdiccionales, la cual es financiada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador de Ambato.

² María Fernanda San Lucas Solórzano-Abogada, Magíster en Derecho Civil y Procesal Civil, además posee una maestría en Derecho Constitucional, actualmente es Profesora Titular de Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador de Ambato. Correo Electrónico: msanlucas@pucesa.edu.ec

³ Edgar Santiago Morales Morales-Abogado, Magíster en Arbitraje, Mediación y Solución Alternativa de Conflictos, en la actualidad profesor titular de Derechos Humanos y Penal en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador de Ambato. Correo Electrónico: emorales@pucesa.edu.ec

Derechos y efectivizar por la vía judicial una reparación integral material e inmaterial, que garantice la protección y reparación de los derechos humanos.

Si analizamos las tendencias de los procesos judiciales en circunstancias como la de lograr reconocer la magnitud de los daños o afectaciones a las personas que han sido víctimas por parte de otras o del Estado mismo, podemos encontrar un sin número de disposiciones que van desde el reconocimiento voluntario o autónomo hasta el dispuesto coercitivamente por los operadores de justicia; en este contexto, tras lograr una sentencia judicial favorable, se busca también un mecanismo que vincule el análisis judicial con lo que requiere el afectado, en esto el sistema de justicia ha avanzado en procura de lograr la ejecución de sus decisiones y parte de dicho cumplimiento consiste en adoptar medidas de reparación.

El problema de esta investigación se desprende desde el análisis concreto de las disposiciones judiciales, en donde se han visto incluidos pronunciamientos para resolver los problemas relacionados con la reparación a víctimas, en éste sentido se podría decir que si el juzgador ha declarado la vulneración de los derechos constitucionales a una persona y consecuentemente una reparación económica, se ve llamado a cuantificar dicha vulneración por lo que es necesario recoger lo establecido en la doctrina como también en la jurisprudencia, puesto que tal decisión podría recaer en una simple apreciación personal del juzgador.

La metodología para este estudio está basada en la búsqueda sistematizada de sentencias a nivel de Corte Constitucional y Corte Interamericana, además del ordenamiento y combinación de bibliografía en el ámbito constitucional y reparatorio a víctimas; por otro lado la revisión de textos relacionados con el problema planteado están operativizados en función de los objetivos propuestos como son: los de llegar a definir cuál es la tendencia de la reparación económica en el análisis de los operadores de justicia.

I. LA REPARACIÓN ECONÓMICA Y LA REPARACIÓN INTEGRAL

La sociedad avanza al ritmo de sus necesidades, las cuales pueden ser de orden económico, social, cultural y tecnológico, de esta manera se debe comprender que el Derecho no es estático, y que debe dar pasos agigantados para no quedarse atrás de los cambios sociales, lo cual permite afirmar que el mismo debe avanzar al ritmo que la humanidad exija (Quintero, 2015).

La reparación integral es el objetivo fundamental que poseen las garantías jurisdiccionales dentro de un estado constitucional de Derechos y Justicia como es el Ecuatoriano, es decir los procesos constitucionales no pueden bajo ningún criterio considerarse finalizados únicamente con la expedición de una sentencia, ya que la obligación de la administración de justicia constitucional consiste en asegurarse que las medidas que componen la reparación integral material e inmaterial del derecho vulnerado hayan sido correctamente ejecutadas.

En concordancia con lo dispuesto anteriormente es importante anotar que desde el neoconstitucionalismo, el derecho positivo quedó relegado al anacronismo que le impuso la puesta en práctica de los principios constitucionales. Como consecuencia de ello, el Estado social de derecho debe encontrar en la exaltación de la dignidad de la persona humana el medio expedito para superar el rigorismo hermético de la ley, en procura de garantizar la realización de los contenidos axiológicos de la Carta (Romero, 2011).

La legislación ecuatoriana contempla claramente el concepto de reparación integral para enlazar no solo a la indemnización pecuniaria, sino a cualquier otra forma de reparación en la cual el derecho vulnerado pueda ser resarcido con el fin de subsanar lo mejor posible los perjuicios morales y materiales causados.

En este sentido podemos destacar que reparación para Cabanellas (2010) puede entenderse concretamente al arreglo del daño causado, dejando como ideas secundarias la consideración a una indemnización o el resarcimiento; mientras que Ackerman (2003) concibe claramente a la reparación como un mecanismo jurídico de protesta y resarcimiento que se asienta sobre dos ideas básicas: la de compensar y la de satisfacer un daño o una ofensa; del mismo modo, Lira (2010) expone que la reparación es un proceso y un fin que está fundado en reconocer dos puntos esenciales: el primero está en reconocer que se dieron los hechos y que constituyeron una violación a los derechos humanos, y el segundo en dictar todas las medidas materiales e inmateriales, en un sentido de lograr recuperar y resarcir el derecho vulnerado y la autonomía personal, con el debido respeto a la dignidad humana. Pensamientos que fácilmente se colindan con lo determinado por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) que determina:

(...) La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada

posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud. (Art. 18).

La reparación integral se concibe como una garantía universal reconocida por tratados internacionales y por la Legislación ecuatoriana, como un mecanismo jurídico que busca el resarcimiento de un derecho vulnerado; tal y como lo define la Constitución ecuatoriana (2008):

(...) Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

Esta conjetura antes expuesta ha sido bien acogida por la Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana en la Sentencia N. 004-13-SAC-CC de la Corte Constitucional, que define a la reparación integral no solo como un mecanismo de protección de derechos o como un fin, precisa a la reparación integral como un derecho constitucional:

En este contexto, la reparación integral en el ordenamiento ecuatoriano constituye un verdadero derecho constitucional, cuyo titular es toda persona que se considere afectada por la vulneración de sus derechos reconocidos en la Constitución. Adicionalmente, es un principio orientador que complementa y perfecciona la garantía de derechos; así, esta institución jurídica se halla inmersa en todo el ordenamiento constitucional ecuatoriano, siendo transversal al ejercicio de los derechos, así por ejemplo, la obligatoriedad de la reparación para las víctimas de delitos penales (artículo 78); para los consumidores y consumidoras que sufran engaños comerciales (artículo 52); la posibilidad de demandar una reparación como consecuencia de las afectaciones por racismo o xenofobia contra comunidades o poblaciones indígenas (artículo 57) y por afectaciones ambientales que puedan atentar contra los ecosistemas (artículo 397), entre otras. (p. 24).

Al hablar de reparación integral material e inmaterial debemos comprenderla como un principio orientador, un derecho constitucional y

un derecho humano, el cual tiene que ser velado tanto en su aplicación, como en su debida ejecución de acuerdo a lo que establece la Constitución de la República (2008); la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009); los Principios y Directrices Básicos sobre Reparaciones Integrales de la Organización de las Naciones Unidas (2005); los Lineamientos Principales para una Política Integral de Reparaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008); y, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional del Ecuador.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) en el segundo inciso del Artículo 18, nos especifica y diferencia la reparación integral material e inmaterial; debiendo comprender como reparación por el daño material a la compensación o resarcimiento por el detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que mantengan concatenación con al violación de derechos y sus consecuencias directas; por otro lado la reparación por el daño inmaterial o daño moral comprende la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables pecuniariamente, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las diversas disposiciones de carácter no pecuniario, que pretendan reparar la dignidad huma y el derecho vulnerado, en las mejores condiciones para el afectado y/o su familia. La reparación se debe realizar en función del tipo de violación, el derecho humano violentado, las circunstancias del caso y del perjudicado, las consecuencias inmediatas, mediatas y futuras de los hechos y el nivel de afectación al proyecto de vida.

De la Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana, en concordancia con el Art. 86 numeral 3 de la Constitución y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, podemos colegir fácilmente que en todos los procesos que se determina judicialmente una violación de derechos humanos, la justicia constitucional está en la obligación de ordenar una reparación integral, y en la mayoría de casos puestos en conocimiento de la jurisdicción constitucional, se determina como una de las medidas de la reparación integral, el pago en dinero al afectado o al titular del derecho, ya sea por el daño material o el daño inmaterial causado por la violación

de un derecho; podemos definir a este pago pecuniario como reparación económica, que ha tenido origen en una garantía jurisdiccional.

En este flujo de pensamientos debemos ahondar más en el tema al expresar que la reparación integral debidamente ejecutada es el objetivo que persiguen las garantías jurisdiccionales; reaparición que debe contemplarse desde una perspectiva inmaterial o moral y desde un punto de vista pecuniario.

La reparación en materia de derechos humanos irrefutablemente ha estado ligada desde siempre a los instrumentos internacionales, que por su naturaleza apremian a los Estados a la protección, garantía, ejecución y/o reparación de los derechos humanos; tal y como lo describe Cárdenas (2011):

La reparación como concepto autónomo en el ámbito contemporáneo internacional adquiere sus raíces a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 8 señala que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” aspecto recogido también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación. (p. 139).

La Segunda Guerra mundial fue el detonante adecuado y forzoso para vislumbrar la imperativa necesidad del mundo no solo de tener un mejor desarrollo en relación a los derechos humanos, sino además crear mecanismos e instituciones efectivos, mediante los cuales, el estado resulte como garante principal de los derechos humanos, llamado a aplicarlos directa y espontáneamente en todos los ámbitos de su jurisdicción, y en el caso de que los derechos humanos sean violentados por el estado o por particulares, se deba realizar y ejecutar el mecanismo jurídico necesario para lograr materializar su respectiva tutela y reparación integral, hasta cumplir eficientemente que el derecho violentado ha sido reparado y que existen las suficientes garantías que dicho evento no volverá a suceder. En esta misma línea de ideas la Declaración Universal de Derechos Humanos desde una perspectiva internacional fue un trascendental evento que propulso la adecuada protección y garantía de los derechos humanos; años después se forjaron a nivel internacional varios instrumentos claramente encaminados a determinar una serie de garantías, principios y derechos con el propósito esencial que los Estados al estar obligados con estos desarrollos jurídicos, procuren desarrollar dentro

de sus legislaciones propias, aparatajes legales que aseguren la garantía y aplicación de los derechos humanos, y su eficaz y eficiente reparación. En base a esta tendencia el principio de reparación, que en un futuro se conocería como reparación integral consiguió un emblemático lugar en la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; en la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes; en la Convención sobre los derechos del Niño; en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; y en el Pacto San José; para profundizar en lo antes mencionado Cárdenas (2011) menciona que:

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la evolución en el estándar de reparación se ha evidenciado en los múltiples instrumentos con que cuenta este sistema, el cual se articula desde la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen de forma general el deber de los Estados de reparar las violaciones a los derechos humanos. De la misma forma, sus instrumentos especializados como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, y la Convención de Belem do Para, establecen la obligación de los Estados parte de reparar a las víctimas que hayan sufrido las consecuencias de la comisión de una violación en el marco de dichos instrumentos. En especial la Convención Belén do Para establece un estándar tanto de reparación como de compensación. (p. 141).

Al hablar de reparación económica deberíamos referirnos indiscutiblemente a lo expuesto por Polo (2011) que menciona que también puede ser referida con otras denominaciones como indemnización o sustitución, y que implícitamente lleva con si una compensación económica apreciable en dinero efectivo que se origina de un daño o perjuicio causado por la pérdida o detrimento financiero y los gastos efectuados, con objeto de la vulneración de derechos. En este mismo sentido López (2011) se refiere a la reparación económica como compensación y la define como:

El modo más común de reparación bajo la ley internacional y nacional. Usualmente se refiere a pagos de carácter económico que deben ser realizados a la víctima o sus beneficiarios por pérdidas materiales ocurridas desde que se cometió la violación (daños pecuniarios o materiales). (p. 146).

Expuesto lo antes mencionado es menester traer a colación lo determinado por Gutiérrez y otros (2006), que nos definen a la reparación económica o indemnización, con el fin específico de la protección de derechos humanos:

Las violaciones a los derechos humanos y crímenes contra la humanidad, generan un daño en el patrimonio de las víctimas, que implica la reparación en dinero equivalente al daño. Según la jurisprudencia internacional encontramos: El daño material: que comprende la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. Conforme a lo anterior, la indemnización por daño material, comprende el lucro cesante (pérdida de ingresos), el daño emergente (gastos), y todos aquellos desembolsos presentes o futuros que tengan una relación de causalidad con la violación a los derechos humanos. (p. 15).

Según el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparación, debemos subrayar el Caso Garrido y Baigorria vs Argentina (1998) donde claramente se establece que:

La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc. En lo que se refiere a violaciones al derecho a la vida, como en este caso, la reparación, dada la naturaleza del bien afectado, adquiere sobre todo la forma de una indemnización pecuniaria, según la práctica jurisprudencial de esta Corte (...). La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos.

La reparación integral material o inmaterial puede dar origen a una reparación económica, las cuales a nivel constitucional y convencional, pueden entenderse claramente como un derecho fundamental del cual gozan todas las personas, para proteger la vigencia y garantía de los derechos humanos y de la misma dignidad humana; reparación que debe ser debidamente esquematizada para lograr objetivamente una reparación y una compensación adecuada con el derecho vulnerado y con su titular.

II. EL RELATIVISMO DE LA REPARACIÓN

En este punto nos deberíamos preguntar ¿qué valor tienen los derechos humanos?, y ¿los derechos humanos valen lo mismo para todas las personas?; aquí debemos integrar a dos doctrinas indispensables al hablar de derechos humanos:

La universalidad de los derechos humanos o también llamada doctrina de universalidad de los derechos, que desde sus orígenes se ha caracterizado por la positivización y expansión de los derechos humanos. Según la doctrina de universalidad, todas las personas y seres humanos por igual gozan de derechos humanos, entendiéndolos como un conjunto de facultades, atributos, y libertades, sin distinción alguna. La gran importancia histórica y doctrinaria que acoge la teoría de universalidad, gravita en considerar como piedra angular la universalidad de los derechos humanos, que desde una consideración iusnaturalista los determinaría propios, intrínsecos e inherentes a la propia naturaleza del ser humano; y en este razonamiento se puede comprender que como son parte esencial de las características del ser humano, son completamente independientes de otros componentes como la nacionalidad, educación, historia o la cultura, que presuma o posibilite alguna diferencia.

Para Garrido (2013) el génesis de la doctrina de universalidad de los derechos humanos puede rastrearse hasta la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), de la cual se puede desprender fácilmente su preámbulo: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (Preámbulo), haciendo referencia al principio de inherencia ligado íntimamente al principio de universalidad y a su doctrina, como lo muestra la letra del preámbulo de la Declaración Universal, coadyuvando todo el ejercicio de los derechos humanos al pleno reconocimiento universal de los derechos humanos, cuya base y sustento es la dignidad del ser humano. De lo anterior podemos colegir que desde sus primeras apariciones y textos la Declaración Universal proporciona un lugar privilegiado e indiscutible a la universalidad a los derechos, contenidos en ella y en las cuerpo constitucional de cada nación, pues dicho instrumento internacional autónomamente se proclamaba como un ideal común de la humanidad e impone la obligación de promover y proteger los derechos humanos, que en realidad con el paso de los años se ha ido convirtiendo en una premisa base; sería prudente

manifestar que la propia denominación de “Declaración Universal de los Derechos Humanos” establecen el cimiento de progresividad de los derechos y además marcan el deber de su reconocimiento y aplicación universal. Todo lo antes expuesto en estricta concordancia con la Declaración de Viena (1993) la cual manifiesta:

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma el solemne compromiso de todos los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal, así como la observancia y protección de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, otros instrumentos relativos a los derechos humanos y el derecho internacional. El carácter universal de esos derechos y libertades no admite dudas. (Art. 1).

Sobre las bases de las ideas expuestas podemos decir que la universalidad de los derechos resulto enraizada a la doctrina general de derechos humanos; la universalidad se ha compenetrado a tal extremo que se ha convertido en un dogma indiscutible e incuestionable, creando una visión muy limitada e involutiva sobre una de las principales particulares de los derechos humanos. En el mundo contemporáneo discutir y refutar la teoría de universalidad, siempre va a incitar o exasperar dudas e incertidumbres, esgrimiendo principalmente una creencia desatinada a la depreciación de luchas sociales y sus victorias que han permitido desarrollar el concepto de derechos humanos y su alcance; además se podría suponer que se pone en peligro el desarrollo progresivo de los derechos humanos; aún que esta idea o teoría debe ser superada, la evolución del concepto de derechos humanos hoy exige al mundo del derecho una apreciación más amplia; la universalidad puede decirse que, aún es una lucha de formación vigente, permanente y perpetua, y no una victoria pasada, pero esto no se puede considerar un limitante en el desarrollo del derecho; hoy en día la crítica constructiva con fundamentos claros e innovadores, que den vida a un adecuado impulso para la deconstrucción de teorías dogmáticas, reconstruyendo su fundamento y su funcionalidad, son fundamentales y necesarias, para lograr una articulación y evolución al principio de universalidad que logre abarcar desde un paradigma positivo la diversidad de los seres humanos, como la multiculturalidad, la plurinacionalidad, los diversos tipos de creencias, etc.; en el efecto imperativo que surge de esta necesidad nace la doctrina de relativismo cultural.

La doctrina de relativismo cultural se podría decir que tiene como objetivo reivindicar y proyectar el valor definitivamente concluyente que posee la cultura y diversos aspectos, en la evolución, desarrollo y entendimiento de los derechos humanos; por ello podríamos argumentar, que el razonamiento que maniobramos sobre los derechos humanos, su apreciación, alcance y reparación de estos derechos, mantiene una analogía inequívocamente directa con las características, cualidades, historia etc., propias de cada cultura. De Acuerdo con lo expuesto por Garrido (2013).

Teniendo como premisa básica el cuestionamiento a la universalidad de los derechos humanos, la doctrina del relativismo cultural ha posicionado algunos planeamientos provocadores e inquietantes, pero al mismo tiempo muy pertinentes al encaminar los debates hacia nuevas concepciones y posibilidades nunca antes consideradas. La doctrina relativista releva la necesidad de hacer una análisis más profundo de las características culturales de los distintos pueblos, en vez de asumir simplemente que debe existir una cultura con valores globales, como si tener principios comunes y tener acuerdos básicos en materia de derechos humanos fuese algo natural e intrínseco a la humanidad. Otro planteamiento clave es la afirmación de que la moral no es un concepto con contenido universal, así que considerando la relación existente entre moral, ética y derechos humanos, es importante tener en cuenta la variabilidad temporal y principalmente cultural de tales nociones, pues aferrarse a la afirmación de su universalidad es negar la diversidad cultural.

La preocupación de la tesis del relativismo cultural surge de la necesidad de tomar en consideración las particularidades de cada cultura y cada pueblo, matizando los postulados defendidos por la doctrina de los derechos humanos. Evidentemente, aceptar la posibilidad de relativizar los derechos humanos, de inmediato genera rechazo por parte de los defensores de la universalidad, ya que pone en riesgo las bases mismas sobre las que se cimientan los derechos humanos, es decir, el principio de universalidad y de inherencia. (p. 14)

La doctrina del Relativismo Cultural la debemos entender ineludiblemente vinculada a un constante ataque desde y hacia la doctrina del Universalismo de los derechos humanos, que según la doctrina contemporánea y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos comienza a entender la imperiosa y emergente necesidad de la humanidad por respetar

y proteger la alteridad propia del ser humano; comprendiendo cabalmente según Garrido (2013), que en el reconocimiento de la diversidad humana o alteridad del ser humano puede considerarse como una de las estructuras más adecuadas para materializar justicia a favor de las personas que han fuera de los estandartes de la tradicional y limitada visión de la doctrina universalista de los derechos humanos.

El relativismo cultural tiene hoy la misión de defender su tesis, que el universalismo antidiferencialista no procura reconocer; podría decirse que la tesis que plantea el relativismo cultural tiene su base en la premisa de que los derechos humanos albergan dentro de su propia lógica y razón valores, políticas e ideologías, propias de cada desarrollo cultural humano y diversos para cada pueblo; debido en esencia a que cada asentamiento humano posee un desarrollo histórico, jurídico, cultural, nacional y social propio y único; distinto a los de cada cultura humana, lo que por simple lógica podemos comprender que nos lleva a cada pueblo, nación y/o cultura a tener diferentes apreciaciones sobre las bases propias de los derechos humanos y la propia humanidad. Es menester enfatizar y resaltar que la globalización ha acercado las culturas del mundo, superando varias brechas, por lo que se puede considerar que en varios casos, es plausible que una cultura pueda homologar la apreciación de sus valores y humanidad con los de otra cultura; pero esto en la actualidad no es una norma indefectible, ya que únicamente será posible, si los distintos enfoques culturales tienen significativas similitudes, por lo que será completamente imposible e improbable en varios casos.

Podríamos referirnos que fuera de las doctrinas supuestamente opuestas, del universalismo y relativismo cultural, existen varios esfuerzos por construir un puente de oro, para encontrar un punto medio entre ambas doctrinas; con este fin, Santos (2002) afirma enfáticamente que:

(...) es imperativo trascender el debate sobre universalismo y relativismo cultural. Dicho debate es inherentemente falso, cuyos conceptos polares son conjunta e igualmente perjudiciales para una concepción emancipadora de los derechos humanos. Todas las culturas son relativas, pero el relativismo cultural, como postura filosófica, es erróneo... Contra el universalismo debemos promover diálogos interculturales sobre preocupaciones isomórficas. Contra el relativismo debemos desarrollar criterios procedimentales interculturales para distinguir las políticas progresistas de

las reaccionarias, el apoderamiento del desapoderamiento, la emancipación de la regulación. (p. 68)

En este contexto Santos (2002) y Garrido (2013) plantea tres premisas claras e indispensables:

1. Absolutamente todas las culturas a nivel mundial albergan y mantienen concepciones propias y únicas sobre la dignidad humana y sobre las bases de la humanidad, pero no podemos asegurar que todas las culturas lo comprendan y definan las mismas estructuras como derecho humano;
2. La realidad es que todas las culturas en el planeta son fuertemente incompletas y problemáticas sobre su concepción de la dignidad humana, y los derechos humanos;
3. Es evidente y lógico que todas las culturas tengan visiones diferentes de la dignidad humana con graduaciones, apreciaciones y valoraciones propias y distintas a las de los demás.

En apoyo y desarrollo de lo antes mencionado es indispensable mencionar lo expuesto por Kabunda (2000), quine manifiesta la categórica necesidad de extender el alcance de los derechos humanos:

Ha llegado la hora de resolver la presente dialéctica entre los dos pensamientos únicos de la universalidad absoluta y de la especificidad radical de los derechos humanos. Los defensores de la universalidad consideran los derechos humanos como un acervo común de la humanidad, mientras que los partidarios del relativismo cultural, bajo la excusa de las especificidades culturales, nacionales, confesionales e históricas, exigen su adaptación a las realidades locales por considerarlos como resultado de una civilización peculiar, definida en el tiempo y en el espacio, y que se impone a los demás.

A criterio de Walsh (2008) y para este autor en este momento destaca la multiculturalidad y interculturalidad como la mejor de las alternativas para cristalizar el reconocimiento de las distintas apreciaciones culturales de dignidad humana, confiriendo al Estado el deber de ubicar a la pluralidad y diversidad dentro de todos los aspectos de jurisdicción y competencia, confiriendo completa aceptación de la inclusión de valoraciones humanas culturales propias; dejando claro y evidente que este paradigma demanda la participación activa de la mayoría de grupos culturales que albergue un

Estado. Enmarcados en este trabajo de entendimiento es necesario destacar lo que Squella y Guzmán (2008), establecen:

Dignidad es un término que alude al especial valor que damos a algo o a alguien entre los de su misma especie. Por tanto, dignidad del ser humano o, como establece el propio Maihofer, “dignidad humana”, “dignidad del hombre” o “dignidad de la persona”, constituyen expresiones que remiten al valor especial que ese ser vivo tiene entre todos los seres vivos (p. 1).

Según lo expresado dignidad no es un valor generalizado o un concepto plenamente definido globalmente, la dignidad es un precepto moral y filosófico que cada persona tiene sobre su propio valor; por lo que la dignidad humana es intrínseca para cada ser humano, en razón a su cultura, desarrollo, historia etc., por lo que resulta lógico que en relación a la apreciación propia de dignidad humana se establezca su reparación cuando esta ha sido vulnerada.

Comprendidos estos aspectos y estas doctrinas, y en pleno entendimiento que la reparación de derechos humanos vulnerados concibe a la misma, como el resarcimiento, recuperación, compensación y satisfacción del derecho que ha sido vulnerado, comprendiendo todos los aspectos del derecho vulnerado y de su afectado, vislumbrando aspectos materiales e inmateriales. Vale en este punto destacar que la reparación tiene como objetivo resarcir el daño causado en la persona o las personas que fueron afectados de las violaciones de derechos, por lo que no todas las personas según su desarrollo cultural y la cultura que conllevan en su vida, no podrán tender la misma apreciación personal de los derechos humanos y de su propia dignidad humana; y en esta dirección nos es lógico mencionar que la reparación material e inmaterial, tiene que ser orientada a la reparación propia de cada persona realizando un análisis íntegro de su apreciación cultural y personal, en relación a su plan de vida y el contexto fáctico de los hechos y sus consecuencias. Nos es lógico y evidente del simple razonamiento de la realidad latinoamericana, en la cual conviven miles de culturas; que su desarrollo histórico, enfoque ideológico, idioma y todos los factores que componen su cultura, son elementos constructivos indiscutibles, de sus concepciones propias de la dignidad humana y de los derechos humanos, y por ende construyen en base a su cultura una apreciación muy propia de lo que signifique y conlleve una reparación integral material e inmaterial; por lo que esta debe ser muy específica y objetiva en el valor y su restitución o resarcimiento, que signifique para el entendimiento de la persona afectada en sus derechos y

su valor cultural; lo que a finas cuentas puede significar, que la reparación tiene que ser personalizada con el fin de que la concepción de dignidad humana y el valor cultural del derecho vulnerado sea reparado a criterio intrínseco del afectado.

Para destacar lo antes enunciado, y detallar la necesidad de que el criterio de reparación aborda y debe afrontar la apreciación propia y cultural del afectado sobre el derecho vulnerado, es indiscutible anotar la jurisprudencia que ha generado la Corte interamericana de Derechos Humanos en el caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam* (1993), en el cual: a manera de síntesis podemos mencionar en relación a lo hechos que varias de personas indígenas pertenecientes a la tribu Saramaka, fueron ilegalmente privadas de su libertad por miembros del ejército nacional, sufriendo agresiones físicas, psicológicas y raciales, posterior a esto dichas personas fueron forzadas a cavar las tumbas en que iban a ser depositados sus cadáveres, una vez terminado la labor estos seres humanos fueron ejecutados uno por uno. En el presente caso se reconocido la responsabilidad del Estado por los acontecimientos suscitados, lo que quedó completamente claro; pero en la fase de reparaciones, la Comisión de Interamericana de Derechos progresivamente solicitaba que la especificación e identificación de los beneficiarios de las respectivas reparaciones materiales e inmateriales, debían practicarse apreciando y reconocido el valor, apreciación y estructura familiar que alberga la Cultura de los Maroons de la cual formaban parte la tribu de los Saramakas, a la que pertenecían las personas afectadas en sus derechos humanos, por lo que vale la pena explicar que un manejan un sistema social y familiar eminentemente matrilineal o matriarcal, en el que el apellido se transmite de la madre a los hijos e hijas, y que la familia principal está constituida por descendientes y ascendientes de una misma madre; en contra posición la República de Surinam demandaba que se aplicase y dispusiere el derecho de Surinam, su estructura familiar y por ende su valoración, arguyendo que las normas aplicables para toda su población son las de Surinam y que las costumbres adoptadas por las diversas culturas no pueden ser consideradas vinculantes con el Estado. La Corte Interamericana en este caso reconoce la apreciación propia de la cultura de los afectados, estableciendo en su sentencia:

Las pruebas producidas permiten deducir que las leyes de Surinam sobre esa materia no tienen eficacia respecto de aquella tribu; sus integrantes

las desconocen y se rigen por sus propias reglas y el Estado, por su parte, no mantiene la estructura necesaria para el registro de matrimonios, nacimientos y defunciones, requisito indispensable para la aplicación de la ley surinamesa. (Párr. 58).

Otro caso destacable sobre la apreciación cultural propia de los derechos humanos lo podemos evidenciar en el emblemático caso denominado “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001)”, en el que se demandaba a Nicaragua una violación de derechos humanos y derechos de las comunidades indígenas, por no reconocer, ni proteger los derechos de la comunidad Awas Tingni, haciendo especial énfasis en que fue violentado su derecho a la propiedad, uso y goce sobre sus tierras ancestrales, al momento que el Estado decide otorgar, concesionar y permitir una explotación maderera; en esta caso lo más importante que determina la Corte es que:

La interpretación y aplicación dadas por la Corte Interamericana al contenido normativo del artículo 21 de la Convención Americana en el presente caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni representan, a nuestro modo de ver, una contribución positiva a la protección de la forma comunal de propiedad prevaleciente entre los miembros de dicha Comunidad. Esta concepción comunal, además de los valores en ella subyacentes, tiene una cosmovisión propia, y una importante dimensión intertemporal, al poner de manifiesto los lazos de solidaridad humana que vinculan a los vivos con sus muertos y con los que están por venir. (Párr. 15).

Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. (Párr. 149).

A criterio de este autor la Corte Interamericana con esta sentencia nos da un acercamiento indispensable a la apreciación propia y cultural de los

derechos humanos y nos permite observar pragmáticamente la diversidad cultural de los pueblos como un elemento indiscutible para la protección de los derechos humanos y su reparación acorde a su entorno cultural.

Otro caso emblemático de la Corte interamericano de Derechos humanos que podemos destacar es el famoso caso Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala (2004), en el cual se declaró la responsable al Estado de Guatemala por la llamada masacre Plan Sánchez que poseía miembros del pueblo Maya Achí de julio-1982, en la que el ejército y distintas funciones estatales tomaron por la fuerza la aldea de Plan de Sánchez; entre el armamento bélico podemos descartar que se utilizaron granadas, pistolas, metralletas. En dicho acontecimiento se cobró la vida de veinte niñas las cuales fueron incluso violadas por los perpetradores del hecho, a más de los doscientas sesenta y ocho seres humanos que fueron maltratados y ejecutados; de igual forma los perpetradores de este acontecimiento amenazaron a gente que aun tenía vida obligándolos a enterrar inmediatamente los cadáveres de los difuntos. Por otro lado pero en la misma relación de los hechos los pocos sobrevivientes fueron obligados a abandonar la aldea por amenazas estatales, lo que conllevó a la pronta desaparición de la Aldea. Aun para complicar más esta historia, posterior a los eventos se entabló una situación de impunidad y encubrimiento estatal, que provocó un sin número de violación de derechos humanos tanto a la comunidad como individualmente. En este caso la Corte realiza el siguiente análisis:

Este Tribunal observa que las víctimas del presente caso pertenecientes al pueblo indígena maya, de la comunidad lingüística Achí, poseen autoridades tradicionales y formas de organización comunitaria propias, centradas en el acuerdo de voluntades colectivas y el respeto. Tienen sus propias estructuras sociales, económicas y culturales. Para los miembros de estas comunidades la armonía con el ambiente se expresa por la relación espiritual que tienen con la tierra, la forma de manejo de los recursos y el profundo respeto a la naturaleza. Las tradiciones, ritos y costumbres tienen un lugar esencial en su vida comunitaria. Su espiritualidad se refleja en la estrecha relación entre los vivos y los muertos, y se expresa a partir de la práctica de los rituales de entierro, como una forma de permanente contacto y solidaridad con sus antepasados. La transmisión de la cultura y del conocimiento es un rol asignado a los ancianos y las mujeres. (Párr. 85).

Es este caso en específico para determinar la reparación de las múltiples víctimas y de las múltiples violación de derechos, la Corte tuvo que realizar

un análisis completo y objetivo de la cultura y su apreciación a la dignidad humana, desde una perspectiva individual y comunitaria, construyendo de esta forma una reparación material e inmaterial que a criterio de las personas afectadas y de la Corte Interamericana restablezca, repare y compense los derechos de la comunidad y los derechos individuales de cada perjudicado.

En este mismo flujo de ideas podemos destacar fácilmente: el caso Comunidad Moiwana vs. Surinam (2005); el caso Yakye Axa vs. Paraguay (2005); el caso Yatama vs. Nicaragua (2005); el caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006); el caso Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007); casos en donde la Corte Interamericana de Derechos para determinar la reparación del Derecho vulnerado y la propia velación de derechos, además de hacer una análisis del Pacto San José y de su relación con los acontecimientos, busca comprender la concepción y valoración de cada cultura, entendiendo sus costumbres, valores, desarrollo histórico, etc., con el fin de determinar las medidas que puedan eficaz y eficientemente comprender una reparación integral a los derechos vulnerados, reparación que contemple, repare y compense la perspectiva de la dignidad humana de cada cultura. En base a lo expresado en párrafos anteriores Garrido (2013) menciona que:

En las sociedades multiétnicas, plurinacionales o multiculturales, como lo son prácticamente todas en el continente americano, resulta apremiante la necesidad de entender las exigencias de la diversidad cultural como un factor que incide directamente en la efectividad del entramado de derechos y libertades que procuran defender los sistemas de protección de derechos humanos... puede observarse que la realidad interamericana está claramente marcada por la pluralidad y la diversidad en muchos sentidos, y entre ellos, en lo relativo a la diversidad cultural de los pueblos indígenas, que se han abierto paso con sus exigencias de reconocimiento y valoración de la diferencia, negándose a continuar subalternados, invisibilizados y neutralizados con políticas de integración homogeneizante. (p. 65).

Según Garrido (2013) y en relación con lo detallado en este trabajo podemos argumentar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional Ecuatoriana están trabajando por materializar progresivamente el reconocimiento y protección de los derechos humanos en clara correlación con de la diversidad cultural; ya que se ha hecho evidente con el desarrollo de jurisprudencia la necesidad de garantizar, defender y

juzgar, el respeto de los derechos humanos consagrados en la Constitución y la Convención Americana, practicando la mejor interpretación y alcance de derechos, considerando elementos valorativos y propios de cada cultura, haciendo especial énfasis al momento de determinar los modos más adecuados que garanticen una reparación eficaz y objetiva. No está por demás destacar la importancia que tiene la interculturalidad acompañada de la universalidad de los derechos humanos enriquecidos con la escancia y valores de las diferentes culturas; que han servido como referente para mejorar el ejercicio de protección de derechos en contextos de diferencia de la Corte Interamericana, permitiéndole alcanzar criterios adecuados en relación con los afectados de violaciones de derechos humanos y su comprensión propia y cultural de dignidad.

Para contestar las dos preguntas anunciadas al inicio de esta sección es necesario decir que los derechos humanos son plenamente incuantificables, por lo cual no es posible, pensar en ponerles un valor económico comercial, muy aparte de lo que significa una reparación económica en forma de compensación; el criterio valorativo que se maneja en esta parte, es enfocado a una apreciación propia y personal, que radica a la premisa singular, moral y cultural de cada ser humano; por lo que podemos manifestar que los derechos humanos o la dignidad humana a plenitud únicamente podrán ser valorados por cada persona, dándoles un enfoque global a todos los aspectos de su vida. Por otro lado se ha decantado que bajo ningún criterio las culturas o poblaciones del mundo tendrán la misma apreciación sobre la dignidad humana y sobre el valor moral de los derechos humanos, siendo influenciada cada persona y comunidad por su desarrollo, humano, histórico, cultural, religioso e incluso familiar; por lo que podemos manifestar que en ninguna perspectiva se puede considerar que la dignidad humana o los derechos humanos puedan valer lo mismo para dos persona.

III. LA REPARACIÓN EN EL CRITERIO JUDICIAL CONTEMPORÁNEO

Una vez expuestos los criterios de reparación integral, reparación material y las dificultades de determinar valorativamente los derechos humanos y la dignidad humana, es necesario en este punto destacar que de la importancia de las garantías jurisdiccionales contempladas en la Constitución Ecuatoriana (2008; Título III Cap. Tercero) y todos los mecanismos nacionales e

internacionales, que tengan como fin judicializar ante una autoridad competente la garantía, protección, tutela, restablecimiento, restitución y/o reparación de los derechos humanos, radica efectivamente en su pleno ejercicio o reparación; por lo que no se puede comprender la conclusión de una garantía jurisdiccional con la expedición de una sentencia, así esta se encuentre en calidad de firme e irrevocable; el momento culminante de toda garantía jurisdiccional y en sí de todo proceso judicial debe estar contemplada como la debida ejecución de la sentencia, con la cual si se puede comprender materialmente la debida reparación y protección del derecho transgredido, y además se puede materializar efectivamente el derecho de acceder a la Justicia.

En el momento en que una decisión de tan alta alcurnia como es una de carácter constitucional es consignada, el Estado tiene el deber de velar por el derecho vulnerado y la obligación de ejecutar plena y cabalmente el fallo constitucional, en todos y cada uno de sus puntos, con el fin de materializar los fines del Estado y conquistar la reparación integral material e inmaterial, que se ha desarrollado en el tenor de la protección de derechos constitucionales; tal y como lo reconoce el mismo texto constitucional:

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actué en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. (Art.11 núm. 9).

Es así que se puede comprender que el verdadero fin de las garantías jurisdiccionales y de sus sentencias, es tal y como lo describe la Constitución de la República del Ecuador (2008; Art. 36, núm. 3) y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009; Art. 21, inc. 4), contemplando la culminación de dichos procesos en conseguir la debida ejecución de la sentencia con carácter constitucional, con el claro objetivo de lograr realizar adecuadamente la reparación del derecho vulnerado, y realizar todas las medidas necesarias para cumplir con este objetivo; a tal

extremo que condiciona el archivo de la causa, a que únicamente se realice, cuando todas las medidas adoptadas por la decisión constitucional hayan sido plenamente acogidas, y este cumplimiento haya sido debidamente informado a la autoridad jurisdiccional que emitió el fallo constitucional que ha sido ejecutado. En este contexto debemos destacar el *ratio dicens* de la Corte Constitucional Ecuatoriana en su sentencia N. 004-13-SAN-CC:

Conforme al mandato constitucional ecuatoriano, toda vulneración de derechos merece una reparación integral debido a que en el Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia, la expectativa de respeto a los derechos constitucionales es mayor a partir del cambio de paradigma constitucional; por lo tanto, se espera que la reparación de los daños causados consiga un sentido integral en función a la naturaleza interdependiente de los derechos constitucionales... (p. 24)

Es posible estructurar y definir claramente el deber implícito que tiene el Estado y aún más un Estado Constitucional de Derechos y Justicia como es el ecuatoriano; el compromiso constitucional y convencional que tiene frente a la garantía, ejercicio, promoción, aplicación y/o judicialización de los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Ecuador; responsabilidad que a criterio personal puede vislumbrarse en tres engranajes fundamentales:

1. La aplicación directa, espontánea e inédita de los derechos humanos ejercitados por cualquier persona ante cualquier institución privada y en especial énfasis ante cualquier entidad estatal, servidor público, administrativo o judicial, ya sea de oficio o a petición de parte.
2. La creación, práctica y protección de procesos constitucionales y/o garantías constitucionales que tengan como fin garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales; desarrollando sentencias con su respectiva reparación integral, y creando jurisprudencia constitucional, que tengan como objetivo direccionar la correcta y adecuada aplicación y tutela de los derechos, de la Constitución, y de los principios constitucionales, con un estricto carácter progresivo.
3. La adecuada, pronta, y eficiente ejecución de las sentencias constitucionales con el fin de que la reparación integral material e inmaterial sea cristalizada para que el derecho que haya sido vulnerado sea *restitutio in integrum* y vuelva al estado anterior a ser violentado,

en caso de ser posible; y en caso de no ser posible, se realizara inter alia⁴, mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria en conjunto con diversas medidas que aseguren que la violación del derecho no se repita.

En forma de cimientto de lo antes mencionado, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional (2009) establece claramente que la finalidad de las garantías jurisdiccionales es:

(...) la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación. (Art. 6).

Texto normativo que tiene clara e indiscutible concordancia con lo determinado por la jurisprudencia generada por la Corte Constitucional ecuatoriana en la sentencia N.0 002-13-SIS-CC, que manifiesta:

(...) Los procesos judiciales solo terminan con la aplicación íntegra de la sentencia o la reparación íntegra del derecho vulnerado; en otras palabras, gracias a esta garantía, los procesos constitucionales no llegan a su fin con la expedición de la sentencia, sino cuando haya cumplido con todos los actos que se haya dispuesto en ella y se ha llevado a cabo la reparación íntegra de los derechos vulnerados, tarea que además le corresponde a la Corte vigilar conforme sus atribuciones. (p. 10).

Y en esta misma línea de ideas debemos destacar lo que el Art. 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional (2009) menciona en clara relación con lo determinado por la jurisprudencia constitucional contenida en la Sentencia N. 011-16-SIC-CC de la Corte Constitucional:

(...) en caso de declararse vulneración de derechos se ordenará la reparación íntegra por el daño material e inmaterial. La reparación íntegra procurará que la persona o personas titulares del derecho vulnerado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir entre otras formas, la compensación económica o patrimonial. (p. 14).

⁴ Corte Interamericana de Derechos; Caso Trujillo Oroza – reparaciones, párr. 62; Caso Bámaca Velásquez – reparaciones, párr. 40; Caso Loayza Tamayo – reparaciones, párr. 123 y 124; Caso Paniagua Morales y otros – reparaciones, párr. 80; Caso Castillo Páez – reparaciones, párr. 52; y Caso Garrido y Baigorria – reparaciones, párr. 41.

Entrando más en el tema central es necesario destacar lo que la Corte Constitucional destaca, en su sentencia N. 011-16-SIC-CC al realizar un análisis entre la normativa vigente y la labor de las garantías jurisdiccionales:

El artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), prevé que las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la vulneración de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.

En esa misma línea, el artículo 18 de la LOGJCC determina que en caso de declararse vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho vulnerado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir entre otras formas, la compensación económica o patrimonial. (p. 14).

Entendemos el deber y objeto que dan existencia a las garantías jurisdiccionales enfocándolas completamente a ejecutar la reparación integral de manera completa, reparando a su totalidad el daño causado o compensándolo según sea el caso; reparación integral que debe ser comprendida tanto material, como inmaterialmente y la cual debió ser formada con un análisis cultural sobre la apreciación propia de la dignidad humana, las consecuencias de los hechos suscitados y la apreciación jurisprudencial y doctrinaria de los derechos humanos. Después de todo lo propuesto se hace fehaciente que la mayoría de sentencia que albergan una reparación integral, que da vida a una reparación económica, por lo que la legislación ecuatoriana ha creado una fórmula jurídica para poder ejecutar o determinar esta reparación económica; pero es menester destacar, que hasta que esta reparación económica sea concretada y plenamente ejecutada, la reparación integral ordenada por una sentencia constitucional no está completamente materializada, por lo que no se puede dar por concluida la garantía jurisdiccional, ni mucho menos se puede archivar la causa, hay que recordar que el Juez constitucional que dicto la reparación integral está en la obligatoriedad de velar por su cumplimiento.

Para ejecutar esta reparación económica el Estado Ecuatoriano en su legislación desarrolló una fórmula expuesta en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional (2009):

Reparación económica.- Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes. (Art. 19).

El fundamento del legislador radica en lograr la cuantificación adecuada de la reparación económica, que se desarrollara conforme la regla contenida en el artículo, determinado la competencia y el procedimiento, según sea la persona obligada a reparar económicamente. La norma es perfectamente clara al determinar dos líneas básicas:

1. Cuando esté obligado a satisfacerlo un particular, se tramitará vía juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez;
2. Cuando debe pagar el Estado, el proceso se debe realizar vía contencioso administrativo, ante el tribunal contencioso administrativo.

De este artículo podría suponerse, que restringe negativamente el derecho constitucional a la reparación integral, pero no es así, debe interpretarse desde dos perspectivas principales:

1. La funcionalidad de las garantías jurisdiccionales dentro del Estado Constitucional de derechos y justicia; y
2. Perseverar y proteger la esencia de las sentencias constitucionales, como principal protector de los derechos humanos. Por ello, lo que dispone y estandariza la norma, es regular los posibles excesos que el juez constitucional pueda incurrir al intentar determinar los montos concernientes a la reparación económica, profesionalizando la determinación de la reparación económica.

En este mismo sentido podemos destacar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, radicada en la sentencia N. 004-13-SAN-CC la cual manifiesta que:

(...) esta Corte deja en claro que la determinación del monto de la reparación económica, consecuencia de la declaración de una vulneración

de derechos, no generará un nuevo proceso de conocimiento, sino exclusivamente una cuantificación dentro de un trámite de ejecución de la sentencia constitucional, pues de lo contrario, la ejecución de las decisiones constitucionales quedarían a la expensa de que estas se ratifiquen en un nuevo proceso en la justicia ordinaria que declare la vulneración del derecho. En efecto, el proceso de cuantificación de reparación económica no es un proceso en el que se debatirá nuevamente las situaciones acerca de los hechos que dieron lugar a la declaración de la vulneración del derecho si está, se verifico o no, sino que se limita a ser un procedimiento de puro derecho en el que se cuantifique la reparación económica.

El fundamento que la Corte considere al procedimiento de cuantificación de la reparación económica como de ejecución y no de conocimiento, lo hace en analogía a lo determinado por la Corte Nacional de Justicia a través de los fallos de triple reiteración emitidos por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, fuente dinámica del derecho que acopla la normativa a la realidad, en donde se ha manifestado, respecto a la operatividad del silencio administrativo positivo, que cuando se haya producido dicho silencio administrativo se ha de entender que se genera un efecto práctico de la garantía del derecho de petición y oportuna respuesta, sin que ello implique que se vuelva a conocer el fondo del asunto, puesto que el silencio administrativo ha generado un derecho favorable al accionante, dando origen a un accionar procesal autónomo. (p. 26)... un trámite que determina un monto económico dentro de la fase de ejecución de la sentencia constitucional, el mismo que debe ser ágil, para lo cual se debe emplear todos los medios necesarios para el cumplimiento del principio de celeridad en materia constitucional. (p. 27)

De lo destacado por la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, debemos subrayar la significativa semejanza que procura la Corte Constitucional, al cotejar el proceso de cuantificación de la reparación económica, con la operatividad del silencio administrativo radicado en esencia, en los fallos de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia (Sala Contencioso Administrativa; Resoluciones N. 321-97 4208; N. 195-99 4209; N.217-99 4211); destacando, que se transforma dicho proceso, de uno de conocimiento, en uno de ejecución; por lo que puede decirse que cuando una sentencia constitucional afirma y precisa que un derecho que ha sido violentado, paralelamente se da vida a una obligación de carácter patrimonial por

parte de la persona pública o privada que ha transgredido el derecho puesto en conocimiento de la jurisdicción constitucional, por lo que no cabe un nuevo proceso que determine la existencia de la violación de derechos, sino un proceso eminentemente de ejecución que objetivamente determine y cuantifique el monto de la reparación económica; es indispensable destacar que este proceso debe responder, ante la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y la Constitución de la República del Ecuador, por lo que debe respetar los principios de sencillez, celeridad, informalidad, eficacia y eficiencia, de lo que gozan las mismas garantías jurisdiccionales que dieron vida a la reparación económica y a su proceso de determinación. Por lo expuesto debemos concluir que tanto el proceso de cuantificación de la reparación económica, en la vía civil o contencioso administrativa conforme sea el caso, implica un proceso eficaz, sencillo y eficiente de ejecución, que se lo puede comprender como una fase de ejecución de una sentencia constitucional; sin que implique un recurso o un nuevo proceso que ponga a debate el fondo si existió o no la violación de un Derecho. En razón a este análisis y la basta jurisprudencia constitucional ecuatoriana sobre este asunto, la Corte Constitucional haciendo ejercicio de su potestad y calidad de máxima instancia de interpretación constitucional radicada en el Art. 436 numeral 1 y 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide en su sentencia N. 004-13-SAN-CC, una regla interpretativa jurisprudencial constitucional con carácter erga omnes:

El monto de la reparación económica, parte de la reparación integral, como consecuencia de la declaración de la vulneración de un derecho reconocido en la Constitución, se la determinará en la jurisdicción contenciosa administrativa cuando la deba satisfacer el Estado y en la vía verbal sumaria cuando deba hacerlo un particular. Dicho procedimiento se constituye en un proceso de ejecución, en el que no se discutirá sobre la declaratoria de vulneración de derechos. (p. 29).

En la lógica de la regla interpretativa jurisprudencial constitucional, podemos sostener que existen algunas inconstitucionalidades e ineficiencias, en la formula legislativa para determinar y cuantificar la reparación económica, expresada en el Art. 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esencialmente al momento en que concede toda clase de recursos que puedan interponerse, como son el de apelación, casación etc., lo que puede dilatar un proceso de ejecución

infructuosamente, atentando contra la correcta administración de justicia constitucional; siendo inútil, inoficioso e inconstitucional y enteramente contrario a los principios de celeridad, simplicidad y eficiencia, con los que están investidas las garantías jurisdiccionales. En el mismo flujo de ideas debemos comprender y desarrollar lógicamente, que si las garantías jurisdiccionales por mandato constitucional, su finalidad y su misma esencia, deben ser sencillas, eficientes y eficaces; y además estas solo se pueden considerar terminadas con la aplicación integral de la reparación dictada en sentencia constitucional; en consecución debemos razonar, que los recursos ordinarios y extraordinarios en el proceso de determinación de la reparación económica originada de una garantía jurisdiccional, tiende a dilatar absurdamente los procesos y atenta contra la naturaleza de las garantías jurisdiccionales. De igual forma se considera contrario a los principios procesales constitucionales y los principios generales procesales, que en una causa exclusiva de ejecución sea quebrantada y afectada con recursos improdcentes, ya que no es un proceso de conocimiento donde se debatirá nuevamente si un derecho humano fue violentado o no, su naturaleza es exclusiva de ejecución de la reparación económica dictada y sus objetivos claramente son dos: 1) determinar y cuantificar con precisión profesionalidad la suma exacta que deba cancelarse como reparación económica; y 2) realizar todas las actividades necesarias para que efectivamente la reparación económica sea cancelada a plenitud. Desprendemos del razonamiento anterior, que el legislador al conceder “toda clase de recursos procesales” en la parte final del Art. 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, fue contradictorio y discordante con lo determinado por el Art. 86 numeral 2 literal a de la Constitución de la República del Ecuador que manifiesta:

Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento: a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias. (Art. 86; Numeral 2; literal a)

En base a este razonamiento y la competencia determinada por el Art. 436 de la Constitución de la República del Ecuador, que le faculta a la Corte Constitucional para: “Declarar de oficio la inconstitucionalidad de

normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.” (Art. 436. Numeral 3), en correlación de su facultad doctrinaria de crear legislación en negativo, se dicta la Sentencia N. 004-13-SAC-CC, que declara la siguiente inconstitucionalidad sustitutiva:

(...) la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad sustitutiva del artículo 19, frase final, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, referente a: “De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes”, por la frase “Solo podrá interponerse recurso de apelación en los casos que la ley lo habilite”. En consecuencia, el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispondrá:

Art. 19.- Reparación económica.- Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. Solo podrá interponerse recurso de apelación en los casos que la ley lo habilite. (p. 30).

De esta manera actualmente deben sustentarse los procesos de ejecución de reparación económica nacidos en las garantías jurisdiccionales en lo dispuesto por el Art. 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, modificado mediante inconstitucionalidad sustitutiva y en la regla jurisprudencial determinada por la sentencia N. 004-13-SAC-CC dentro de la Causa N. 0015-10-AN.

Es latente la preocupación del Estado, por lograr materializar las reparaciones económicas partes de una reparación integral que son originadas de una garantía jurisdiccional, además de la obligación que tiene el Ecuador como un Estado de derecho, de perfeccionar dicha reparación; hecho que no ha podido concretarse eficientemente, por falta de unidad en el procedimiento e inobservancias en la fase de ejecución de las sentencias constitucionales para la determinación de la reparación económica; lo que podemos destacar a plenitud del ratio dicendedi de la Sentencia de la Corte Constitucional N. 011-16-SIS-CC, que manifiesta:

De conformidad con la documentación remitida por los tribunales contenciosos administrativos del país, en atención a lo dispuesto en el oficio

N.0 263-2014- CCE-P del 11 de junio de 2014, por el presidente de la Corte Constitucional del Ecuador, se observó que en su mayoría los procesos de ejecución económica no están siendo sustanciados con la celeridad que corresponde. Tanto es así, que de la última información presentada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N. 1 con sede en Quito, respecto del proceso de ejecución de reparación económica N. 17811-2014-1609, se encontró que dicho proceso duró aproximadamente nueve meses.⁵

Lo anterior, parece responder a una falta de uniformidad en la sustanciación de los procesos de ejecución de reparación económica por parte de los tribunales contenciosos administrativos del país. De ahí que, de la información presentada se encontraron diferencias en la forma de ingreso de la causa a la judicatura, la presentación de alegatos por parte de los involucrados, apertura o no de periodos de prueba, la emisión de sentencias, la utilización de informes periciales y la ejecución de la decisión. Además, las diferencias se evidenciaron tanto dentro de la misma judicatura como entre los distintos tribunales contenciosos administrativos, como se advirtió de la información conocida por el Pleno del Organismo en sesión de 17 de marzo de 2016⁶ (p. 16).

Por todo el razonamiento jurídico antes detallado, en concordancia con las normas jurisprudenciales y los principios constitucionales la Corte Constitucional Ecuatoriana, ha considerado necesario e indispensable, que se esclarezca y diseñe adecuadamente un proceso efectivo y eficiente, que garantice las normas y principios contenidos en la Constitución y en la Ley de Garantías Constitucionales y Control Constitucional; con lo cual se direcciona a nivel nacional la forma adecuada de sustanciar los procesos de ejecución de reparación económica nacidos en las garantías jurisdiccionales, y permitir una correcta y adecuada conclusión de dichos procesos, con el efectivo cumplimiento de la reparación integral material e inmaterial. Según este desarrollo jurídico la Corte Constitucional (2016) considera productivamente y progresivamente, que una vez dictada una sentencia constitucional nacida dentro de una garantía jurisdiccionales, en la cual es dictada una reparación integral que de cualquier forma contenga

⁵ Informe jurídico remitido al Pleno del Organismo con oficio N.0 0483-STJ-1-CCE-2015 del 20 de octubre de 2015.

⁶ Secretaría Técnica Jurisdiccional, informe jurídico remitido al Pleno del Organismo, mediante oficio N.0 0078-STJ-1-CCE-2016.

o de origen a una reparación económica, el juzgador tiene la obligación de identificar clara y objetivamente en su decisión, quien está obligado a realizar la reparación económica, dar apertura al proceso correspondiente y remitir el expediente, de forma eficaz y eficiente.

En este momento se hace indispensable destacar, en base a toda la estructura jurídica ya detallada y las reglas jurisprudenciales existentes en el Ecuador, que para el cobro y determinación de una reparación económica, existen dos alternativas: 1) si el obligado de la reparación económica es un particular separado totalmente del sector público, el Juez que conoció la garantía jurisdiccional en primera instancia, es competente y obligado de determinar y ejecutar la reparación económica, utilizando un proceso verbal sumario, conforme lo determina el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), precepto que fue modificado por la disposición reformativa primera del Código Orgánico General de Procesos (2016) modificando dicho proceso verbal sumario, por un procedimiento sumario; 2) si el obligado a cumplir la reparación económica es el Estado o cualquiera de sus dependencias, el Tribunal contencioso administrativo es el competente para determinar, resolver y ejecutar el proceso de reparación económica, en la vía contencioso administrativa; determinado el tribunal competente en base a las reglas generales de la competencia y su territorialidad, que en el Ecuador están distribuidos de la siguiente forma:

1. Tribunal Contencioso Administrativo N. 1, con sede en Quito, competente en las provincias de Pichincha, Carchi, Imbabura, Napa, Orellana, Santo Domingo de los Tsáchilas, Sucumbíos.
2. Tribunal Contencioso Administrativo N. 2, con sede en Guayaquil, competente en las provincias de Guayas, Santa Elena, El Oro, Galápagos y Los Ríos.
3. Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N. 3, con sede en Cuenca, competente en las provincias de Azuay, Cañar y Morona Santiago.
4. Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N. 4, con sede en Portoviejo, competente en las provincias de Manabí y Esmeraldas.
5. Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N. 5, con sede en Laja, competente en las provincias de Laja y Zamora Chinchipe.

6. Y el más reciente el Tribunal Contencioso, Administrativo y Tributario N. 6 con sede en el Cantón Ambato, competente en las provincias de Cotopaxi, Chimborazo, Bolívar, Pastaza y Tungurahua.
7. En los dos tipos de procedimientos y competencias, ya sea en la vía sumaria o en la vía contencioso administrativa, el Juez que dicto la reparación económica está en la obligación de velar y vigilar su fiel cumplimiento.

En relación a todo lo antes expuesto, vale subrayar la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, radicada en la sentencia N. 011-16-SIS-CC que manifiesta:

Quando el Estado sea el encargado del pago, el proceso de ejecución de reparación económica ordenada en garantías jurisdiccionales, estará a cargo de la jurisdicción contencioso administrativa a través de un proceso de ejecución. Vale destacar que la Corte Constitucional ha señalado enfáticamente que el proceso de ejecución de la sentencia constitucional es diferente a un juicio de ejecución o juicio ejecutivo; esto en atención a los principios de celeridad y simplicidad en materia constitucional, por lo que el proceso de ejecución de las sentencias constitucionales debe realizarse de manera rápida y diligente⁷.

Sobre esa base, pese a la no existencia de una ley que regule el proceso de ejecución en sede contencioso administrativa, en la práctica, esté opera de manera análoga al trámite previsto para el silencio administrativo positivo, lo cual implica que no se trata de un nuevo proceso de conocimiento, sino de ejecución; por tanto, no se puede volver a conocer el fondo del asunto, lo cual se encuentra sustentado en los fallos de triple reiteración emitidos por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia (actual Corte Nacional de Justicia).

Basándonos en las estructuras jurídicas invocadas por la Constitución de la República del Ecuador, los tratados internacionales, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y las reglas jurisprudenciales interpretativas, principalmente las contenidas en las sentencias de la Corte Constitucional N. 011-16-SIS-CC; y N. 004-13-SAC-

⁷ Oficio N. 0574-CCE-SG-SUS-2013, del 27 de noviembre de 2013, remitido a los jueces del Tribunal de lo Contencioso Administración N. 1, respecto de la decisión del Pleno de la Corte Constitucional adoptada en sesión del 26 de noviembre de 2013.

CC, debemos mencionar que el proceso de determinación y ejecución de reparación económica originada en una garantía jurisdiccional, además de ser sencillo, rápido, eficaz y eficiente, debe estar únicamente determinado por cuatro fases:

- 1) Inicio, determinado en la misma sentencia constitucional que dicta la reparación;
- 2) Sustanciación, que únicamente contendrá el auto de avoco de conocimiento y el informe pericial;
- 3) Resolución, en la cual se determinara el valor a pagar y el plazo; y
- 4) Ejecución, en el cual se realicen todas medidas necesarias para cumplirlo íntegramente.

El inicio del proceso de reparación económica ve su génesis en la misma sentencia constitucional que determina la reparación económica, en la cual se debe establecer claramente el proceso en el que debe sustanciarse y la remisión del expediente al juez competente para conocerlo y ejecutarlo, de conformidad con las reglas de la competencia de las garantías jurisdiccionales dispuestas en el artículo 86 numeral 2 de la Constitución de la República. Cuando deba ser tramitado en la vía contencioso administrativa el Juez en su sentencia constitucional, debe remitir el expediente directamente al tribunal contencioso administrativo competente en el término máximo de 10 días; cuando deba ser tramitado en la vía sumaria, el juez en su sentencia constitucional debe desglosarlo en el término de 10 días al juez competente para ejecutarlo, que es el mismo que conoció o debió conocer y resolver la garantía jurisdiccional en primera instancia; en apego a lo expuesto en los arts. 21 y 163 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), que tiene concordancia con el art. 142 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009). Cabe mencionar que en caso de que el Juez incumpliere u omitiere su obligación de dar inicio al proceso para determinar y ejecutar la reparación económica, la parte beneficiada puede iniciarla a solicitud expresa de parte.

Sustanciación; es necesario y menester subrayar nuevamente que el proceso de determinación de la reparación económica, constituye únicamente un proceso de ejecución, donde bajo ninguna circunstancia se volverá a debatir la vulneración del derecho y sobre el cual no cabe recurso ordinario alguno, el que tiene que ser desarrollado con eficacia, sencillez y rapidez, que pueda

garantizar y solidificar el respectivo derecho a la reparación integral; por lo que manifestamos que es un proceso netamente *sui generis*, en el cual no cabe ni es necesaria, diligencias procesales ordinarias, como son la demanda, su contestación, apertura de términos probatorios, alegatos etc., con el fin de que la reparación económica sea determinada y ejecutada, efectivizando los objetivos de las garantías jurisdiccionales.

La fase de sustentación tiene dos únicos elementos:

1. El Auto de avoco de conocimiento, que se deberá practicar en el término máximo de cinco días, el cual deberá contener principalmente: 1) la designación del perito que deba determinar el monto de la reparación económica y la fecha de su posesión; 2) el término en que debe presentarse el informe pericial; 3) la fijación de los honorarios del peritaje, que corren a costa del obligado; y se determina un término para que las partes puedan agregar documentos, que consideren importantes para determinar de la reaparición económica. Las partes serán notificadas con el auto de la forma que sea posible.
2. Informe pericial, que será desarrollado en base a toda la información recolectada en el expediente de la garantía jurisdiccional y los documentos remitidos por las partes. Con el informe pericial se correrá traslado a las partes en base al principio de contradicción, pero únicamente se ordenara por una sola vez la práctica de un nuevo informe pericial cuando exclusivamente la autoridad jurisdiccional tenga dudas debidamente justificadas.
3. Resolución; concluida la fase de sustanciación, se debe emitir la respectiva resolución motivada en un auto resolutorio, que deberá determinar claramente: el monto que debe ser pagado en calidad de reparación económica; y el término y condiciones para realizar el pago respectivo. Es indispensable destacar que de la resolución en el proceso de determinación de una reparación económica, no cabe recurso ordinario alguno, más queda a salvo el derecho de las personas de interponer una acción extraordinaria de protección en el caso de considerar que en dicho proceso sus derechos han sido vulnerados.

Ejecución de la Resolución; el Art. 21 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), es claro y contundente, al determinar que el Juez que se encuentre sustanciando la ejecución de

la reparación económica originada en una garantía jurisdiccional, puede y tiene la obligación de practicar todas las medidas que fueren necesarias para materializar su debido cumplimiento, utilizando incluso el servicio de la fuerza pública. Solo podrá considerarse terminado un proceso de garantía jurisdiccional cuando la reparación integral y la reparación económica determinadas en una sentencia constitucional hayan sido cumplidas a plenitud; cabe recalcar que en caso de que la reparación económica no sea satisfecha por culpa de un funcionario público la Corte Constitucional está en la potestad conferida por el Art. 86 y 436 de la Constitución de sancionar dicho incumplimiento, incluso con la destitución del funcionario.

Con la expedición de la regla interpretativa contenida en la sentencia N. 011-16-SIS-CC, el Pleno de la Corte Constitucional ha dejado perfectamente claro el camino que debe tomar la justicia constitucional, para determinar y ejecutar una reparación económica que fue originada en una reparación integral por una violación de derechos humanos que fue judicializada a través de una garantía jurisdiccional, con lo cual se intentan corregir los errores de uniformidad en el proceso y efectivizar la funcionalidad de las garantías jurisdiccionales, sustentado y sosteniendo las bases propias de un Estado constitucional de derecho.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.... ¿CUÁNTO CUESTA REPARAR EN LA LÓGICA DEL GARANTISMO?

Al hablar de reparación como instrumento jurídico protector de derechos como tema central del presente trabajo, nos es indiscutible aseverar, que la reparación como estructura jurídica de protección y derecho constitucional tiene una relación directa con la doctrina del garantismo, enfocada por Ferrajoli (1995) como la base misma del estado constitucional de Derecho, construido sobre la tutela y garantía de las libertades y los derechos humanos; para Gascón (sf):

Garantizar significa afianzar, asegurar, proteger, defender, tutelar algo y cuando en cultura jurídica se habla de garantismo, ese “algo” que se tutela son derecho o bienes individuales. Podría decirse pues, como primera aproximación, que un derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y (sobre todo) por parte del poder estatal; lo

que tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de estos derechos y de minimizar sus amenazas. (p. 195).

Ferrajoli (1995), sostiene a la doctrina del garantismo en tres estructuras claras: 1) un modelo de estado, que define y potencia al Estado de Derecho; 2) el garantismo como una tesis que contrapone al iuspositivismo dogmático con la teoría del iuspositivismo crítico; y 3) propulsa al garantismo como una filosofía política que sostiene las bases del Estado de derecho, en correlación directa con la tutela de los derechos humanos.

Según Carbonell (2011), una de las principales ideas del garantismo es la desconfianza hacia todo tipo de poder, público o privado, de alcance nacional o internacional. El garantismo no se hace falsas ilusiones acerca de la existencia de poderes buenos, que den cumplimiento espontáneo a los derechos y prefiere verlos limitados siempre, sujetos a vínculos jurídicos que los acoten y que preserven los derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales. Sobre este punto Marina Gascón afirma que la teoría general del garantismo arranca de la idea presente ya en Locke y en Montesquieu de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos.

Podemos comprender que frente a cualquier clase de abuso del poder, que procure una violación de derechos humanos, la reparación aparece una estructura metodológica que sustenta la protección, vigencia, y plena validez de los derechos humanos, responsabilizando a las personas que hayan vulnerado los derechos de las personas, ya sean públicos o privados.

En base a lo antes expresado podemos decir que el garantismo utilizan al Estado y al propio derecho, como un instrumento jurídico para sus fines esenciales, con lo que se precisa la protección y tutela de los derechos humanos, como el medio y el fin del Estado y del Derecho. Por lo antes detallado y entendiendo que la reparación constituye un derecho humano, un principio y un mecanismo, que pretende cristalizar el fundamento de las garantías jurisdiccionales, debemos manifestar en base a la teoría del garantismo, que la reparación puede comprenderse como el último engranaje o la última alternativa, que utiliza la teoría garantista para establecer metodológicamente su fundamento y prismatizar la tutela de derechos cuando estos hayan sido violentados y sea imperativo su resarcimiento y compensación.

Si la teoría garantista constituye una filosofía completa del derecho y sus fundamentos, definiéndolos en que todo el aparato jurídico y todos los mecanismos tienen como fin asegurar la vigencia de los derechos fundamentales y humanos para todas las personas; por lo que todo aparato jurídico tiene como último fin la protección de los derechos humano y la propia dignidad humana. En este contexto la reparación se esquematiza pragmáticamente como la alternativa de mayor eficacia y eficiencia para reparar y resarcir los derechos que hayan sido vulnerados, dándole importancia trascendental a una adecuada reparación, que fundamente el ser y el deber ser del Estado y del Derecho.

Por lo expuesto debemos manifestar que la reparación en consecuencia con la teoría del garantismo, no es simplemente un legalismo, que efectiviza el resarcimiento de un derecho violentado, lo debemos entender como la materialización misma del estado constitucional de derechos y la protección de la dignidad humana, con lo que se compromete al legislador, al juez, al jurista y a todo el Estado a procurar la vigencia de los derechos humanos y repararlos integralmente de ser el caso; ya que si un derecho humano violentado no es reparado integralmente, el propio Estado carecería de fundamento, y desaparecería la razón de ser del derecho. Por lo que a criterio del autor la reparación debe entenderse como un fundamento integral y perfectamente funcional del Estado de Derecho en el que vivimos.

Una vez comprendidos los esquemas de la reparación, los fundamentos y procesos para su determinación en correlación con el Estado Constitucional de Derechos y el fundamento de la teoría garantista del derecho, debo concluir que la reparación integral es un principio, un mecanismo y un engranaje de la justicia constitucional que efectivizan la vigencia de los derechos humanos de las personas, pero además debe comprenderse a la reparación integral como un derecho constitucional, que debe ser atendido y tutelado por el estado como cualquier otro derecho humano, con el fin de preservar la dignidad humana.

Debo concluir además que la determinación de la reparación económica debe ser sustentada y ejecutada conforme la Constitución de la República del Ecuador (2008), el Art. 19 y 21 de la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), haciendo uso efectivo de las reglas interpretativas y jurisprudenciales contenidas en las sentencias de la Corte Constitucional N. 011-16-SIS-CC; y N. 004-13-SAC-CC; que han solucionado el conflicto sobre la uniformidad del proceso de ejecución de

la reparación económica, corrigiendo y creando a nivel jurisprudencial un proceso claro y efectivo, que procura conquistar la reparación.

A manera de cierre debo decir que los procesos que determinan una reparación económica nacida de una garantía jurisdiccional, deben procurar los mismos principio y deberes que la garantía jurisdiccional que le dio origen, sosteniendo que la reparación integral material e inmaterial en compañía de la reparación económica sean ejecutadas a plenitud; ya que toda la justicia constitucional y la propia esencia del Estado de Derecho se vería sin sentido, si los derechos humanos son vulnerado, son declarados a través de una sentencia como violentados y no se materializa su correcta reparación. En este mismo sentido debo decir que para cuantificar y determinar el monto de una reparación integral material e inmaterial que tuvo su génesis en una garantía jurisdiccional, se debe apreciar varios factores, realizando énfasis en la concepción cultural del derecho vulnerado y de la dignidad humana por parte del afectado; con el fin de que la reparación sea adecuada, conforme la propia percepción de humanidad y el desarrollo progresivo de los derechos humano.

A criterio del autor y en base a la teoría del garantismo, la reparación constituye un elemento fundamental del estado constitucional de derecho, con lo cual se viabiliza metodológicamente la existencia y fundamentos del Derecho; por lo cual podemos efectivamente manifestar que un estado de derecho sin una reparación de los derechos humanos afectados, no podría ser considerado un estado constitucional de derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Ackerman M, y otros. (2003). *Teoría general de la reparación de daños*. Atrea. Buenos Aires.
- Arias, T. (2008). *Instituto de Investigación y debate sobre la gobernanza. Ecuador un estado constitucional de derechos*. Obtenido en Enero 1, 2015. Recuperado de <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-463.html>
- Ayluardo, J. (2014). *Revista de ensayos penales. Los derechos fundamentales en el proceso penal. Corte Nacional de Justicia*. [Archivo PDF]. 10, 24-44. Recuperado de http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/revistas_penales/Ensayo8.pdf
- Cabanellas, G. (2010). *Megalex. Diccionario jurídico Cabanellas*. Recuperado de: <https://sites.google.com/site/megalexec/diccionario-juridico/diccionario-juridico-cabanellas>
- Carbonell M (sf). *Que es el Garantismo*. Recuperado de: http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qu_es_el_garantismo_Una_nota_muy_breve_printer.shtml

- Catherine W. (2008). *Estado plurinacional e intercultural: complementariedad y complicidad Hacia el «Buen Vivir»*, artículo desarrollado bajo el pedido de Participación Social/Asamblea Constituyente. Quito
- Corte Constitucional del Ecuador (2013). Sentencia N. 001-13-SCN-CC,. Recuperado de <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>
- Corte Constitucional del Ecuador (2013). Sentencia N. 004-13-SAN-CC. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/004-13-SAN-CC.pdf>
- Corte Constitucional del Ecuador (2013). Sentencia N. 273-15-SEP-CC,. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/273-15-SEP-CC.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1993). *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua* recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala* recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_105_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf
- Corte Suprema de Justicia del Ecuador, (2010) fallos de triple reiteración, Sala de lo Contencioso Administrativo, Res. No. 321-97 4208; No. 168-98 Res. No. 195-99 4209; No. 169-98 Res. No. 217-99 4211.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid- España
- Garrido, R. (2011.) *La reparación en clave de diversidad cultural: un desafío para la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3625/1/SM122-Garrido-La%20reparacion.pdf>

- Gascon M. (sf). *La teoría general del garantismo* a propósito de la obra de L. Ferrajoli “derecho y razón” recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr13.pdf>
- Gutiérrez, S. y otros (2006). *La Reparación integral un derecho de las víctimas*. Colombia.
- Legislación Ecuatoriana (2008). *Constitución de la República del Ecuador*.
- Legislación Ecuatoriana (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*.
- Legislación Ecuatoriana (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*.
- Legislación Ecuatoriana (2016). *Código Orgánico General de Procesos*.
- Legislación internacional (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.
- Legislación internacional (1969). *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*.
- Lira, E. (2010). “Trauma, duelo, reparación y memoria”. *Revista de Estudios Sociales Universidad de los Andes*, 36, Recuperado de <http://res.uniandes.edu.co/view.php/646/view.php>
- López, C. (2011). *La acción de grupo. Reparación por violación a derechos humanos*. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá- Colombia
- Martin, C. (2009). *Diálogos sobre reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito.
- Mbuyi Kabunda B., (2000). *Derechos humanos en África: Teorías y prácticas*, Bilbao, Universidad de Deusto.
- Morales J. (2010). *La Acción de Tutela en Alemania y Colombia*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá.
- Organización de las naciones Unidas (2005) los Principios y Directrices Básicos sobre Reparaciones Integrales de la Organización de las Naciones Unidas. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>
- Organización de los Estados Americanos (2008) los Lineamientos Principales para una Política Integral de Reparaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.cidh.org/pdf%20files/Lineamientos%20principales%20para%20una%20pol%C3%ADtica%20integral%20de%20reparaciones.pdf>
- Polo, M, (2011). *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 1. Garantías Constitucionales en Ecuador*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. Quito- Ecuador.
- Romero, J, (2011). “Caleidoscopio del principio de la dignidad humana desde la jurisprudencia constitucional colombiana”. En: *Revista IUSTA*. Documento extraído el 2 de noviembre de 2016 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/3106/2973>
- Quintero, A, (2015). “El recurso de apelación en el Código General del Proceso: un desatino para la justicia colombiana”. En: *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*. Documento extraído el 20 de octubre de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/viei/article/view/2547/2479>

Squella, A.; Guzmán, J. (2008). “Estado de Derecho y Dignidad Humana”. En *Maestros del Derecho Penal*. Montevideo-Uruguay.

Tobo J. (sf) *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. Ediciones Jurídicas.

Velásquez S. (2010) *Manual de Derecho Procesal Constitucional Ecuatoriano*. Editorial Edino. Guayaquil.

Esta obra se terminó de imprimir
en mayo de 2017
con un tiraje de 500 ejemplares
en los Talleres Gráficos de
GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
Carrera 69 Bis No. 36-20 Sur.
Tels: 2300731 - 2386035
Bogotá D.C. - Colombia